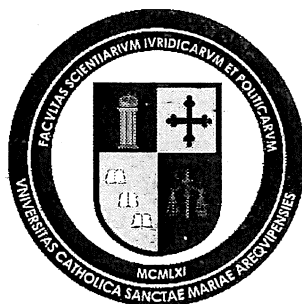


REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

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

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



JULIO ARMAZA GALDOS
Director

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ - MARCO BUSTINZA SUI
DOMINGO GARCÍA BELAUDE - EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (ARGENTINA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE) - ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER (ESPAÑA)
JUAN RAMÓN LACADENA (ESPAÑA) - RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (ESPAÑA)
Comité Consultivo

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO - MAURO PARI TABOADA
GABRIEL TORREBLANCA LAZO - FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA
ANA MARÍA AMADO MENDOZA
Consejo de Redacción

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

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
N° 2015 - 17592
ISSN: 2077 - 0723
Proyecto Editorial N° 21501001501370

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

Diciembre - 2015
Año 10 - núm. 9

© ADRUS D&L EDITORES S.A.C.
Cercado, Lima - Perú
Av. Tacna núm 539, Dpto. 704 - B
Teléf. 01 - 4016451
adrusdyleditores@hotmail.com
www.adrusdyleditores.com

Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en Arequipa—Perú

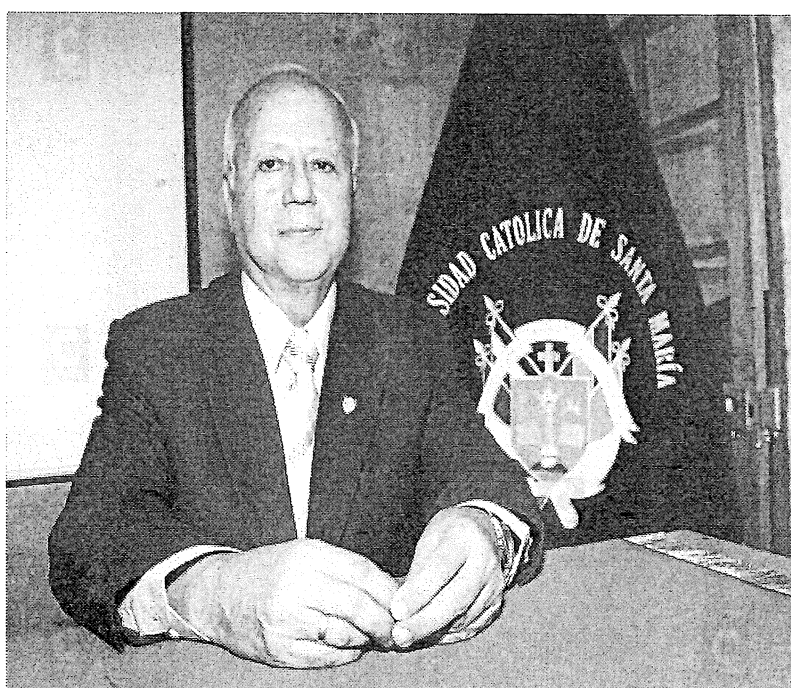
**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

MANUEL ALBERTO BRICEÑO ORTEGA
Rector

CÉSAR CÁCERES ZÁRATE
Vicerector Académico

GONZALO DÁVILA DEL CARPIO
Vicerector de Investigación

MÁXIMO CORRALES CALISAYA
Vicerector Administrativo



Manuel Alberto Briceño Ortega
Rector



Jorge Luis Cáceres Arce
Decano

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa (2012-2013), Ex Vice – Presidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú (2012-2013), Vice – Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (2013-2016), miembro del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín y de la Academia de la Magistratura.

SUMARIO

Palabras preliminares.....	15
----------------------------	----

I. DOCTRINA

¿En el contrato, el objeto es lícito o posible jurídicamente? CARLOS POLANCO GUTIERREZ.....	19
La prueba de oficio en el proceso civil RENATO DÍAZ GONZALES.....	31
Las medidas correctivas ambientales, su definición y aplicación dentro del procedimientos administrativo sancionador GUSTAVO FALCONÍ LAOS.....	35
Interés general y estado social y democrático de derecho La jurisprudencia constitucional: utilidad y límites DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....	49
La sentencia interlocutoria denegatoria JORGE LUIS CÁCERES ARCE.....	55
El tipo de femicidio entre violencia intrafamiliar y violencia de género. reflexiones para un debate europeo a partir de la experiencia chilena. EMANUELE CORN.....	65
Espejo de mutaciones : «La presunción de inocencia y la imputación subjetiva en el ilícito penal de lavado de activos» MARCO ANTONIO BUSTINZA SIU.....	87
Feminicidio: Implicancias éticas y sociales... algo más que un tipo penal MEILI KUONG MORALES.....	93
La persuasión: aspecto fundamental del alegato de inicio CARLOS MONTES DE OCA VALENCIA.....	103
La motivación judicial de los autos de sobreseimiento y sentencias absolutorias en los procesos penales respecto a la pretensión civil JAVIER CORNEJO PORTOCARRERO.....	113
Intervenciones de mejora genética en seres humanos CLAUDIA LIZBETH FLORES FUENTES.....	123
Del virreinato del Perú a la república peruana: un análisis jurídico-político JOSÉ MARIO AZALDE LEÓN.....	133
El fin del unilateralismo norteamericano y sus incidencias en el panorama del hemisferio occidental ANDRÉS ALONSO ZÚÑIGA NAJARRO.....	149
¿Quién es Vigil? JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	161

El crimen de sangre en la Intendencia de Arequipa. Análisis de los delitos contra la integridad física en Arequipa 1784 - 1796. CÉSAR BELAN ALVARADO.....	167
---	-----

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

El árbitro y su rol en la efectividad de los procedimientos arbitrales DIEGO BUSTAMANTE MELÉNDEZ.....	187
Un remoto antecedente: el real amparo en el virreinato peruano ALEXANDRA MELISSA VALDIVIA SALAZAR.....	195
El derecho en la realidad y no en la ficción: El uso de matones en los desalojos NICKOLE ALEJANDRA ZANABRIA SALAS.....	205

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Inicio del año lectivo 2015.....	213
Matrícula en la Escuela Profesional de Derecho.....	213
Docentes del programa académico de Derecho.....	213
Personal administrativo.....	214
Personal administrativo del consultorio jurídico.....	214
Eventos organizados por la Facultad.....	214
Eventos en los que participó la Facultad.....	215
Eventos organizados por el Colegio de Abogados de Arequipa en los que participaron docentes de la Facultad.....	215
Competencia Internacional Universitaria sobre Derechos Humanos "Sergio García Ramírez".....	216
Miembros del Consejo de Facultad.....	218
Distinciones a nuestros alumnos.....	218
Vocales Supremos egresados de la Facultad.....	218
Vocales Superiores egresados de la Facultad.....	218
Alumnos egresados con felicitación pública.....	218
Clasificación jerarquizada de los señores alumnos.....	219
Publicaciones.....	219
Necrología.....	219

IV. DISCURSOS

Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Enseñanza Media de Bilbao el domingo 14 de abril de 1940 por el estudiante del tercer curso de bachillerato Manuel de Rivacoba y Rivacoba.....	223
--	-----

V. NOTICIA BIBLIOGRÁFICA

Julio Armaza Galdos/Nilo Batista, <i>Homicidio simple y homicidio calificado</i> (por José Carlos Mendoza).....	243
Ivan Meini, <i>Lecciones de Derecho penal, Parte general. Teoría Jurídica del Delito</i> (por Rocio Parrillo Ticona).....	243

VI. VISTAS FOTOGRÁFICAS

PALABRAS PRELIMINARES

La cultura es expresión del desarrollo humano, la creatividad es innovación, la producción intelectual nos conduce a la plena libertad del individuo, recuerden como lo dijo el Tribuno Francisco Mostajo "Mientras el hombre es más culto es más libre".

El Claustro Universitario, está obligado a promover cultura, que apertura y amplía el horizonte de los miembros de su comunidad.

La Facultad está por cumplir 54 años de vida institucional, en estas más de cinco décadas hemos optado por la calidad académica, por promover una formación en valores cristianos, en ofrecer a la sociedad profesionales acreditados para el ejercicio forense, para desempeñarse como magistrados, como académicos, como consultores y asesores, como diplomáticos y por supuesto como centinelas del Estado Constitucional.

Venimos formando letrados y letradas de éxito, que actúan en el escenario de la actividad pública y privada, no cabe duda que la mejor carta de presentación, son nuestros egresados.

Nuestra unidad académica a partir del año lectivo del 2016, ofertará mediante la Escuela de Ciencias Políticas la carrera de Ciencia Política y Gestión Pública, asumimos el reto Institucional de formar politólogos y gestores en administración pública. La sociedad civil, exige de la Universidad preparar profesionales idóneos y probos para dirigir la cosa pública.

La presente publicación, expresa la inquietud intelectual de Académicos, Juristas y Magistrados, que aportan desde distintas ópticas del quehacer de las Ciencias Jurídicas.

Contamos con ensayos de juristas de la talla del maestro Domingo García Belaúnde, del Magistrado Carlos Polanco y de los académicos Renato Díaz Gonzales, Emanuel Corn entre otros.

Nuestros discentes participan, emitiendo acertadas opiniones de relevancia jurídica.

Anualmente, presentamos nuestra Revista de Derecho que va por la novena edición, y siempre bajo la dirección acertada del colega Julio Emilio Armaza Galdos, talentoso académico y dinámico docente de la disciplina del Derecho Penal.

Alcanzamos a la colectividad jurídica esta nueva edición de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Sinceramente,

Arequipa, primavera del 2015

JORGE LUIS CACERES ARCE
Decano

1. DOCTRINA

¿EN EL CONTRATO, EL OBJETO ES LICITO O POSIBLE JURIDICAMENTE?

Carlos E. Polanco Gutiérrez

I. A Manera de introducción

La Casación núm. 3657-2012 Cusco, publicada en el diario el Peruano con fecha 01 de diciembre del año 2014 en el Boletín Mensual, "Sentencias en Casación"¹, ha generado una serie de críticas por parte de cierto sector de la doctrina²; que, en esencia señala que la Corte Suprema, de manera artificial y superficial ha unificado el objeto del negocio jurídico con la causa del mismo, al establecer que todo acto jurídico de causa ilícita es imposible jurídicamente. En efecto, si bien la sentencia tiene como regla principal (*Holding*), el tratamiento que debe darse a la intervención del Tercero Coadyuvante (Art. 97 del Código Procesal Civil), son sus reglas secundarias y adicionales (*obiter dicta*), las que originan la controversia. En el fundamento 3.3. de la Casación en comentario, se explica dentro de una concepción neocausalista de la causa (teoría subjetiva), se tiene un concepto confuso entre lo que es fin o causa y los motivos; por tal razón es preferible la aplicación de una teoría unificadora, que tenga dos aspectos: objetivo y subjetivo; el primero de los nombrados está referida a la función jurídica

¹ Pp. 58129-58133.

² En el Tomo 202 de la colección *Diálogo con la Jurisprudencia*, correspondiente al mes de Julio del año 2015, se pueden encontrar tres artículos interesantes: *Objeto Imposible Jurídicamente y objeto ilícito* del Dr. Rómulo Morales Hervías; *La causa y el objeto del negocio Unificados artificialmente por la Corte Suprema* del Mg. Jairo Cieza Mora y *El objeto del negocio jurídico en una reciente sentencia en casación: Notas sobre un confuso concepto* del Mg. Fort Ninamancco Córdova.

socialmente razonable del negocio jurídico; en tanto que desde el aspecto subjetivo, es el propósito práctico de las partes integrado por los móviles que tienen las partes al celebrar un negocio jurídico (“... lo que las partes persiguen con la celebración de éste...”). Esta concepción entiende como fin ilícito sólo el aspecto subjetivo y “... se configurará cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es contraria no solamente al ordenamiento jurídico, sino también al orden público y a las buenas costumbres”.

En el fundamento 3.4, sobre el objeto jurídicamente imposible del negocio jurídico, se señala que éste es “... la prestación debida, esto es como el comportamiento que deberá realizar una de las partes frente a la otra; en otras palabras el objeto del acto jurídico deberá ser entendido como el conjunto de preceptos o reglas que la parte o las partes manifiestan a fin de conseguir un resultado con efectos en el ordenamiento jurídico... Cuando nuestro Código Civil hace referencia a la ‘posibilidad jurídica’ del acto jurídico, se está refiriendo a la conformidad de la relación jurídica con el ordenamiento jurídico; es decir, el acto debe constituir un medio legalmente idóneo para surtir efectos que, como fin, se propone el agente del acto, por ello es que será imposible el acto jurídico por inmoral, el hecho prohibido por la ley, o el hecho contrario a las buenas costumbres o al orden público. En conclusión nos encontraremos ante una imposibilidad jurídica del objeto, cuando el acto jurídico celebrado coincide con la ilicitud del mismo o tendrá un resultado jurídico no previsto por el ordenamiento jurídico; puesto que, todo lo que no está permitido por el ordenamiento jurídico o que atente contra el orden público y las buenas costumbres deviene en ilícito, y por tanto imposible jurídicamente de ser celebrado”. (Subrayado propio).

Como se aprecia, para la Suprema Corte, la imposibilidad jurídica de un negocio jurídico tiene como nota característica, la ilicitud de su fin. En las líneas que siguen se analizará si ello es correcto, partiendo de los conceptos de objeto y causa del negocio jurídico, para luego comparar si toda imposibilidad jurídica supone un fin ilícito, es decir los alcances de un objeto jurídico ilícito, teniendo presente que el art. 1403 del Código Civil de, señala que la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita y el art. 140 inciso 2 de la misma norma, establece que el objeto del negocio jurídico debe ser posible.

II. El objeto del negocio jurídico y contrato

El objeto dentro del acto (negocio) jurídico no ha tenido un tratamiento uniforme a lo largo de la historia en la legislación nacional. En el Código Civil de 1852, se señaló que *el objeto de toda obligación es dar, hacer, ó no hacer alguna cosa* (art. 1220). En el Código Civil de 1936, se indicó que el objeto debe ser lícito (art. 1075) y que era nulo, cuando su objeto fuese ilícito o imposible (art. 1123, inciso 2). El art. 1403 del Código Civil de 1984 (CC 1984), indica que el objeto del contrato debe ser lícito y la

prestación en que consiste la obligación y el bien objeto de ella, deben ser posibles; pero, el art. 140 del Código Civil de esta última norma, indica que el objeto debe ser física y jurídicamente posible y que su fin (causa) debe ser lícito.

En la legislación comparada, tampoco existe un tratamiento uniforme. El Código Civil Francés de 1804 (*Code*), indica que el objeto del contrato es una cosa que una parte se obliga a dar, o que se obliga a hacer o no hacer (art. 1126). En el Código Civil Italiano de 1942 (*Codice Civile*), bajo la influencia del *pandectismo* alemán que lo aleja de la escuela exegetica francesa, se indica que el objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable (art. 1346). En el Código Civil Español de 1899, se señala, en su art. 1271, que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras (excepto la herencia futura); en tanto que el art. 1272 precisa que no pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles. Si no hay objeto cierto que sea materia del contrato, no habrá contrato (art. 1261.2). Finalmente, el novísimo Código Civil y Comercial de Argentina (2014), señala que "El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea" (art. 279); lo que se aplica a los contratos, conforme lo señala el art. 1003 de la misma norma, en la que además se precisa que el objeto "... Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial".

2.1 Los problemas de la obligación como objeto del contrato

La doctrina actual considera que el objeto del negocio jurídico, no es propiamente un elemento, sino que es un presupuesto; lo que constituye una diferencia con la teoría clásica que lo considera como uno de los elementos esenciales. Si por elemento se considera todo lo que compone o forma un acto jurídico, un presupuesto es lo que debe preexistir para que pueda formarse o celebrarse un acto jurídico. Taboada explica que la razón del cambio, en la doctrina, se justifica en que si el negocio jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a la producción de efectos jurídicos, el objeto y el sujeto tienen que ser anteriores a dicha voluntad manifestada, es decir que, ambos deben preexistir para que pueda formarse el acto jurídico "... *Se trata como se puede comprobar de una visión bastante lógica y ordenada de la estructura de los actos jurídicos...*"³

Sea un elemento o un presupuesto del negocio jurídico, será imposible que sea el resultado deseado (obligación) en un contrato (que es la especie del género negocio jurídico); en efecto, si el objeto es un elemento o presupuesto o requisito, debe encontrarse al momento de la formación del negocio jurídico, por lo que cuando

³ Lizardo Taboada Córdova, *Nulidad del Acto Jurídico*, Editorial Grijley, 2^{da}. Edición, Lima, 2002, p. 38.

el art. 1402 del CC 1984 indica que el objeto del contrato es "... crear, regular, modificar o extinguir obligaciones", convierte a un presupuesto negocial en una consecuencia. "... no podemos bajo ningún punto de vista, cómo se puede señalar por algunos que la relación jurídica... puede ser objeto, es decir, pueda formar parte de la estructura negocial"⁴. El jurista arequipeño Javier Armaza precisa al respecto "... Siendo así, la obligación se convierte, a la vez, en objeto del contrato y en su consecuencia inmediata, conclusión que no es capaz de resistir el menor análisis... una cosa es lo provocado por el negocio jurídico y otra el objeto del referido negocio jurídico..."⁵; lo que sería una vulneración del principio lógico de identidad.

El Código Civil de 1984, tiene como punto de partida el artículo 1403 que expresa que la obligación es el objeto del Contrato (lo mismo señala el art. 1407 del indicado Código⁶), estas normas tienen inspiración en el derecho francés en las que el contrato sólo era fuente de obligaciones⁷, pese a que la definición que se efectúa del contrato en el art. 1351 del CC 1984, es más amplia, porque el contrato es el acuerdo de dos o más partes por el que se crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica de carácter patrimonial, lo que es casi una copia del art. 1321 del Código Civil Italiano⁸. Debe tenerse presente que Pothier distinguía entre objeto del contrato y el objeto de la obligación (el art. 1126 del Code señala que "Todo contrato tendrá por objeto una cosa que una parte se obligue a dar, o que una parte se obligue a hacer o no", el art. 1129 de la misma norma señala que "Es necesario que la obligación tenga por objeto una cosa al menos determinada en cuanto a su especie"). Ahora bien, si para los franceses el contrato sólo era fuente de las obligaciones y la obligación es el objeto del contrato, no es fácilmente comprensible la concepción de los contratos que extinguen relaciones jurídicas, tal como se define al contrato en el derecho italiano tomado por el derecho peruano.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta que el art. 140 del CC 1984, en su inciso 2 señala que el objeto debe ser física y jurídicamente posible, en tanto que el art. 1403 indica que debe ser lícito, presentando una aparente discrepancia entre el objeto del negocio jurídico y del contrato, la que no debe existir por la relación entre género y especie que existe entre ambos.

⁴ Lizardo Taboada Córdova, *La problemática del objeto del negocio jurídico en la dogmática jurídica moderna y la necesidad de unificar la noción de objeto del contrato y del acto jurídico dentro del Código Civil peruano* en Revista Ius Et Veritas núm.7, Revista PUCP, Lima, 1992, pp. 53-60.

⁵ Javier Armaza Galdos, *Causa material y formal de la obligación*, Editorial Adrus, 2008, p. 102.

⁶ "Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo".

⁷ Art. 1101 del Code. "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo".

⁸ Art. 1321 del CC Italiano. "Noción. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas".

Finalmente, Enrico Gabrielli⁹, explica que existen Códigos Civiles como el peruano que tienen una teoría general sobre el negocio jurídico y una parte especial sobre el contrato; en tanto otros como el Código Civil italiano, estudian el negocio jurídico dentro de la teoría del contrato en general. Al comentar los arts. 140 y 1402 del Código Civil peruano, señala el error conceptual de confundir el objeto del acto (esto es, del contrato) con el de la relación jurídica (esto es, de la obligación).

2.2 El objeto del negocio jurídico y del contrato en el derecho peruano.

Como lo indica Morales Hervías, un sector de la doctrina niega que el negocio jurídico tenga objeto, sino que solamente produce efectos jurídicos, los que tienen, a su vez, objeto; en tanto, para otros el negocio jurídico sólo tiene contenido y no objeto¹⁰. Albaladejo¹¹ estimaba que el concepto de objeto es inseguro, además de ser ajeno al negocio jurídico. Utiliza tres acepciones para el objeto, como fin (causa), como cosa o prestación y como aquello sobre que el negocio versa, entendiendo en este último caso, como objeto la materia de éste, bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre que recae la voluntad negocial.

El objeto de todo negocio jurídico, en palabras de Juan Espinoza, es tanto la situación jurídica, la relación jurídica o el bien materia de la relación jurídica¹², es decir que tiene una concepción dual del objeto. Para Vidal Ramírez, el objeto son los derechos y deberes u obligaciones que se integran a la relación jurídica que el acto crea, regula, modifica o extingue¹³.

La Puente y Lavalle, afirma que el objeto del contrato es sólo la obligación entendida como relación jurídica; en tanto que el contenido de dicha obligación es la prestación que puede ser un dar (bien), hacer (servicio) o no hacer (abstención). Vidal Ramírez, quien también trata de explicar la contradicción de los artículos 140 y 1402 del Código Civil peruano, señala que el objeto del contrato es la creación de obligaciones, mientras que el objeto de la obligación es la prestación en que ella consiste; esto es un dar, hacer o no hacer¹⁴.

2.3 El objeto en la doctrina

⁹ Enrico Gabrielli, *El contrato y su objeto en el derecho italiano*, p. 165, en *De las Obligaciones en General, Coloquio de iusprivatistas de Roma y América – Cuarta Reunión de Trabajo (Morales Hervías y Priori Posada Editores)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

¹⁰ Rómulo Morales Hervías, *Objeto Imposible Jurídicamente y objeto ilícito* en *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Tomo 202, Lima, 2015, p. 21.

¹¹ M. Albaladejo, *El negocio jurídico*, Librerías Bosch, 2^{da}. Edición, Zaragoza 1993, pp. 196-197.

¹² Juan Espinoza Espinoza, *Acto Jurídico Negocial*, Editorial Gaceta Jurídica, 2^{da}. Edición, Lima, 2010, p. 77.

¹³ Fernando Vidal Ramírez, *El acto jurídico*, 6ta. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 120.

¹⁴ F. Vidal Ramírez, *Op. Cit.*, p. 113.

Comentando al Código Civil Francés los Mazeaud¹⁵ señalaron, a diferencia de Pothier, que “los redactores del Code no hicieron distinción entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación, pues estimaban que tal distinción sigue siendo teórica, ven el objeto del contrato en la creación de la obligación y el objeto de la obligación en la prestación debida, entonces les parece más sencillo decir por elipsis, que el objeto del contrato es la prestación debida”. Los citados hermanos señalan que existe identidad en el objeto del contrato con el objeto de la obligación procedente del contrato. Consideran que si el objeto de un acto jurídico es aquello que tiende a realizar, el objeto del contrato es la operación jurídica que las partes pretenden realizar y que dicha operación es distinguible de las prestaciones prometidas que son el objeto de las obligaciones; es por ello que en estos casos el objeto debe ser lícito, al señalar el art. 1128 del Code que “Sólo pueden ser objeto de los contratos las cosas que están en el comercio”.

Galgano, prefiere distinguir previamente entre objeto y contenido del contrato. El objeto del contrato “...es la cosa o, de modo más general, el derecho (real o de crédito), que el contrato transfiere de una parte a la otra o bien la prestación que una parte se obliga a ejecutar en favor de otra...”, en tanto que el contenido del contrato es la reglamentación contractual “...el conjunto de las cláusulas queridas por las partes o introducida en él en virtud del mandato legal, de los usos o de la equidad...”¹⁶. Como se indicó, en el Código Civil Italiano de 1942, el objeto debe ser posible, lícito, determinado o determinable; lo que en expresión de Galgano, significa que cuando se habla de imposibilidad, sólo puede ser referida en términos objetivos, es decir no es aquella derivada de las condiciones subjetivas del contratante. Un ejemplo de objeto jurídicamente imposible, lo es un bien declarado inalienable por ley o que se halle fuera del comercio; con relación a la licitud, señala que es la transgresión de una prohibición impuesta por el ordenamiento jurídico: “... son ilícitos... cuando son contrarios a normas imperativas, al orden público o las buenas costumbres ... el acto de autonomía contractual que, en virtud del resultado que las partes se proponen, lesione estos valores es ilícito y, consiguientemente nulo”¹⁷.

Giovanni B. Ferri, por su parte señala que el objeto, como elemento esencial, está constituido “... por aquel bien que es el punto de referencia objetivo de los intereses (y de las respectivas situaciones jurídicas subjetivas activas), comprometidos y regulados en el contrato”¹⁸; es decir que el objeto del contrato es un bien determinado o una utilidad, posición que apoya Morales Hervías.

Comentando el Código Civil Español, Díez-Picazo señala que el objeto es un tema oscuro y complejo, y sostiene que el objeto

¹⁵ León y Jean Mazeaud Henri, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda Vol. I. Editorial EJE, Buenos Aires, 1960, p. 267.

¹⁶ Francesco Galgano, *El negocio Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 123.

¹⁷ *Ibidem*, p. 265.

¹⁸ Giovanni B. Ferri, *El negocio jurídico*, Ara Editores, Lima, 2002, p. 291.

del contrato serán los bienes (por considerar que la idea de los intereses de E. Betti es difusa): el objeto del contrato son los bienes —realidad susceptible de utilidad e interés— de las partes que el negocio está llamado a reglamentar. El objeto tiene contenido patrimonial¹⁹

2.4 La obligación como objeto del contrato según el Art. 1403 del Código Civil de 1984

Un sector de la doctrina nacional, en una interpretación armonizadora, se inclina por considerar como objeto del negocio jurídico, la relación jurídica obligatoria, pues el objeto del contrato es la obligación (Art. 1403 del Código Civil, primera parte: La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.).

Como se ha desarrollado a lo largo de este pequeño trabajo, no se comparte dicha posición, pese a que normativamente así lo señala el CC 1984. Taboada Córdova, entre muchos, critica esta definición, al evidenciar que se trata de una aplicación de la teoría del contrato al negocio jurídico, que no habría desarrollado su propio concepto de objeto y propone como concepto: “el interés socialmente relevante o razonable jurídicamente protegido por ser considerado digno de tutela jurisdiccional”²⁰, concepto que es impreciso, pero que se relaciona con la causa social que pregona para el negocio jurídico.

Es en realidad un esfuerzo por una interpretación armonizadora, pues existe una contradicción entre lo dispuesto por los artículos 140 y 1402 del Código Civil.

Existen autores que tratan de ahondar la deficiente redacción del Código en esta materia, pero debe tenerse en cuenta lo manifestado por Manuel La Puente y Lavalle, quien afirma: “Creo que el comprobar que existe una contradicción entre el artículo 140 y 1402 del Código Civil, no es suficiente. Se requiere ir más allá y tratar de encontrar una solución, que ciertamente no debe consistir en ubicar el objeto del acto jurídico (que es el género) y el objeto del contrato (que es la especie) en dos elementos distintos de la relación jurídica. Es necesario descubrir o elaborar un criterio de coincidencia.... voy a pecar de parcialidad al proponer una solución orientada a adecuar el objeto del acto jurídico al objeto del contrato, por cuanto considero que la posición del artículo 1402 del Código Civil es la correcta ...”²¹.

III. La causa del negocio jurídico

En la Casación que motiva este trabajo, se habla de la causa subjetiva y objetiva dentro de una concepción unificadora, que se

¹⁹ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 6^{ta}. Edición, Editorial Thomson Reuters – Civitas, Pamplona, 2007, p. 202.

²⁰ L. Taboada Córdova, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 226.

²¹ M. La Puente y Lavalle, *El Contrato en General*, Volumen XI, Primera parte, Tomo III, Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 329.

anuncia sin precisar sus orígenes, por lo que se desarrolla algunos conceptos sobre la causa.

3.1 Fin-causa del negocio jurídico

La causa, como el objeto, es un tema discutido hoy en día, en la teoría del negocio jurídico. El derecho peruano se inclina por el causalismo. En una primera acepción se precisa que la causa es el interés concreto que el negocio jurídico está dirigido a realizar²²; es decir que se distingue del objeto en que éste es abstracto, como se ha visto. Toma de las teorías subjetivas la concreción del interés y de las teorías objetivas que el interés se encuentra tutelado dentro del ordenamiento jurídico.

Para algunos tratadistas la causa es inútil (el anticausalismo), para otros la causa se confunde con el objeto (Causa eficiente); en tanto que, como se verá, para una mayoría, la causa junto a la declaración de la voluntad, son los únicos elementos que caracterizan la estructura del negocio.

Castro y Bravo²³, siguiendo a Aristóteles y su escuela escolástica, clasifica la causa en: a) *causa eficiente*: aquello por lo que algo se ha hecho —*id a quo aliquid fit*—; b) *Causa final*: aquello para lo que se hace algo —*id propter quod aliquid fit*—; c) *Causa formal*: aquello por cuya virtud algo es lo que es —*id quo ens est quod est*—; d). De esta última se distingue la causa material: aquello de lo que está hecho algo —*id ex quo aliquid fit*—.

El gran "sistematizador" de la teoría de la causa fue Domat²⁴, cuya obra ha sido la base de la doctrina moderna sobre la causa. Domat, señala que "ningún convenio obliga sin causa". Para explicar su teoría, clasificó a los contratos en 3 tipos: a) sinalagmáticos, b) reales y c) gratuitos.

Los anticausalistas, encabezados por Planiol²⁵, critican la pretendida existencia de la causa, la que refieren como falsa y además inútil. Planiol, señala que la causa es falsa en los contratos sinalagmáticos, porque supondría que causa y efecto nazcan en el mismo momento, y lógicamente es imposible que la obligación de una de las partes sea la causa de la otra; en los contratos reales no se está frente a una causa, sino a un hecho generador y finalmente en las liberalidades, la causa y los motivos se confunden²⁶.

²² Es una adaptación del concepto de la causa del contrato postulada por R. Morales Hervías, *La causa del contrato en la dogmática jurídica*, en *Negocio Jurídico y responsabilidad civil*, Estudios en Memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 446.

²³ F. Castro de Bravo, *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 169.

²⁴ J. Armaza Galdos, *Op. Cit.*, p. 251.

²⁵ Es justo mencionar que el primer anticausalista fue Ernst, profesor de la Universidad de Lieja, quien en 1826 publica un artículo titulado *¿Es la causa una condición esencial para la validez de las convenciones?* Tomado de Taboada Córdova, L., *La causa del negocio jurídico*. Editorial Jurídica Grijley, Lima 1996), p. 137.

²⁶ M. Planiol, y Ripert J., *Tratado práctico de Derecho Civil*, Tomo VI (*Las obligaciones*), Editorial Cultural S.A., La Habana 1946, pp. 364-366.

Con relación a la *inutilidad* de la causa, el mismo Planiol señala que es inútil, en los contratos sinalagmáticos, porque se supone la existencia de una prestación y una contraprestación; en los contratos reales la ausencia de causa se confunde con la ausencia de contrato; y en los contratos gratuitos, no tiene sentido ni valor.

3.2 Teorías objetivas de la causa

Como lo afirma Albaladejo²⁷, son varias las teorías objetivas de la causa, que entiende por ésta: "El fin práctico del negocio o la razón económico-jurídica del negocio o la función que caracteriza cada tipo de negocios reconocida por el derecho o la síntesis de la voluntad de las partes y el objeto del negocio objetivados por la ley o el efecto jurídico perseguido por el cual la voluntad se hace manifiesta". El ordenamiento jurídico protege el negocio porque contiene intercambios que interesan a la vida en sociedad, en tal sentido las teorías objetivas tienen una función económico-social que el derecho reconoce.

La dificultad que presentan estas teorías es la no explicación por las que se reprueban las causas ilícitas o inmorales y esto se produce porque el ordenamiento jurídico no se pone en el supuesto que las partes persigan objetivos ilícitos.

3.3 Teorías subjetivas de la causa

Para estas teorías, la causa es el elemento o momento psicológico que determina la voluntad; la razón o motivo decisivo que induce a negociar; el fin particular cuya consecución impulsa la celebración del negocio²⁸. La causa no es un fin abstracto y permanente, sino que es la finalidad concreta perseguida por cada parte, en cada negocio en particular; es decir que la causa se identifica con el fin directo o inmediato que persiguen las partes al regular su autonomía privada.

La crítica a las teorías subjetivas se centra en la imposibilidad de explicar una causa ilícita, en un negocio jurídico que se celebran de manera correcta y con prestaciones cumplidas, es sancionado con nulidad porque las partes tenían un fin ilícito.

3.4 Teorías unitarias de la causa (causalismo sincrético o dual)

Buscan unir tanto las teorías objetivas y subjetivas, al no considerarlas contradictoria ni incompatibles. Si las partes persiguen un fin en concreto, este se encuentra dentro de los objetivos económicos-sociales que el ordenamiento jurídico protege.

3.5 La causa en los negocios jurídicos abstractos:

Los negocios jurídicos abstractos, son aquellos que producen sus efectos jurídicos de manera independiente a su causa, es decir que prescinden de la causa y por ello se denominan abstractos²⁹;

²⁷ M. Albaladejo, Op Cit., p. 200.

²⁸ M. Albadalejo, Op. Cit., p. 201.

²⁹ Luis Diez Picasso - Gullón Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, 8^{va}. Edi-

pero esto no significa que el negocio no tenga causa, solamente que ésta se halla separada del negocio jurídico.

Un ejemplo de negocio jurídico abstracto se presenta en la aceptación de un título valor, en el que el cobro y/o ejecución de la obligación, cuando éste ha circulado, no tiene relación con la causa que le dio origen. Scognamiglio³⁰, hace una distinción entre negocio abstracto y negocio subyacente, precisando que en el ejemplo propuesto, existe una causa que es la mayor ventaja el acreedor, que no permite al deudor sustraerse al pago argumentando razones fundadas en la relación subyacente: la causa no se suprime ni su relevancia indirecta, lo que sucede es que hay una separación.

El Código Civil de 1936, no menciona la causa en el acto jurídico, pero sería un error asumir que no tenía como elemento la causa, puesto que en el art. 1084, del mismo, al regular la simulación en el acto jurídico, se deriva de la existencia de una falsa causa³¹.

IV. La imposibilidad, ilicitud del objeto e ilicitud de la causa

Como lo desarrolla el derecho comparado, el objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable:

- **Posibilidad del objeto**, está referida, en su plano jurídico a que éste sea conforme al ordenamiento jurídico. Un objeto es imposible cuando las reglas negociales no pueden ser ejecutadas, porque el resultado buscado no está permitido en el ordenamiento jurídico. Espinoza Espinoza señala que la imposibilidad jurídica depende de la valoración normativa, es decir de actos que no tienen tutela jurídica³².

- **Licitud del objeto**, está referida a bienes que sean sujetos de comerciabilidad. Como lo indican los diferentes cuerpos normativos mencionados a lo largo del trabajo, se indica que no pueden ser objeto del contrato aquellos bienes que están fuera del comercio de los hombres. En el caso peruano, se hace referencia a los bienes de dominio público que por mandato constitucional (art. 73 de la Constitución Política del Estado) no pueden ser enajenados.

En el derecho peruano, con relación al negocio jurídico, no se habla de licitud del objeto, empero el derecho comparado sí lo acepta en el caso de cosas no comercializables, lo que es reconocido en nuestro derecho, por Morales Hervías³³.

Con relación a los bienes no susceptibles de apropiación (Díez-Picazo, entre otros), se trata de una imposibilidad más física que jurídica.

ción, 2^{da}. Reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 518.

³⁰ R. Scognamiglio, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 328.

³¹ Artículo 1084 CC de 1936. "La falsa causa sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición".

³² Juan Espinoza Espinoza, *Op. Cit.*, p. 504.

³³ Existen autores que niegan esta posibilidad.

Los bienes cuya enajenación está prohibida por normas legales, como por ejemplo el cuerpo humano, se refiere a una causa ilícita, pues la licitud del objeto se da en el plano abstracto de la no comerciabilidad.

- **Determinación o determinabilidad del objeto**, concepto que no presenta dificultad y está referido a que el objeto debe ser cierto, es decir determinado en especie, así como determinable, es decir, debe determinarse el género y la cantidad, lo que puede estar determinado, en el derecho peruano, a un evento determinado (ocurrencia de un hecho), al arbitrio de una tercera persona (sea por el mero arbitrio o por criterios equitativos).

- **La Ilícitud de la causa**, conforme lo señala la doctrina es la manifestación de voluntad que no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los contratantes del acto jurídico es contraria al acto jurídico con la finalidad de que uno de ellos actúe³⁴. La ilicitud de la causa, siempre se presenta en un plano concreto.

V. Notas sobre la Casación núm. 3657-2012-Cusco

Reconociendo las limitaciones del espacio, en este trabajo se ha pretendido precisar lo erróneo de la obligación como objeto del contrato; así como señalar que en la Casación que origina este análisis, existe en el considerando 3.4, un error conceptual al establecer "... nos encontraremos ante una imposibilidad jurídica del objeto, cuando el acto jurídico celebrado coincide con la ilicitud del mismo o tendrá un resultado jurídico no previsto por el ordenamiento jurídico; puesto que, todo lo que no está permitido por el ordenamiento jurídico o que atente contra el orden público y las buenas costumbres deviene en ilícito, y por tanto imposible jurídicamente de ser celebrado".

Sólo en el caso de cosas no están en el comercio humano, como son los bienes de dominio público, se puede presentar el objeto ilícito que puede ser equiparado con la causa ilícita; pero en los demás casos el objeto se desarrolla en un nivel abstracto y la causa en un plano concreto, por lo que afirmar que la imposibilidad jurídica siempre está definida por la licitud de su fin, es confundir causa lícita con objeto lícito; y aún más, confundir a los operadores del derecho...

VI. A manera de conclusión

Como se aprecia a más de 30 años de vigencia del Código Civil, existen instituciones que deben revisarse, como lo es el tratamiento del negocio jurídico y sobre todo de la obligación como objeto del contrato, pues ello genera confusiones que la jurisprudencia ahonda.

³⁴ Fernando Vidal Ramírez, Op. Cit., p. 494.

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL

Renato Díaz Gonzales

I. Introducción

En la doctrina existen dos posiciones marcadas: una a favor de la prueba de oficio sustentada en que el Juez para resolver un caso debe buscar la verdad y en consecuencia puede hacer uso de todas las prerrogativas que la norma adjetiva le provee con tal objeto; sin embargo, la posición contraria le niega dicha condición de buscador de la verdad y lo confina únicamente al rol de resolver el caso conforme a los hechos y la prueba proporcionados por las partes, lo contrario, sostiene esta posición termina por contaminar el proceso.

Si bien es cierto tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional e internacional se ocupan de la prueba de oficio, sin embargo su enfoque es únicamente desde un punto de vista teórico, resaltando su finalidad, oportunidad de aplicación, y la exigencia de motivación suficiente de la resolución mediante la se dispone su actuación, sin embargo, no inciden en los problemas que se presentan en la práctica, sobre todo en la desnaturalización que más comúnmente de lo que se cree se produce, terminando el Juez por perder la imparcialidad frente a las partes.

II. Método

Para lograr el objeto del presente trabajo se ha aplicado el método de análisis documental, recopilándose resoluciones que disponen la actuación de pruebas de oficio de los juzgados civiles de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; luego

del análisis de la información contenida en cada una de ellas, se la ha procesado obteniendo como resultado datos acerca de la correcta aplicación de la Prueba de Oficio, la debida motivación de las resoluciones que disponen su actuación, así como la desnaturalización de su esencia en la práctica; para arribar posteriormente a las conclusiones que se exponen.

III. Resultados

Efectuado el análisis de las resoluciones que disponen la actuación de prueba de oficio para verificar si se cumple con la debida motivación exigida, del total de 100 resoluciones analizadas, noventa i seis tienen una motivación que justifica dicha decisión por parte del Juez y cuatro no tienen motivación alguna, simplemente disponen su actuación.

Además se ha podido comprobar de la misma muestra que: once de ellas "regularizan" el irregular ofrecimiento de medios probatorios realizado por alguna de las partes fuera de los plazos establecidos; incorporándolos al proceso para su valoración en la decisión final, lo que obviamente perjudica y coloca en una situación de desigualdad a la parte que si es respetuosa de los plazos para el ofrecimiento de medios probatorios; diez disponen la actuación de medios probatorios de oficio por mandato de la instancia superior, lo cual es evidentemente irregular porque cuando segunda instancia obliga al Juez inferior a actuar prueba, ya ésta no es de "oficio", por propia iniciativa, sin que nadie se lo pida, sino obligado, mandato que además atenta contra el principio de independencia en la función jurisdiccional que constitucionalmente se le reconoce a todo Juez, en consecuencia, si el de Segunda Instancia considera que debe actuarse algún medio probatorio adicional, encontrándose igualmente facultado para disponer su actuación, debería proceder a ello, en lugar de optar por lo más fácil de declarar nula la resolución apelada para que se vuelva a expedir nueva en primera instancia luego de adicionar prueba, lo que contraría además los principios de concentración y economía procesales; en ocho resoluciones vía prueba de oficio se dota de medios probatorios a la parte declarada rebelde, distorsión de la prueba de oficio que también es evidentemente irregular, ya que si tenemos en cuenta que el rebelde es quien no contestó la demanda y en consecuencia perdió la oportunidad de ofrecer medios probatorios al no haber ejercido oportunamente el derecho a la contradicción entonces el Juez no puede sustituirse a esa parte y proporcionarle los medios probatorios que estando en aptitud de hacerlo no los ofreció, ello afecta también al debido proceso porque implica el desconocimiento del principio de vinculación de las normas procesales, sin mencionar el quiebre evidente de la imparcialidad que se aspira observar en la actuación del Juez; de igual modo en sesenta y cuatro casos vía prueba de oficio el Juez termina sustituyendo a una de las partes del proceso en el ofrecimiento de prueba que ésta omitió con las mismas consecuencias del caso anterior; y únicamente siete son las resoluciones que justificadamente resultando necesario para mejor resolver y partiendo de la prueba ofrecida por las partes, solo a modo de comple-

mentación disponen la actuación de la prueba de oficio.

IV. Discusión

Hoy en día ya nadie podría debatir acerca de la constitucionalidad de la prueba de oficio, es más en la mayoría de sistemas de administración de justicia tanto de Latinoamérica como incluso europeo ésta es pacíficamente aceptada. En nuestro caso no debe olvidarse que según el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil vigente, la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, en consecuencia, ya no se lo puede entender como aislado de un contexto jurídico social, por el contrario se debe comprender que las implicancias de un caso particular importan a toda la sociedad porque demuestran la eficacia de un sistema legal determinado.

La actividad probatoria en nuestro sistema jurídico se rige por el principio de que la carga de la prueba corresponde a los sujetos de la relación procesal, quien alega hechos debe de probarlos, de acuerdo don Idrogo Delgado en su obra "Procesos de Conocimiento Derecho Civil" citando a Hugo Alsina, esos sujetos están comprometidos no sólo por las partes propiamente, sino además por el Juez que también está ligado a esa relación; en consecuencia también le alcanza el indicado principio de la carga de la prueba, esto con la finalidad de que se resuelva con eficacia un conflicto judicial; sin embargo Jorge Carrión Lugo en su *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso* advierte que el juzgador debe tener bastante cuidado en no reemplazar a la parte litigante quien tiene la carga procesal de probar los hechos alegados como sustento de su pretensión procesal, pues de no probarse estos hechos deberá desestimarse su demanda; entonces la intervención oficiosa del Juez sólo se justifica en la medida que todavía le quedara duda sobre algún hecho o punto controvertido, es decir la actuación del Juez resulta subsidiaria.

En la práctica hemos comprobado que justamente ésta última advertencia es la que con más frecuencia se transgrede y el Juez termina sustituyendo a alguna de las partes, sea al rebelde, sea al que no ofreció los medios probatorios pertinentes y necesarios en la oportunidad de la etapa postulatoria o al que en forma extemporánea los introdujo, sin rechazo jurisdiccional, al expediente bajo la sumilla de "para que se tenga presente"; resulta entonces común que en nuestros juzgados se dispone la actuación de un medio probatorio de oficio simplemente con la fundamentación "para mejor resolver" lo que resulta una fundamentación insuficiente, vaga y obviamente desnaturalizante de la esencia de la prueba de oficio.

V. Conclusiones

- La Prueba de Oficio como tal no vulnera el derecho al debido proceso, sino por el contrario, propicia el que en el proceso civil se cuente con un Juez más activo y decidido a resolver el conflicto con todas las herramientas que le brinda el ordenamiento procesal y hacerlo sobre todo de manera más justa, considerando que

hoy ya nadie discute que si bien el proceso civil contiene intrínsecamente el interés propio de las partes, sin embargo, la sociedad tiene el interés supremo en su resultado.

- El principio dispositivo ha sufrido una variación en su formulación inicial en materia probatoria, en el sentido de que si bien tradicionalmente se expresó este principio como un privilegio indiscriminado de las partes en el proceso con el retrainimiento oficial del Juez ante éstas, ello ha sido superado por una nueva enunciación de este principio: La carga probatoria del Juez, siendo que frente a la misma, las partes no pierden la carga de la prueba, pero el Juez la asume cuando la ofrecida, admitida y actuada en el proceso por aquellas resulta insuficiente, con la sola finalidad de descubrir la verdad.

- El conflicto surge cuando en la práctica, dentro del trámite del proceso se produce la desnaturalización o ejercicio irregular de esta facultad por parte de los jueces.

LAS MEDIDAS CORRECTIVAS AMBIENTALES, SU DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Gustavo Falconí Laos

I. Introducción

La protección al medio ambiente no es un tema novedoso ni desconocido para el mundo del derecho. La necesidad de lograr que las sociedades se desarrollen, o busquen su desarrollo dentro de un ambiente sostenible, protegiendo los recursos naturales ha logrado que dentro del marco normativo de cada país y a través de legislación internacional se encuentre una protección objetiva y precisa al medio ambiente como un derecho social e imponiendo a los particulares la obligación de respetar y proteger los recursos naturales en cada una de sus actividades.

De esta forma, la Constitución Política del Perú no solo reconoce como un derecho de las personas el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, sino que determina la política nacional del ambiente y desarrolla la conservación de la diversidad biológica como una obligación a cumplir por parte de todos los ciudadanos¹.

¹ Constitución Política del Perú de 1993, Título I, De la persona y de la sociedad, Capítulo I, Derechos fundamentales de la persona, artículo 2: Toda tiene derecho a: (...) 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. (...);

Título III, Del régimen económico, Capítulo II, Del ambiente y los recursos naturales (...), artículo 67: El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales; artículo 68: El Estado está

Asimismo, en materia internacional, la importancia y relevancia que ha tomado el medio ambiente y su protección se ha visto reflejada en diversos instrumentos normativos, normalmente nacientes de diversos encuentros multinacionales que llevaron a los derechos ambientales como temas obligados a tratar en foros de desarrollo y sostenibilidad².

Por otro lado, la conectividad existente entre las actividades económicas y la protección del medio ambiente, debe buscar el equilibrio necesario para que el desarrollo económico de un país pueda ser consecuente con una política de armonía entre la inversión y el bienestar social.

Por ello que la intervención estatal resulta relevante y necesaria desde un punto de vista de control y/o regulatorio, más aun cuando las actividades a desarrollar tienen directa influencia con el ambiente y los recursos naturales, ya sea porque son parte de la exploración, extracción, producción, etc o porque tienen un impacto sobre los mismos.

En ese sentido, dentro de la política de ambiente, la intervención estatal con organismos de regulación, control y/o fiscalización debe aterrizar en procedimientos que garanticen que la libertad de empresa y la protección ambiental serán administradas jurídicamente de manera adecuada.

De esta manera, la función pública encuentra en el Derecho Administrativo la forma de ejercer control sobre las diversas actividades que se puedan generar en un ámbito específico, dotando a organismos gubernamentales de facultades de investigación, fiscalización y sanción para con ello mantener el orden jurídico de los diversos sectores intervenidos.

En esa línea, el medio ambiente y su control no son la excepción, por ello que el presente artículo analizará una parte de lo que involucra el procedimiento administrativo fiscalizador que existe en el Perú, específicamente en lo referido a las medidas correctivas que el Estado debe o puede ordenar dentro del marco de un procedimiento específico.

La idea central es poder estudiar la necesidad la correcta aplicación de medidas correctivas en materia ambiental como parte esencial de la actividad fiscalizadora y/o sancionadora del Estado peruano, para posteriormente analizar el tipo y características de dichas medidas así como de las consecuencias de las mismas.

obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

² La protección ambiental ha encontrado en diversas normas internacionales tipificación que a través del tiempo ha encontrado una consolidación no solo legal sino institucional. Así, en la creación del Organismo de las Naciones Unidas a mediados de la década del 40, se comenzó a plasmar la protección de la vida natural salvaje de la flora y fauna. Seguidamente, en 1972 en la Conferencia de Estocolmo se adoptó un sistema integral de protección ambiental. Posteriormente, se han venido consolidando diversas normas internacionales tanto en el marco de conferencias de desarrollo social como económico, prueba de ello es su inclusión en las rondas de la Organización Mundial del Comercio, OMC, la Declaración de Estocolmo, etc.

II. El OEFA y su facultad fiscalizadora

A través del Decreto Legislativo 1013, se creó en el año 2008 el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)³, institución técnica, especializada, adscrita al Ministerio del Ambiente, encargada de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.

Por otro lado, la Ley núm. 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, la Ley del SINEFA), modificada por la Ley N° 30011, crea un sistema para que el OEFA pueda supervisar el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de las personas naturales o jurídicas y para que, además, pueda verificar —como ente rector de dicho Sistema— el cumplimiento de las funciones de fiscalización ambiental a cargo de diversas entidades de la Administración Pública.

Es por medio de esta normativa que el OEFA se encuentra facultado para el dictado de medidas correctivas dentro de la función de fiscalización y sanción que posee⁴.

Asimismo, en la Primera Disposición Complementaria de la citada Ley, el OEFA asumió las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental provenientes de diversas entidades sectoriales⁵.

³ Decreto Legislativo núm. 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente

"(...) Segunda Disposición Complementaria Final, Creación de organismos públicos adscritos al Ministerio del Ambiente; 1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental: Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde(...)".

⁴ Ley núm. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

"Artículo 11.- Funciones Generales

11.1. El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente: (...)

c) *Función fiscalizadora y sancionadora*: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas (...)"

⁵ Una de las transferencias de funciones más importantes y a modo de ejemplo podemos mencionar la aprobada mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, por medio de la cual se aprobó los aspectos objeto de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería provenientes del Organismo Supervisor en Energía y Minería - OSINERGMIN.

De esta forma, el OEFA aparece en el escenario de la fiscalización ambiental como el primer organismo especializado en materia ambiental encargado de llevar a cabo procedimientos administrativos sancionadores concretos. Estos procedimientos abarcan específicamente sectores que han tenido mayor influencia en la alteración del medio ambiente y los recursos naturales, limitándose a labores de fiscalización y no necesariamente a la obtención de permisos o autorizaciones pues dichas funciones continúan siendo titularidad de los Ministerios específicos.

Así, la Ley del SINEFA establece que, en ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora, el OEFA se encuentra facultado para dictar medidas correctivas, recogiendo en su artículo 22, las reglas generales para su aplicación⁶.

En ese sentido, la política ambiental recogida en la Constitución Política del Perú, encontró a través del OEFA un organismo especializado que se ha encargado no sólo de llevar a cabo los procedimientos sancionadores en materia ambiental, sino que ha generado normas específicas que simplifican y hacen más eficaz las labores de fiscalización que ya se venían llevando a cabo por parte de los diversos entes reguladores, estableciendo políticas y criterios técnicos que, de la mano de procedimientos objetivos lo-

⁶ Ley núm. 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

"Artículo 22: Medidas correctivas

22.1. Se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

22.2. Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes:

a) El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.

b) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.

c) El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.

d) La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económicos.

e) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

f) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

22.3. Las medidas correctivas deben ser adoptadas teniendo en consideración el Principio de Razonabilidad y estar debidamente fundamentadas. La presente norma se rige bajo lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que resulte aplicable.

22.4. El incumplimiento de una medida correctiva por parte de los administrados acarrea la imposición automática de una multa coercitiva no menor a una (1) UIT ni mayor a cien (100) UIT. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (5) días, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva.

22.5. En caso de persistirse el incumplimiento se impondrá una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla con la medida ordenada".

gran que la consolidación de la política ambiental sea un objetivo latente y permanente.

Ahora bien, resulta necesario señalar que si bien se han tomado las acciones para abordar de manera directa la problemática ambiental desde un punto de vista jurídico y a través de políticas de fiscalización ambiental, existen diversas adecuaciones que con el transcurrir del tiempo y concorde a las necesidades que pudiesen aparecer serán necesarias implementar, por ello que la razonabilidad y el criterio de las instituciones gubernamentales en materia ambiental se van consolidando a medida que tanto los administrados, la sociedad y el propio Estado se comprometan a cumplir con los ordenamientos legales vigentes.

III. Las medidas correctivas dentro del procedimiento administrativo

Tal como lo hemos señalado previamente, la administración pública encuentra la motivación de su injerencia para la aplicación de sanciones en el interés general de la sociedad (que involucra no solo a la población en general, sino a sectores económicos, administrativos, ambientales, etc) y esto se realiza a través de una normativa específica y formalmente particular⁷. Lo señalado, es reconocido como la actividad de *policía de la administración pública* que no es más que la capacidad del Estado para mantener un orden público determinado dentro de una actividad específica, que podría ser a través de procedimientos administrativos de competencia, tributarios, ambientales, etc.

De esta forma, no solo existe una función fiscalizadora o supervisora por parte del Estado a los servicios públicos que los entes privados o estatales puedan brindar, sino que la necesidad de la intervención estatal va desde procedimientos entre particulares hasta procedimientos de concesión o uso de recursos naturales. Es precisamente esta facultad la que ha llevado que sea el derecho administrativo quien se adecue a la obligación de implementar mecanismos de resguardo de la seguridad jurídica de los agentes intervinientes en los futuros procedimientos administrativos, generando normas claves para la identificación de derechos y obligaciones así como para administrar las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

En el Perú, se han desarrollado diversas normas sectoriales que al amparo de una norma genérica como lo es la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 (en adelante, LPAG), permiten identificar diversos procedimientos con la intervención de organismos especializados quien por encargo legal serán los responsables de llevar a cabo las diversas funciones de control, fiscalización y/o sanción que resulten necesarias.

En principio, cualquier infracción cometida por un administrado tiene una consecuencia, que se ve reflejada en la afectación de

⁷ Omar Canda, Fabián, *El Régimen jurídico de la actividad de policía*. En servicio público, policía y fomento. Facultad de Derecho de Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Ediciones RAP, 2003, p. 3.

algún bien jurídico determinado. Ahora bien, esta consecuencia debería generar tres reacciones (obviamente después que ha sido denunciada o que se haya detectado), que son: i) sanción al hecho ilegal específico y cuya finalidad es principal es desincentivar la repetición de dichas conductas; ii) una medida correctiva que intente retrotraer el daño al momento previo de su cometimiento; y iii) la reparación o indemnización por el daño ocasionado.

En el presente artículo, nos ocuparemos específicamente del segundo punto mencionado precedentemente en la medida que tanto la sanción como la indemnización frente a un acto ilegal son materias muy distintas que deben ser analizadas de manera independiente, sin perder la relación existente entre las tres.

De esta forma y a manera preliminar podríamos identificar a las medidas correctivas como toda acción que busca volver al estado anterior a aquella situación que se vio vulnerada por un acto ilegal; es decir, intentar dejar las cosas tal como estuvieron de manera previa a la infracción.

Si bien desarrollaremos este concepto más adelante, resulta relevante relacionarlo con la determinación de responsabilidad tal como lo hace la LPAG en su artículo 232, que señala lo siguiente:

Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

(...)

Ahora bien, consideramos que en la medida que se ha venido dando un desarrollo jurídico debido a la aparición de diversos procedimientos particulares en distintos sectores, el concepto básico de medida correctiva no puede limitarse a la *reposición de la situación alterada*, sino que ahora las medidas correctivas pueden ir más allá y orientarse a la creación de situaciones y/o conductas inexistentes al momento de la infracción⁸.

Esta percepción nace a raíz de las diversas resoluciones que en materia sectorial se han venido emitiendo y que han buscado una salida oportuna y eficaz frente una acción que no necesariamente podía retrotraerse al pasado. Estas medidas no deben confundirse con las sanciones que el Estado puede resolver como consecuencia de una infracción administrativa y que de una u otra manera pueden tener ciertas similitudes en su aplicación; sin embargo, la naturaleza y finalidad de las mismas clarifican su distinción tal como ocurre con medidas de compensación.

⁸ Carreras Schabauer, Noelia. *Medidas de policía administrativa y régimen del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú*, Lima, Perú, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú núm. 67-2011, p. 502.

Dentro de los procedimientos administrativos, se ha considerado como una parte inherente a la resolución de los mismos la emisión de medidas correctivas muy a parte de la sanción que le corresponde al agente infractor. Sin embargo, conviene realizar una diferencia entre algunas de las características propias del procedimiento administrativo, pues dependiendo la motivación de los mismos, las medidas correctivas pueden variar de manera sustancial.

Debemos manifestar que los procedimientos administrativos pueden generar medidas correctivas acordes con la infracción cometida pero no necesariamente pueden resultar de una naturaleza homogénea. En el caso peruano, el procedimiento administrativo sancionador puede iniciarse de parte (lo que lo convierte en trilateral por la intervención de tres partes) o por iniciativa propia de la autoridad que lo convierte en un procedimiento sancionador *per se*.

El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración (de allí el nombre de trilateral), tal como lo recoge la LPAG⁹ y que normalmente obedece a un reclamo, queja, denuncia, etc, por parte de un administrado contra otro por alguna desavenencia particular de carácter administrativo.

Si bien en el presente artículo no analizaremos las características de los tipos de procedimientos administrativos, resulta necesario mencionar ciertos aspectos relevantes que serán tomados en cuenta al momento de poner fin al procedimiento.

Es importante señalar por ejemplo que si bien se menciona en el artículo 221 de la LPAG¹⁰ que el procedimiento trilateral puede iniciarse mediante una presentación de oficio, lo cierto es que la mayoría de procedimientos trilaterales son iniciados a solicitud de un particular quien reclama o denuncia alguna posible infracción.

Por otro lado, tenemos los procedimientos sancionadores iniciados por acciones directas de la autoridad (de oficio), en los cuales existen únicamente dos intervinientes: la autoridad y el administrado, sin necesidad de la intervención de una parte adicional que actúe como reclamante.

⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley núm. 27444).

Procedimiento trilateral

Artículo 219. Procedimiento trilateral

219.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la presente Ley.

219.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como "reclamante" y cualquiera de los emplazados será designado como "reclamado".

¹⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley núm. 27444).

Artículo 221. Inicio del procedimiento

221.1 El procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio.

Esta simple diferencia (entre un procedimiento y otro) ocasiona que las medidas correctivas hayan tenido variaciones en su concepción, en la medida que los bienes jurídicos en ambos casos pueden llegar a ser totalmente disímiles.

Así y a modo de referencia, en los procedimientos seguidos ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en adelante, el INDECOPI) en materia de defensa del consumidor, se establecieron 2 tipos de medidas correctivas: medidas correctivas reparadoras y medidas correctivas complementarias. Las primeras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales ocasionadas a un consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior, mientras que las segundas buscan revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

En este supuesto, es importante resaltar que habiendo existido una relación comercial, contractual o de cualquier otra índole entre dos partes, resulta mucho más cómodo para la autoridad determinar cuál es la medida correctiva más adecuada, pues se tiene un claro y concreto conocimiento del estado anterior de las cosas y de qué manera fue que se vio vulnerado el derecho, lo que genera que la reposición sea de más fácil cumplimiento.

Por otro lado, hay que tener en consideración que no necesariamente todo procedimiento donde existe responsabilidad objetiva de un agente concluirá en una medida correctiva, ello porque la misma puede haberse cumplido con anterioridad a la emisión de la resolución final.

Esta situación es posible debido a que las medidas correctivas en materia de consumidor son fácilmente determinables, ello a que normalmente obedecen a un incumplimiento de alguna prestación objetiva específica. Por ejemplo, la venta de un producto defectuoso. Frente a esta situación la medida correctiva puede ser la reparación del producto, la entrega de un producto de características similares o devolución del dinero. De esta forma no resulta desconocido las consecuencias de la infracción cometida, ello debido a que la posibilidad de volver al estado anterior de las cosas es claramente identificable.

Situación contraria ocurre cuando los procedimientos administrativos son iniciados de oficio y están orientados a temas globales o intereses colectivos.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante mencionar que la base de la imposición de una sanción o del ordenamiento de una medida correctiva dentro de un procedimiento administrativo es la delimitación de responsabilidad. Esta delimitación (en caso se determine la existencia de una infracción) tendrá una consecuencia directa que es la aplicación de una sanción.

Es decir, la consecuencia inmediata a la identificación de una infracción en un procedimiento administrativo, debería ser la imposición de una sanción concreta y posteriormente evaluar la per-

tinencia del ordenamiento de alguna medida correctiva.

Si bien el criterio antes señalado resulta bastante lógico y entendible, más adelante analizaremos alguna posibilidad que dicho análisis se revierta al punto de entenderse la medida correctiva como obligación primigenia a la sanción¹¹.

Finalmente y en aras de dejar en claro la diferencia entre la sanción administrativa y las medidas correctivas, resulta importante identificar la sanción como un mal infringido por la administración a un administrado por incurrir en una infracción y que lo que busca directamente es un castigo por el perjuicio y daño causado¹².

IV. Medidas correctivas en materia ambiental

De manera previa, resulta relevante distinguir entre las medidas, cautelares, preventivas y correctivas.

Así podemos señalar que las medidas cautelares pueden adoptarse antes del inicio o durante un procedimiento y tienen como objeto asegurar la eficacia del acto procedimental decisor.¹³

Por otro lado, las medidas preventivas se impondrán ante un peligro inminente de generación de daño grave y que no necesariamente involucre una infracción administrativa.¹⁴

Por otro lado, las medidas correctivas se impondrán en la resolución final que identifique la infracción cometida por el titular y que pueda ser pasible de alguna sanción. Cabe mencionar que esta situación puede variar dependiendo el tipo de procedimiento y el tipo de infracción ambiental que se identifique.

Por último, la normativa peruana también considera a los

¹¹ Mauricio Cuadra Moreno, Jerry Espinoza Salvatierra, *Las Medidas Correctivas de Restauración y Compensación Ambiental* [Análisis a propósito de la publicación de los Lineamientos aprobados por el OEFA para su aplicación]. El nuevo enfoque de la fiscalización Ambiental, Editorial Rhodas SAC, 2013.

¹² "Las sanciones deben tener un contenido aflictivo, deben consistir en un perjuicio al ciudadano impuesto como un castigo; es decir, buscado directa y deliberadamente." Carreras Schabauer, Noelia. Ob Cit nota 8 del presente artículo.

¹³ Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley núm. 29325)

Artículo 21.- Medidas cautelares 21.1 Antes de iniciarse un procedimiento sancionador o en cualquier etapa del procedimiento se podrán ordenar medidas cautelares previamente a la determinación de la responsabilidad de los administrados, cuando ello resulte necesario para prevenir un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

¹⁴ Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Resolución de Consejo Directivo núm. 007-2013-OEFA/CD

Artículo 22. De las medidas preventivas

Corresponde disponer una medida preventiva cuando se evidencie un hallazgo relativo a un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o, derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental, independientemente de si se aprecian o no indicios de infracción administrativa en la actividad materia de supervisión directa.

mandatos de carácter particular como aquellas órdenes que buscan que el administrado realice determinadas acciones relacionadas a un hallazgo de alguna presunta infracción ambiental con la finalidad de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental. Normalmente están orientados a la consecución de documentación con información relevante.¹⁵

La normativa ambiental reconoce 4 tipos de medidas correctivas¹⁶:

- a. Medidas de adecuación
- b. Medidas de paralización
- c. Medidas de restauración
- d. Medidas de compensación

a) *Medidas de adecuación.* Este tipo de medidas tienen como objetivo que el administrado adecue sus actividades a ciertos regímenes y de esa forma mitigar o reducir probables consecuencias al ambiente. Este tipo de medidas son impuestas cuando la infracción sancionada no tiene mayor relevancia y su simple cumplimiento puede revertir el posible perjuicio ocasionado.

Las medidas de adecuación están orientadas al cumplimiento de los compromisos ambientales asumidos por los administrados como son procesos de adecuación o cursos de capacitación.¹⁷

Este tipo de medidas correctivas poseen una particularidad, pues a diferencias del resto de órdenes que puede dictar la ad-

¹⁵ Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD

Artículo 29. De los mandatos de carácter particular

La Autoridad de Supervisión Directa, dentro del ejercicio de sus funciones, podrá dictar mandatos de carácter particular a efectos de que los administrados realicen determinadas acciones relacionadas con un hallazgo, de acuerdo a lo establecido en los Artículos 11 y 18 de la Ley núm. 29325. A través de mandatos de carácter particular, con la finalidad de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental y asegurar el cumplimiento de los objetivos de la protección ambiental, el OEFA dispondrá la realización de auditorías, de estudios o la generación de información relacionada a las actividades de los administrados, y que constituyen materia de supervisión por parte del OEFA.

¹⁶ Cabe indicar que el desarrollo de las medidas correctivas que a continuación se realizará toma como base los lineamientos para la Aplicación de las Medidas Correctivas previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley núm. 29325 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental emitida por la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA.

¹⁷ Ley núm. 28611 (Ley General del Ambiente).

Artículo 136. De las sanciones y medidas correctivas

(...)

136.4 Son medidas correctivas:

- a. Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable.
- b. Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño.
- c. Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso.
- d. Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente.

ministración con la intención de retrotraer los efectos del daño ocasionado, estas buscan únicamente el cumplimiento de un mandato que de por sí ya era obligatorio al estar plasmado en un compromiso ambiental. En ese sentido, resulta imperante tener en cuenta que las medidas correctivas no pueden limitarse a ordenar a los administrados al mero cumplimiento de las normas, puesto que esto podría generar desincentivos a su cumplimiento.

b) Medidas de Paralización. Las medidas de paralización buscan paralizar la actividad que ha generado el daño ambiental.

Estas medidas encuentran su naturaleza en la necesidad de su imposición, existiendo una causalidad para la consecución del objetivo a proteger, pues para su ordenamiento la administración debe estar en la posibilidad de reconocer que la afectación se vería directamente frenada con la adopción de la medida correctiva.

De acuerdo a los literales a), b) y c) del numeral 22.2 del Artículo 22 de la Ley del SINEFA y los incisos (i), (ii) y (iv) del Numeral 38.2 del Artículo 38 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.¹⁸

Por otro lado y como se señaló anteriormente, no debe confundirse este tipo de medidas con la capacidad que tiene el Estado para imponer sanciones administrativas, ya que si bien para los efectos del administrado pueden tener consecuencias similares, lo cierto es que este tipo de medidas correctivas tienen como fijación la paralización de la actividad que generó daños específicos al ambiente, siendo esta medida una necesidad para el cese de dicho acto nocivo.

c) Medidas de restauración. Las medidas de restauración son en efecto, aquellas medidas que buscan restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, con la finalidad específica de retornar al estado de cosas existente con anterioridad a la afectación.

Este tipo de medidas son la esencia de la conceptualización de medidas correctivas con carácter ambiental, ello debido a que la finalidad primordial del Estado es tratar de solucionar el daño ocasionado por la actividad sancionada y así lograr retrotraer las cosas al momento previo a la afectación y poder recuperar los ambientes afectados.

Las medidas de restauración poseen relevancia significativa en

¹⁸ Ley núm. 29325 (Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental)

“Artículo 22.- Medidas correctivas

a) El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.

b) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.

c) El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.

d) La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.

la medida que los efectos nocivos de la actividad se ven reflejados de manera directa y existe una expectativa por parte de los agentes afectados de restaurar los ambientes dañados, como por ejemplo podría ser la reforestación de áreas forestadas o la repoblación de fauna desaparecida como consecuencia de la contaminación ambiental.

Los Lineamientos para la Aplicación de Medidas Correctivas emitidos por la OEFA, hacen una correcta clasificación de las medidas de restauración, que si bien no son parte de un cuerpo normativo específico, su implementación resulta necesaria dependiendo el tipo de daño ocasionado.

De esta forma podríamos encontrar *obligaciones de restauración* propiamente dichas cuando se busca específicamente la reconstrucción de un bien ambiental que ha sido desaparecido o destruido por alguna actividad extractiva, por ejemplo. Ello con la finalidad de retornar a la situación existente de manera previa al daño, aunque esto nos signifique la recuperación del mismo ambiente dañado, sino una reconstrucción.

Por otro lado tenemos las *obligaciones de rehabilitar* cuya finalidad es devolver una funcionalidad análoga a la que tenía el ambiente antes de ser dañado como podría ser la rehabilitación de riveras o playas afectadas por la contaminación.

Finalmente, las *obligaciones de reparación* están orientadas a la reparación de un daño que gracias a que su destrucción no fue total, permite que mediante acciones de reparación se logre obtener la totalidad del ambiente afectado. Normalmente estas medidas se dan con la limpieza de las áreas afectadas.

d) Medidas de compensación ambiental. Estas medidas buscan un solo objetivo específico, la sustitución del bien ambiental que ha sido dañado. Este daño contiene impactos graves, irreversibles e imposibles de ser recuperados. Este tipo de medidas son la última opción frente a una contaminación severa que no permite la recuperación o reparación de algún área ambiental.

Este tipo de medidas, se encuentran recogidas en el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental quien las define como "medidas y acciones generadoras de beneficios ambientales proporcionales a los daños o perjuicios ambientales causados por el desarrollo de los proyectos; siempre que no se puedan adoptar medidas de prevención, mitigación, recuperación y restauración, eficaces".

V. Obligación de la aplicación de las medidas correctivas de materia ambiental

En principio, las medidas correctivas no deben generar una situación perjudicial al ambiente pues tirarían abajo la esencia de las mismas. Por ello, las medidas correctivas que imponga la autoridad administrativa podrán en algunos supuestos necesitar la aprobación de un instrumento de gestión ambiental que permita que dicha medida se concrete cumpliendo los requisitos que el

sector correspondiente requiera, para lo cual existirán plazos y actuaciones precisas por parte del administrado.

Por otro lado, como bien lo indicamos en el comienzo del presente artículo, la regla general (por llamarla de alguna manera) en la determinación de las medidas correctivas estaba dirigida a la determinación de responsabilidad con la consecuente sanción y posteriormente la evaluación de la imposición de medidas correctivas que busquen volver al estado anterior de la afectación ambiental.

Sin embargo, en materia ambiental no necesariamente se sigue dicho criterio, pues dependiendo la contingencia, afectación y gravedad del daño, los procedimientos pueden encajar en un régimen de excepcionalidad.

Precisamente este cambio de criterio, se da con la reciente Ley que establece medidas Tributarias, Simplificación de Procedimientos y Permisos para la promoción y Dinamización de la Inversión en el País, Ley 31230, publicada el 12 de julio de 2014.

Esta norma, si bien realiza cambios en diversos sectores de aparato estatal, en materia ambiental denota la importancia con la que se debe tratar a las medidas correctivas en materia ambiental.

De acuerdo a la citada norma, los procedimientos administrativos buscarán a través de la autoridad competente, en primer lugar, la identificación de la afectación ambiental a un sector específico y de manera previa a la sanción se dictará una medida correctiva que busque devolver las cosas a sus estado anterior, prevaleciendo de esta forma la finalidad reconstructiva del ambiente otorgándole a los titulares la posibilidad de subsanar los daños generados, suspendiéndose el procedimiento administrativo hasta el vencimiento del plazo para la ejecución de la medida correctiva. De esta forma, si transcurrido el plazo el administrado no cumple con la medida correctiva será pasible de sanción.

VI. Conclusiones

Resulta relevante reconocer que las medidas correctivas no tienen como finalidad entorpecer las actividades económicas de los administrados, sino tratar de volver al estado anterior de las cosas que por diversos motivos fueron adulteradas y que en el caso del medio ambiente, resultan de aplicación inmediata, debido a que las consecuencias por su incumplimiento pueden resultar irreparables.

Finalmente, es importante destacar que la aplicación de medidas correctivas y su efectivo cumplimiento por parte de los administrados, ocasionará efectos positivos no únicamente para los agentes beneficiarios sino para todos los participantes de la fiscalización ambiental, más aun si tenemos en consideración que el carácter punitivo de la autoridad queda a la expectativa únicamente del incumplimiento de las medidas correctivas por parte de los

administrados, por lo que este tipo de normativas debe ser consideradas como incentivos u oportunidades para cumplir con las normas y compromisos ambientales y no generar efectos dañinos al medio ambiente y a sus diversos agentes.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UTILIDAD Y LÍMITES

Domingo García Belaunde

En el Perú de los últimos años se ha visto reflejado como en un espejo, lo que pasa en otros lares. Y que fue vislumbrado en las décadas finales del siglo XX por el constitucionalista francés Louis Favoreu en fenómeno que denominó "constitucionalización del Derecho". Y esto ha merecido largos ensayos de parte de otros juristas franceses, italianos, españoles y latinoamericanos —sobre todo brasileños—. Con esto se quiere decir varias cosas: en primer lugar, que la ley ha perdido el carácter predominante que antes tenía, cuando era un referente único y decisivo. Y en segundo lugar, que dentro de grandes lineamientos, la legislación procesal, penal, civil, tributaria, mercantil, etc. debe observar los principios y normas que trae la dogmática constitucional. Es evidente que siempre hay que partir de las "normas", pero esto solo como una primera aproximación, pues es preciso ir a los principios que las inspiran y los valores o fines que se persiguen. En fin, hablamos de "normas" al referirnos al derecho positivo y "principios" a determinadas ideas-fuerza o valores que se encuentran en la raíz de la tradición constitucional europea, de la que en cierto sentido somos herederos.

Por cierto, al decir "constitucionalización" estamos hablando en términos muy generales, ya que cada normativa tiene un amplio campo de acción. Así, en el campo penal, por ejemplo, las penas oscilan entre mínimos y máximos... en materia tributaria las tasas igualmente varían... y este juego de extremos obedece a determinadas políticas —tributarias o penales— y nada más. Y lo mismo sucede en determinadas figuras que crean ilícitos o in-

fracciones. Existen situaciones en los cuales puede existir el abuso o un exceso, pero en sustancia la legislación en los aspectos centrales se puede mover con bastante libertad, teniendo en cuenta que los parámetros constitucionales siendo importantes, son relativamente escasos y muchas veces elásticos como para permitir que el legislador y por cierto el juez, tengan un apreciable marco de posibilidades.

Pero esto que en realidad es simple, es en rigor reciente. Y como quiera que tenemos detrás de ello una legislación frondosa, ha habido casos en los cuales adecuar las parcelas de nuestro copioso ordenamiento jurídico a la Constitución, ha sido lento y laborioso. Y no siempre muy acertado.

Lo que ha hecho que haya cobrado gran vigor la jurisprudencia constitucional, sea la que emite el Poder Judicial pero sobre todo la del Tribunal Constitucional. Esta última, sin lugar a dudas de gran trascendencia, pero que afecta solo aspectos puntuales del ordenamiento. Si bien algunos muy importantes.

De esta manera, se ha reforzado en el Perú el análisis y el estudio de la jurisprudencia que venía desde antes, pero en forma más acentuada. Se suceden así las publicaciones dedicadas al análisis de la jurisprudencia, que crecen de continuo y a una velocidad de vértigo.

En los países de la Europa continental esto se aprecia muy claramente, pues la Constitución se ha convertido en un cuerpo vivo, en donde el Derecho se manifiesta en forma transparente. Esto se ve incluso en las revistas de doctrina, en donde se dedica un buen espacio a comentar fallos o sentencias trascendentes y en donde tenemos incluso libros y folletos dedicados a los pronunciamientos en materia constitucional.

Ahora bien ¿Para qué sirve esta jurisprudencia que se da en el ámbito, sobre todo, de los tribunales constitucionales y también en países con Cortes Supremas que hacen las veces de tales? (como México, Brasil y Argentina).

El fin fundamental de una jurisprudencia es apuntar hacia donde van las cosas o hacia donde deben ir, crear predictibilidad, actualizar lo existente, resolver un conflicto o declarar un derecho y por cierto, brindar seguridad jurídica. Obviamente, no de todo el orden jurídico, sino solo de algunas de sus parcelas o de las más importantes, si bien puede tener una gran proyección. Y además, con un fin fundamentalmente práctico, que sirve sobre todo a los operadores del Derecho. Y a la larga a todos los justiciables.

Pero ¿Qué es lo que ha pasado entre nosotros últimamente? Pues obviamente se ha tomado nota de la jurisprudencia existente, sobre todo de aquella que es la más relevante o que tiene un alcance mayor. Y sobre ella se ha lanzado una legión de escritores o aprendices de escritores para escribir largamente. Es decir, ha venido desarrollándose sobre la jurisprudencia toneladas de escritos que no son más que glosa y posglosa de lo que ella dice. Y

generalmente, sin doctrina alguna de respaldo. O sea, se escribe comentarios de buen talante a base de lo que dice tal o cual sentencia. Con la pretensión de que a partir de ahí, se considere al autor como un consagrado juspublicista, cuando en realidad no es más que autor de una amena crónica periodística, que pronto caerá en el olvido. Las excepciones, por cierto, son escasísimas.

Ahora bien ¿Es válido comentar una jurisprudencia? Por cierto que es válido y útil. El problema es que en materia jurídica nuestros pueblos latinoamericanos no son creadores, sino glosadores o comentaristas. Y por tanto, para comentar jurisprudencia hay que tener una cultura de base que la mayoría de estos glosadores no tienen, con lo cual terminan haciendo unas cuartillas sobre un fallo del cual no entienden mucho o saben poco. En Europa, cuando esto se hace, el enfoque es distinto, pues los que proceden así están premunidos de ciertas categorías conceptuales que les permiten ver las cosas, ya que nuestras ideas, como decía Alain, son nuestros anteojos. Por tanto, ese esfuerzo gigantesco de hacer comentarios de jurisprudencia animados por un buen talante, una buena salud y un contagioso sentido del humor, apoyado por la lectura de algún periódico del día, a la larga no sirve para nada. Y quedará solo como algo de carácter informativo que durará pocos días. O sea, como datos que sirven para el mundo de la práctica y nada más. Y si no se quiere caer en esto, pues hay que leer más antes de escribir alegremente sobre todo, como se ha vuelto hoy costumbre entre nosotros, agravado por las redes sociales y por lo que en forma desenfadada se inserta en ellas. Y mientras esto no mejore, creo que solo cabe un camino intermedio. Limitarse a hacer notas sencillas, de mera información sobre casos recientes y sin mayores pretensiones.

Un tema conexo con esto es el aparente carácter pedagógico de esta jurisprudencia. Y lo sentí o me di cuenta de ello a raíz de cierta experiencia académica. Y es la siguiente: hace algunos años, un apreciado colega mío entregaba a sus alumnos como material de lectura obligada una larga sentencia de Habeas Corpus emitida por el Tribunal Constitucional, en donde se hacía un desarrollo doctrinario de esta institución, así como de sus clases y alcances. Me dio curiosidad en verla y pude comprobar que lo que había hecho esta sentencia era glosar burdamente un largo texto de Sagüés sin citarlo siquiera, lo cual me desconcertó. Es decir, el alumno se iba a enfrentar a un adoctrinamiento sobre el Habeas Corpus, tomando como referencia una glosa jurisprudencial de segunda mano. Lo recomendable en este caso era entregar el texto de Sagüés para que aprendiese directamente lo que era el Habeas Corpus de una buena fuente y luego testarla o confrontarla con un caso, de manera tal que se tenía por un lado a la doctrina y por otro a un caso concreto resuelto al más alto nivel. Y de esa manera se podía entender mejor lo que se tenía al frente. Pero esto es lo que lamentablemente no se hace. Y que al parecer tiene mucho predicamento.

Siempre pensé que este sistema de aprender únicamente de la jurisprudencia constitucional, era un error. Y esto se vio hace

unos años, cuando numerosas sentencias eran inmensas y resumían doctrinas a través de fichas, que venían de tercera mano. El 80% de las sentencias son del trajín diario y muy pocas son realmente aleccionadoras y dignas de estudio. Y esto por cuanto en nuestros países, la jurisprudencia tiene fines prácticos y son factor de orden social y de solución de conflictos, pero no deben ni pueden reemplazar a la enseñanza universitaria ni a la doctrina, pues los tribunales no son para eso. La lectura de las sentencias es para saber como resuelven los tribunales, no para aprender de ellas ni menos para olvidarse de analizarlas a la luz de la sana doctrina.

Esta fue siempre la idea que tuve en mente sobre lo cual hablé y escribí en diversa oportunidad, pero naturalmente nadie me hizo caso. Con esto en mente, recuerdo haber hablado hace un par de años en Lima con nuestro buen amigo Lucio Pegoraro, Ordinario de Bologna, quien con mucha serenidad me dijo que no solo no leía la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, sino que de ella jamás aprendió nada. Y creo que en lo básico tiene razón.

Vinculado con lo anterior pero no necesariamente unido a lo que antes he señalado, existe lo que podríamos llamar "doctrina jurisprudencial". A fin de entender mejor esto, creo que podríamos hacer el siguiente deslinde. En primer lugar existe una "doctrina general", aquella que surge de los autores clásicos y de los autores contemporáneos, y que generalmente se forma por un proceso de sedimentación que se produce en esa mixtura de lecturas, intuiciones, experiencia vivida, hechos históricos, conductas personales e institucionales. Cuando se llega a una altura muy grande, entonces quienes la formulan no solo se elevan sobre sus contemporáneos, sino que contribuyen a la formación de los hechos, opiniones y conceptos de los que les siguen en el tiempo. Autores como Jellinek, Duguit, Kelsen, Heller, Lasky, Smend, Schmitt, tienen un nivel que siempre los hace necesarios para cualquier investigación. Por cierto que tendremos no solamente en cuenta los grandes panoramas, sino además aquellos otros que investigan temas puntuales y que marcan derroteros. Pero los clásicos no son todo lo que es necesario. Están también los contemporáneos, los que viven con nosotros —años más años menos— y que se enfrentan a los problemas que conocemos en el día a día. A ellos los podemos encontrar en nuestro entorno y muchas veces los ubicamos o hemos conocido. Sin ánimo de agotar la lista y limitándonos a nuestro mundo latinoamericano, diremos que autores como Carlos Sánchez Viamonte y Germán J. Bidart Campos son esos clásicos contemporáneos —por así decirlo— que nos obligan a pensar. En el caso del Brasil, por ejemplo, tenemos a Pontes de Miranda y a Luiz Pinto Ferreira. También hay otros que van a temas puntuales y que nos dicen o señalan aspectos de sumo interés y actualidad. Me detengo solo en quienes han fallecido pues incursionar con nombres de distinguidos colegas que aun viven, es siempre complicado.

Al lado de la "doctrina general" existe la que por comodidad

hemos sindicado como "doctrina jurisprudencial" que es la que nace del trajín de los tribunales, sean los ordinarios, los especializados o los extraordinarios. En puridad, la llamada justicia ordinaria o Poder Judicial y órganos especializados, como son los tribunales constitucionales. Ellos tienen una serie de pronunciamientos y aplicaciones que constituyen el "derecho vivo", o sea, el que se aplica y tiene vigencia en un determinado contexto humano y que deben saber los justiciables y por cierto los operadores del Derecho. En especial, los abogados.

Un problema aparte es cómo se forma esa "doctrina jurisprudencial" que lo puede ser de muchas maneras. Lo más frecuente en nuestra cultura romanista, es que lo sea por el método de la subsunción, es decir, encajar los hechos dentro de determinadas normas. Pero la ponderación, la analogía y otros criterios similares pueden también ser muy útiles y se han vuelto de uso frecuente en los últimos tiempos. Pero como en todo, los frutos de la actividad tribunalicia pueden ser muy variados y además acertados o desacertados o tremendamente erróneos. Y esto se ve con frecuencia en todos los ámbitos.

Ahora bien ¿Cuál es la relación entre la "doctrina jurisprudencial" y la "doctrina general"? Pues puede ser muy variada, sea de seguimiento, de aceptación, de replanteos, etc. No entramos ahora aquí en este tema y más bien vayamos a lo nuestro.

He dicho anteriormente que existe una tendencia a la glosa y posglosa de la jurisprudencia constitucional en el Perú, muchas veces en forma servil. Y que por lo general se hace simplemente de oídas y con mucho entusiasmo, pero con poca información. Y esto se agrava cuando sobre la base de esta "doctrina jurisprudencial" se pretende levantar un edificio doctrinal, algo así como una "teoría constitucional" o "procesal constitucional" sin más elementos de juicio que la propia "doctrina jurisprudencial" y en forma acrítica. Ahora bien, nuestra "doctrina jurisprudencial" ha tenido muchos aciertos, pero ha incurrido, como se sabe, en notables dislates y en más de un estropicio. Con lo cual, levantar una "doctrina" constitucional o procesal constitucional tan solo orientados por la jurisprudencia, es un riesgo evidente y hasta peligroso. A veces, la jurisprudencia constitucional actúa como palos de ciego, acertando unas veces, pero golpeando en exceso a la cosa o persona equivocada. Es decir, si partimos —en nuestro sistema— de hacer grandes digresiones sin más referencia que la "doctrina jurisprudencial" vamos sin lugar a dudas, al más completo fracaso. Y esto es lo que lamentablemente, ha empezado a aparecer entre nosotros. Y en efecto, una cosa es resumir y presentar una ruta jurisprudencial, y muy otra es tomarla a pie juntillas y levantar a partir de allí un edificio "sistémico". Lo cual demuestra, además, que el hábito de la lectura y del estudio no es precisamente el lado fuerte de estos escritores. Contra eso precisamente hay que estar advertidos y ser consciente de ello.

Problema aparte es la experiencia de los países que pertenecen al mundo del *common law*, sobre todo de los Estados Unidos de América. Ahí, por la estructura del sistema, por su desarrollo histórico, por la preeminencia dada al juez y por su innato pragmatismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido modélica y creadora, mucho antes incluso de que llegasen los doctrinarios europeos a decir con palabras rebuscadas lo que la jurisprudencia norteamericana había descubierto décadas atrás y había expresado en forma más simple. Pero aun así, esta jurisprudencia es objeto de reconstrucciones teóricas, de replanteos, de análisis doctrinarios y en veces de desarrollo legislativo. Esto que es valioso, ha sido descubierto en Europa hace pocos años, pues vivió mirándose el ombligo durante siglos. Y que puede servirnos de aliciente a quienes damos recién nuestros primeros pasos, para distinguir el grano de la paja.¹

¹ Lima, diciembre de 2013; Revisado en diciembre de 2014.

LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

Jorge Luis Cáceres Arce

I. Antecedentes

La recurrente Francisca Lilia Vásquez Romero, interpone acción de amparo a fin de que se declare nula la Resolución N° 38, de fecha 4 de diciembre de 2009, hasta el Decreto núm. 5, de fecha 25 de enero de 2013, en el Proceso de tercería preferente de pago correspondiente al Exp. núm. 1460-2006, por haber supuestamente vulnerado su derecho "al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva", puesto que la Sala Civil Suprema en el proceso de tercería preferente de pago que conoce en grado de apelación, habría "cambiando de jurisdicción", a la Sala Constitucional Suprema emplazada; asimismo según se alega, el Juez del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los Jueces Superiores de la Sala Superior emplazada habrían tramitado con fraude el referido expediente; acción de amparo que consecuentemente fue declarada infundada en primera instancia y confirmada por el superior jerárquico, motivo por el cual la accionante plantea Recurso de Agravio Constitucional en contra la Resolución de fecha 14 de noviembre de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa.

II. Sobre el precedente

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho género una evolución en cuanto a la doctrina constitucional del momento que consideraba a la Constitución Política

como una directriz, un ideario político; cobrando la dimensión protagónica correspondiente a su naturaleza asumiendo calidad de disposición normativa dotada de contenido jurídico vinculante; este cambio trajo consigo, el desarrollo de la Justicia Constitucional y de la Jurisdicción Constitucional¹, tal como la conocemos hoy en día, constituyéndose como mecanismo de garantía del respeto de los derechos fundamentales y defensa de la Constitución; objetivos asumidos por órganos autónomos de naturaleza constitucional o en alguno otros casos asumidos por la jurisdicción ordinaria.

Es en ese contexto es que cobra protagonismo y relevancia hablar sobre el precedente constitucional vinculante, (*primer precedente emitido por la nueva conformación del Tribunal Constitucional*) caso: Francisca Lilia Vásquez Romero, establecido mediante la sentencia de fecha 06 de agosto de 2014, recaída en el Expediente núm. 00987-2014-PA/TC; referente a la reforma del Recurso de agravio constitucional, el cual conforme al ordenamiento vigente, tiene como función, habilitar una línea de acceso a la jurisdicción, con el objeto de materializar el derecho al acceso a la justicia, contenido en el precepto de Tutela Jurisdiccional efectiva, reconocido por el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, concordante con la garantía del libre acceso al órgano jurisdiccional, comprendido como manifestación del derecho a la Tutela Procesal Efectiva, consagrado en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional; a fin de poder someter a la cognosis del Supremo Tribunal de Justicia Constitucional, las infracciones a la Carta Constitucional.

En ese sentido, es menester manifestar en cuanto al derecho al acceso a la justicia, como cualquier otro se encuentra sujeto a límites para su ejercicio, parámetros y restricciones², tal como lo ha advertido el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, específicamente en la sentencia de fecha 30 de enero de 2013, expedida en el expediente núm. 2763-2002-AA/TC, mediante el cual en referencia este derecho, manifiesta que:

“El derecho de acceso a la justicia garantiza, entre otras cosas, que el administrado pueda acudir al juez a fin de cuestionar los actos que la administración hubiera efectuado. Como todo derecho, también el de acceso a

¹ Como menciona el Maestro Domingo García Belaunde, “La justicia constitucional es un concepto material, mientras que la jurisdicción constitucional es un concepto orgánico; la primera se refiere a una materia determinada (control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales) mientras que la segunda tiende a identificar a un ente u órgano especializado en esto [...]”. En: García Belaunde Domingo, 2008, *El Derecho Procesal Constitucional en expansión (crónica de un crecimiento: 1944-2006)*. Gaceta Constitucional, Tomo 2, 427.

² “la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que (...) no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley; sin embargo, éste derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo”. En: Ledesma Narváez Mariane-lla, 2008, *Comentarios al Código Procesal Civil*. Perú: Gaceta Jurídica.

la justicia es uno que puede ser limitado. Sin embargo, de la posición preferente en la que se encuentran los derechos fundamentales se deriva una exigencia concreta al legislador respecto al momento de establecer las condiciones de su ejercicio o las limitaciones al derecho: en efecto, cualesquiera que sean las restricciones o límites que se establezcan, su validez depende de que éstas no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia." (El subrayado es nuestro).

Este derecho de acceso a la justicia, se configura como una obligación de garantizar, medios de acceso a la jurisdicción (*en este caso a la jurisdicción constitucional*), conforme a las garantías jurisdiccionales, y través de mecanismos preestablecidos; por lo que esta obligación no comporta en ningún sentido el deber del juzgador de resolver en favor del accionante.

Es bajo la luz de estos parámetros conceptuales que analizaremos, el precedente Vázquez Romero, en cuanto si este último atenta contra los derechos constitucionales de la tutela jurisdiccional y procesal efectiva.

III. Del análisis

En primer orden, es menester realizar un análisis referente a la corrección en su emisión; debido a la preminente función³ que desempeña como herramienta técnica que permite el ordenamiento y coherencia de la jurisprudencia, debemos someternos al análisis de los presupuestos establecidos el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y las Sentencias correspondientes a los Expedientes númrs. 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-AA/TC, que mediante desarrollo jurisprudencia, han determinado criterios para la emisión de precedentes constitucionales vinculantes:

"En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mis-

³ Al respecto debemos anotar que la técnica del precedente constitucional vinculante es manifestación del poder normativo del Tribunal Constitucional, desarrollada en el marco de las potestades atribuidas a él, por la Constitución, el Código Procesal Constitucional y su Ley Orgánica, esta segunda manifestación se da a través del ordenamiento y sistematización de la jurisprudencia constitucional, conforme a lo manifestado en el párrafo 38 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de octubre de 2005, recaída en el Expediente núm. 0024-2003-AI/TC.

mo.

Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.”⁴

En el caso in comento, se evidencia que se cumple con el primer presupuesto exigido, pues nos encontramos ante una estrecha relación entre el caso en concreto (*referente a la interposición de procesos constitucionales baladís, fútiles, carentes de sustento constitucional*) y el precedente constitucional vinculante expedido como regla necesaria para la directa resolución del mismo; así también es manifiestamente concurrente el cumplimiento del segundo presupuesto, relativo a la existencia de una decisión que haya generado la solución final al proceso, tal como se verifica de la parte resolutive de la sentencia de fecha 06 de agosto de 2014, así como del establecimiento de los alcances de esta norma; por lo que nos encontramos ante un precedente emitido en regularidad y estricto respeto de la doctrina constitucional.

En segundo orden, es menester analizar la regla procesal establecida por el supremo guardián de la Constitución y sus consecuencias jurídicas, en el precedente Vásquez Romero, para lo cual, bajo criterios de eficiencia y optimización de la tutela procesal efectiva a fin de conseguir “concentrar recursos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente” (fundamento 47 de la sentencia), que pese a la claridad en las reglas sustanciales y procesales establecidas en los precedentes constitucionales vinculantes, de general cumplimiento y obligatoriedad, persisten en incoar Recursos de Agravio Constitucional manifiestamente carentes de sustento constitucional, o contrarios a estos, que se limitan a la simple invocación formal de derechos carentes de respaldo constitucional. Por lo que se ha establecido mediante el fundamento 49, las siguientes reglas procesales:

49. El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:

a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;

b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;

c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;

d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, en Expediente núm. 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005, párrafo 39.

*La citada sentencia se dictará sin más trámite.*⁵

Lo cual ha traído como consecuencia la modificación a través de la Resolución Administrativa núm. 141-2014-P/TC, del artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, bajo el siguiente texto:

Resoluciones de las Salas y Sentencia Interlocutoria Denegatoria

Artículo 11.- El Tribunal conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, mediante dos Salas integradas por tres Magistrados. La sentencia requiere tres votos conformes.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos, cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16° de la Ley núm. 28301, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia, se llama a los Magistrados de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal.

En tales supuestos, el llamado puede usar la grabación de la audiencia realizada o citar a las partes para un nuevo informe.

El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;*
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;*
- c) La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;*
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.*

*La citada sentencia se dictará sin más trámite.*⁶

Ante estos nuevos (y *no tan nuevos*) supuestos de procedibilidad del RAC, no contemplados en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, corresponde plantearnos si efectivamente, la modificación de su Reglamento Normativo, desarrollo jurisprudencial y mediante el precedente constitucional vinculante, se puede modificar una ley, caso concreto la Ley núm. 28237-Código Procesal Constitucional, mediante la cual establece en el referido artículo, dos supuestos de procedencia, el primero en cuanto al

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, en Expediente núm. 00987-2014-PA/TC, del 06 de agosto de 2014, fundamento 49.

⁶ Diario Oficial "El Peruano". (12 de setiembre de 2014). Resolución Administrativa núm. 141-2014-P/TC. Normas Legales, p. 532370.

criterio de procedencia del RAC, contra resoluciones de segundo grado denegatorias (improcedente o infundado) y el segundo lugar en cuanto a la temporalidad de su interposición en el plazo perentorio de 10 días de notificada la sentencia denegatoria, lo cual en concordancia con lo manifestado por el magistrado Ernesto Blume en reiterativos votos singulares, contravendría la lógica "finalista, amparista, antiformalista".

Así también, es valedero cuestionar si la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria, en ejercicio de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional (Precepto desarrollado en los Expedientes númrs. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC⁷) al establecer la recalificación de un Recurso de Agravio Constitucional ya concedido por el Poder judicial, por la sala correspondiente, conforme las atribuciones otorgadas a este último, por el Código Procesal Constitucional, es atentatorio de la Autonomía del Poder Judicial, lo cual significaría una invasión en las atribuciones conferidas al Poder Judicial, El cual no puede desligarse de lo establecido en los precedentes constitucionales vinculantes emitidos por del Tribunal Constitucional, pues ello significaría el desconocimiento de los principios de supremacía, fuerza normativa de la Constitución y lealtad constitucional, principios que exigen a los órganos y organismos estatales actúen según las competencias asignadas de manera sistemática y en armonía con el texto constitucional.⁸

En ese sentido, la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, no puede servir de subterfugio para permitir ir más allá de las atribuciones asignadas a ambos órganos jurisdiccionales

⁷ Principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional

18. Que descartada la aplicación analógica del Código Procesal Civil en este tipo de proceso según la precedente consideración, queda a este Tribunal la posibilidad de cubrir el vacío normativo en ejercicio de la potestad derivada del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional.

19. Que este principio ya ha sido incorporado a la jurisprudencia por este Colegiado. Según él, este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del CPConst, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema —vacío o imperfección de norma— que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente.

20. Que el establecimiento de la norma, en cuanto acto de integración, debe orientarse a la realización y optimización de los fines del proceso constitucional y, en particular, efectuarse en consideración de la particularidad del derecho procesal constitucional en cuanto derecho constitucional concretizado.

21. Que esta configuración del proceso a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no constituye, empero, una potestad libre sino sujeta a límites, conforme ya se estableció en la resolución de fecha 8 de agosto de 2005[8], dentro de los que debe destacarse la observancia de la regulación procesal constitucional vigente. En: Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente núm. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, del 25 de abril de 2006.

⁸ Ver García Toma Víctor, García Yzaguirre José V., 2004, *Diccionario de Derecho Constitucional*. Perú: Gaceta Jurídica.

en el ejercicio de su jurisdicción constitucional en los denominados procesos de libertad; sin embargo esta autonomía procesal de los tribunales —denominada *flexibilidad procesal* por el maestro Domingo García Belaunde⁹—, también ha permitido conforme a la naturaleza del texto adjetivo, desplazar las formalidades innecesarias a fin de cumplir con la finalidad de los procesos constitucionales que son: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, consagrados en el Artículo II del Título Preliminar del referido cuerpo adjetivo.

Entonces, bien la autonomía procesal debe ejercerse en restricto respeto de las facultades y restricciones (*formales y materiales*) atribuidas por el constituyente a ambos órganos jurisdiccionales en el texto constitucional y desarrolladas mediante dispositivos infraconstitucionales, más aun el Tribunal Constitucional en su deber de guardián de la constitucionalidad, al cual le corresponde un especial sometimiento a la Constitución.

Corresponde también preguntarnos si la recalificación del RAC, es atentatoria al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que tal derecho comporta manifestaciones como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales de manera oportuna (Exp. núm. 01592-2011-PA/TC, 00246-2012-PA/TC, 02598-2010-PA/TC), lo que a opinión del autor no se limitaría tan solo a lo decidido mediante sentencias, sino extendiendo este manto de ejecutabilidad a las providencias y autos procesales. Lo que conllevaría en consecuencia que el justiciable obtenga el derecho de hacer efectiva la resolución que concede el RAC, por parte del Poder Judicial.

En tercer y último orden, analizaremos los cuatro supuestos que habilitan la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria:

a. Cuando carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.

El primer supuesto de desestimación, es referente a la ausencia evidente, manifiesta de los elementos fácticos de sustento constitucional en la vulneración invocada, lo que supone la orfandad incuestionable en cuanto a la acreditación de la acción u omisión lesiva al contenido esencial y constitucionalmente protegido del derecho invocado.

En ese sentido el código adjetivo, en su inciso 1 del artículo 5, estipula que “no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”, concordante con lo expresado en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, que señala que “no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente

⁹ García Belaunde Domingo, 17 mayo 2012, *A propósito del Código Procesal Constitucional: Entrevista al Dr. Domingo García Belaunde*. IPSO JURE, Año 4, pp. 145-147.

protegidos del mismo”.

b. Cuando la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional

Es necesario señalar que a la fecha han sido expedidas diversas sentencias interlocutorias denegatorias que han declarado improcedentes sendos recursos de agravio constitucional, entre las cuales tenemos por ejemplo la sentencia interlocutoria denegatoria, recaída en el Expediente núm. 00676-2014-AA/TC; las cual fue declarada improcedente, en razón a su carencia de “especial trascendencia constitucional”; motivo por el cual es menester, definirlo y delimitarlo.

A fin de poder reducir el ámbito de discrecionalidad e indeterminación que potencialmente es atentatoria a la tutela jurisdiccional efectiva; en ese sentido debemos tener en cuenta que este parámetro de procedencia ha sido desarrollado mediante la sentencia de fecha 27 de enero de 2006, estableciendo también como precedente vinculante los fundamentos contenidos en los párrafos núm. 15, 22, 24, 25, 28 y 31 en el denominado caso “Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez” (Exp. núm. 02877-2005-PHC/TC), estableciendo que además de los requisitos de procedencia desarrollados por el mentado artículo, resulta “indefectible evaluar la relevancia constitucional de la demanda”.

Por lo que debemos concluir en cuanto este supuesto de improcedencia que si bien el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, no significa la obligación de la admisión a trámite de la demanda, ni mucho menos el deber de estimar favorablemente las acciones incoadas; este derecho si exige como garantía el establecimiento de mecanismos y condiciones mínimas prefijadas para el acceso a la jurisdicción. Constituyéndose “el de acceso a la justicia tampoco es un derecho ilimitado cuyo ejercicio no pueda restringirse; sin embargo, siendo posible establecer restricciones a su ejercicio, ellas no pueden afectar su contenido esencial.” (Expediente núm. 010-2001-AI)

c. Cuando la cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional

El tercer supuesto de improcedencia refiere a la contradicción de un precedente constitucional vinculante establecido en estricto respeto de los supuestos habilitantes para su expedición; asimismo se ha criticado que esta condición puede traer con ella el congelamiento de la actividad jurisprudencial, supuesto que puede ser superado mediante la aplicación conjunta del segundo supuesto de improcedencia, relativa a la “especial trascendencia constitucional”

d. Cuando la cuestión de derecho invocada se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Este último presupuesto exige para la declaración de improcedencia que el RAC, invoque la protección constitucional en base a

criterios factico-jurídicos, desestimados en casos sustancialmente iguales, tal como es resuelto mediante las sentencias interlocutorias denegatorias expedidas en los Expedientes: núm. 02773-2014-PA/TC, 03712-2014-PA/TC, 02523-2014-PA/TC, 05281-2014-PA/TC.

A modo de corolario debemos manifestar que el precedente in comento no crea nuevas reglas procesales, sino más bien ordena las ya existentes, tal como se encuentran señaladas mediante el precedente constitucional vinculante establecido a través de la sentencia recaída en el Expediente núm. 2877-2005-HC/TC, el artículo 38, el inciso 1 del artículo 5, el inciso 4 y 6 del artículo 42 del Código Procesal Constitucional.

Asimismo, ante lo previamente expuesto, *prima facie* podría llevar a muchos a realizar comparendos entre la figura procesal contenida en el precedente Vázquez Romero, y el *certiorari*, (recogido de la experiencia procesal norteamericana), el cual desde su emisión ha sido muchas veces señalado como un *certiorari peruano o criollo*. En ese sentido es necesario realizar la diferenciación de las dos figuras procesales; el *certiorari* se manifiesta como rasgo la jurisdicción discrecional ejercida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, ejercida mediante la denominada “regla de cuatro”¹⁰, decidiendo así sobre el abocamiento o rechazo de las causa que considera deben llegar a su conocimiento, según su nivel de utilidad para el desarrollo jurisprudencial, característica que no corresponde a la realidad peruana y mucho menos se circunscribe al precedente constitucional vinculante Vázquez Romero, que meramente se limita a ordenar los parámetros establecidos para el acceso a la jurisdicción constitucional, mediante el RAC.

De la naturaleza de la sentencia interlocutoria denegatoria.

Finalmente, habiéndonos referido sobre los presupuestos para su emisión, es pertinente abordar la naturaleza de esta última. La teoría del derecho procesal, considera a la sentencia interlocutoria, en puridad, la categoría de auto, puesto que:

“[...] Es definida como aquella “que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria[...].”¹¹

Asimismo, este auto de naturaleza instrumental, en la resolución de incidentes procesales, puesto que:

“[...] se dan durante el procedimiento, que también asumen la forma de sentencia o reúnen las características de una sentencia y no se refieren al acto principal o a

¹⁰ Eguiguren Praeli Francisco José, Siles Vallejos Abraham, Gonzales Mantilla Gorki, Espinosa-Saldaña Barrera Eloy, 2002, *Propuestas para la Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹¹ Guzmán Tapia Juan, 1996, *La sentencia*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

la situación de fondo, sino que más bien, resuelven cuestiones incidentales o procedimentales que tienen que ser definidas antes de llegar al momento último en el cual se decidirá el fondo del asunto, en este supuesto nos encontraríamos ante casos que la doctrina procesal denomina sentencias interlocutorias [...].¹²

Por lo que, en relación a lo mencionado, nos encontramos ante un auto que cumple y asume los requisitos y la finalidad de una sentencia, la cual pone coto a una instancia sin pronunciamiento sobre el fondo, por lo que está es pasible de adquirir el revestimiento protector de la cosa juzgada, no pudiendo ser cuestionada bajo ningún supuesto vía recurso de reposición, previsto en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, pese a ser un auto.

Finalmente, una vez efectuada la revisión doctrinaria y normativa del precedente constitucional vinculante dictado por el Tribunal Constitucional, en agosto del año vencido, el cual se constituyó en el primer precedente expedido por la nueva conformación y el cuadragésimo tercer precedente, por lo que a manera de colofón debemos recoger las reflexiones del coautor del Código Procesal Constitucional, el Dr. Domingo García Belaunde, incansable propulsor del Derecho Constitucional Peruano en las últimas cuatro décadas, el que apuntó:

“[...] la reciente STC 00987-2014-PA/TC, de 6 de agosto en curso, mediante la así denominada “sentencia interlocutoria denegatoria” y que se hará “sin más trámite” (sic). Si bien esto último en sustancia reitera lo expuesto anteriormente, tiene la novedad de que será expedida sin escuchar al quejoso, lo cual puede lindar con la inconstitucionalidad y crear indefensión. Con todo, siendo tan reciente este nuevo precedente, nos falta perspectiva para ver si realmente funciona. Y sobre todo, la manera como funciona.”¹³

Dicho ello en el marco de las conferencias realizadas en el claustro de la UCSM, en octubre del 2014, en el desarrollo del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, en la ciudad de Arequipa.

¹² Rumoroso Rodríguez José Antonio, 2010, *Las sentencias*, Revista de Filosofía, Vol. 38, pp. 113-124.

¹³ García Belaunde Domingo, 2014, *Libro de Ponencias V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional: a diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional*, Arequipa-Perú: Adrus Editores, p. 31.

EL TIPO DE FEMICIDIO ENTRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y VIOLENCIA DE GÉNERO. REFLEXIONES PARA UN DEBATE EUROPEO A PARTIR DE LA EXPERIENCIA CHILENA

Emanuele Corn

1. El tipo de femicidio. Problemas de definición y presentación de la opción chilena

1. El término femicidio, o feminicidio, es un neologismo castellanizado por la antropóloga mejicana Marcela Lagarde, creado a través del vocablo inglés *femicide*.

La Autora del término es la socióloga estadounidense de origen sudafricano Diana E.H. Russell que lo utilizó para indicar el asesinato de mujeres "por el hecho de ser mujeres", en un artículo de 1992¹, aunque ella lo ocupe en sus conferencias desde 1976.

Sin embargo, es justamente por el trabajo de la activista y profesora Lagarde (que fue diputada federal mejicana entre 2003 y 2006), junto con el de otras feministas de América central como Julia Monárrez, Ana Carcedo y Monserrat Sagot, que el neologismo encuentra difusión masiva y se empieza a ocupar efectivamente como bandera para reivindicaciones político-sociales. Marcela Lagarde, más que para ofrecer una definición puntual y académica del fenómeno, utilizó el término femicidio con el intento polí-

¹ Se trata de: Russell, D.E.H. y Caputi J. *Femicide: Sexist terrorism against women*. En Radford J. y Russell D.E.H (Eds.), *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York, NY: Twayne Publishers, 1992, pp. 13-24. Disponible en la web: www.dianarussell.com. La Autora afirma que inventó el neologismo redefinido el término utilizado por la feminista Carol Orlock, en su libro *Femicide* de 1974, hasta el día de hoy aun inédito.

tico de llamar la atención sobre la tremenda situación vivida por las mujeres de su País y en particular por las de Ciudad Juárez. Si por un lado esto permitió a la diputada Lagarde de lograr la creación de una comisión especial para el estudio del fenómeno en el congreso federal así como otros importantes objetivos políticos, lo cierto es que no favoreció un debate transparente sobre lo que hay que entender con este vocablo, que nació en el ámbito sociológico y se impuso pronto en el debate político hasta el punto de entrar en muchas legislaciones penales de Latinoamérica.

Creo que parte relevante de la confusión se debe a las diferencias en la realidad social de los distintos Países en los que la situación de sujeción de la mujer al hombre se va poniendo en el centro del debate público, sumada a la identidad de idioma de estos. De momento los Países del mundo que tienen en su legislación un tipo específico de femicidio son nueve², todos Latinoamericanos, y en todos ellos el idioma oficial es el castellano. Ninguna de estas legislaciones es idéntica a la otra, sin embargo el debate en los medios de comunicación, como en las revistas especializadas, prescinde de las fronteras. Por consecuencia se determina una tremenda confusión donde cosas distintas se llaman con el mismo nombre y cosas iguales con nombres diferentes.

Ofrezco un ejemplo citando un interesante artículo de Mirentxu Corcoy Bidasolo publicado en una prestigiosa revista chilena en 2010³. Después de constatar ella también la "gran confusión" respecto de la denominación que se adopta, concluye diciendo "dadas las diferentes relaciones abarcadas por la ley como integrantes de esta violencia, considero que no es adecuado el término «violencia intrafamiliar», utilizado en algunos Países sudamericanos y propuesto aquí por algunos autores⁴". Estoy de acuerdo con la profesora Corcoy en que respecto de la legislación española vigente es más correcto hablar de violencia doméstica, pero esto no significa que, según sus legislaciones y su realidad social, en ciertos Países sudamericanos el término "violencia intrafamiliar" sea inadecuado.

Es más, con todo el respeto para la profesora Corcoy y para los revisores de su artículo, la palabra "aquí" de la cita, debía corregirse

² Según la información que encontramos en la página web española www.femicidio.net se trata de: Méjico (algunos de sus Estados, desde 2007), Guatemala (2008), El Salvador (2010), Nicaragua (2012), Costa Rica (2007), Perú (2011), Chile (2010). En la web indicada se pueden descargar todas las leyes de referencia. Desde el mes de marzo 2013 prevé un tipo específico de femicidio también Bolivia, mientras que Ecuador tiene un artículo específico en su Código Orgánico Integral Penal desde diciembre de 2013.

³ Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso, 2010, XXXIV, núm. 1, p. 305; la siguiente cita es desde la página 310.

⁴ La referencia es para la opción de Maza Martín, José Manuel. *La violencia intrafamiliar y la nueva ley de violencia de género*. Derecho y jueces, 2003, p. 23: lo que no se ajustaría a situaciones como la "análoga relación aun sin convivencia" o a las personas que conviven sin ser familiares que encuentran referencia en la normativa española.

con "en España", siendo que el trabajo en cuestión empezó a circular en Chile. Lamentablemente el hecho de compartir el mismo idioma con frecuencia hace caer Autores hispanohablantes en el error de creer que comparten la misma doctrina y legislación. Así, el equívoco⁵ de la ilustre profesora catalana no es nada respecto de los que hacen, con vibrantes palabras, muchos Autores cuando critican las posiciones expresadas sobre ciertos temas por profesionales de otro País.

Creo que, finalmente, basta con leer después del trabajo de la profesor Corcoy, el trabajo de la doctora Myrna Villegas⁶, publicado en la igualmente importante revista de la Universidad Austral de Chile, para darse cuenta de cómo las realidades que describen es profundamente distinta culturalmente, geográficamente y legislativamente, a pesar de compartir la misma "etiqueta" verbal.

II. Según las intenciones manifestadas en el título de este trabajo, aquí se abordará el problema del femicidio, teniendo como referencia la experiencia chilena.

El término femicidio, a partir de la citada definición de Russell (matar una mujer "por el hecho de ser mujer") no llama la atención del penalista sólo respecto del simple tipo de homicidio o de parricidio, sino también desde otras manifestaciones criminales. Piénsese en el aborto selectivo de los fetos de sexo femenino, en el infanticidio femenino (presente en Países, sobre todo asiáticos, donde se prefiere que nazca un varón), en la desviación de los recursos familiares hacia los miembros de sexo masculino, lo que produce desnutrición, falta de atención médica y abandono escolar entre las mujeres, por no hablar de los asesinatos "de honor" y las muertes "por dote", o de las figuras más "modernas" como la trata de blancas y en general la violencia contra las mujeres dentro de la familia o fuera de ella.

Sin embargo, similarmente a lo que hicieron todos los legisladores que se ocuparon del tema en Latinoamérica, también el chileno optó por una definición muy restringida y bastante precisa de lo que se tiene que entender por femicidio.

Chile llega a la tipificación del femicidio a través de un recorrido bastante largo que empieza pocos años después del fin de la dictadura, en 1994, con la aprobación de la Ley 19.325 que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativos a los

⁵ Se trata, insisto, de una pequeña falta que me permito de indicar justamente porque, como no muchos Autores hacen, la profesora Corcoy con atención en otras partes de su trabajo precisa que la situación que describe es propia de España. El método de lectura y los instrumentos metodológicos propios del Derecho comparado tienen que ocuparse también cuando se estudian soluciones adoptadas entre Países fronterizos que comparten el mismo diccionario. Véase: Cadoppi, Alberto. *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*. II ed. Padova: Cedam, 2004; Fornasari, Gabriele. *Conquista e sfide della comparazione penalistica*. En Dolcini E. y Paliero C. E. (dir.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 265.

⁶ Myrna Villegas Díaz, *Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de la responsabilidad penal*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2010, XXXIII, núm. 2, p.149.

actos de violencia intrafamiliar⁷. Pasando por otros actos importantes como la Ley 19.968, en 2004, que creó los tribunales de familia y sobre todo por la importantísima Ley 20.066⁸ de 2005, denominada Ley de violencia intrafamiliar, que introdujo el delito de maltrato habitual, se llegó finalmente, a finales de 2010, a la promulgación de la Ley 20.480⁹ que, modificando el Código penal y la citada Ley 20.066, reforma el tipo de parricidio introduciendo el femicidio.

El artículo 390 del Código penal chileno hoy establece que:

“El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.”¹⁰

La Ley 20.480 modificó la anterior formulación del tipo reemplazando en el inciso primero las palabras “a su cónyuge o conviviente” por “a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente” y agregando *ex novo* el inciso segundo.

Dejando para el párrafo tercero la presentación detallada de los múltiples defectos de formulación del tipo, por ahora aclaramos como, entonces, la previsión del inciso segundo del artículo 390 puede parecer una “declaración más bien simbólica”¹¹, aun-

⁷ Toda la legislación chilena se puede consultar a través del buscador de leyes de la página web del Congreso nacional: www.bcn.cl

⁸ Casas Becerra, Lidia. *Ley núm. 20.066 sobre violencia intrafamiliar: ¿un cambio de paradigma?* Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2006, p. 197.

⁹ Santibáñez Torres, María Elena y Vargas Pinto, Tatiana. *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley núm. 20.480)*. Revista chilena de Derecho, 2011, XXXVIII, núm.1, pp. 204-205.

¹⁰ Es imprescindible ofrecer referencia de las demás figuras de homicidio establecidas en el Código chileno:

“Art. 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía. Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno. Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido. Quinta. Con premeditación conocida. 2° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso”.

Chile, por lo tanto, conoce dos figuras de homicidio, una simple y una calificada. Según lo dispuesto por el artículo 56 del Código penal la pena de presidio mayor tiene duración entre cinco y diez años si es en grado mínimo, entre diez y quince años si es en grado medio y entre quince y veinte años si es en grado máximo. Se vea: POLITOFF L., Sergio; Matus A., Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia. *Leciones de derecho penal chileno - Parte Especial*. II ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005, p. 23.

¹¹ Mera Figueroa, Jorge. Femicidio. En VV.AA. (Red chilena contra violencia doméstica y sexual), *Tipificación del femicidio en Chile: un debate abierto*. Santiago

que luego trataré de demostrar que no es del todo así.

Sin embargo, al mismo tiempo creo que, como la legislación penal no está hecha para enviar mensajes, sino para castigar comportamientos no deseables, la modificación legal de 2010 sí tiene cierta trascendencia, deducible de una lectura de conjunto de todas las normas penales involucradas, incluyendo las de parte general. La afirmación, que con frecuencia se escucha en Chile, según la cual nada cambió desde el punto de vista normativo (menos la inclusión entre las víctimas de los *ex* de ambos sexos), debido a que el parricidio ya desde antes estaba sancionado con las penas más altas del ordenamiento, es por lo menos superficial¹².

2. Dimensión e importancia del problema social y jurídico.

1. Según el episodio relatado en la Biblia el primer delito que tuvo lugar en la tierra fue un homicidio cometido en un contexto de familia. Las personas, en especial los parientes, en cualquier cultura y en todas las épocas se han matado entre sí y lamentablemente nada hace prever que dejarán de hacerlo en algún momento.

Casi todas las publicaciones especializadas que se ocupan del problema objeto de este trabajo empiezan declarando algo que es notorio pero que, a la hora de tomar decisiones políticas y jurídicas, no se considera, o sea, que se trata de un "fenómeno social, histórico y cultural, que trasversaliza épocas, sociedades y culturas, desde las más primitivas hasta aquellas más desarrolladas y complejas"¹³.

Sin embargo es un hecho que, a pesar de siglos de muertes violentas, se habla de femicidio tan sólo desde hace unas décadas y con mayor intensidad desde hace un lustro.

Esto puede depender de dos cosas, que pueden sumarse como no: el aumento del fenómeno en sí, es decir, más mujeres muertas, o/y la mayor importancia que a nivel social y político se da a estos sucesos.

II. Respecto de la primera variable, hoy en día, debiéramos contar con datos acertados. Sin embargo, las señaladas deficiencias en la definición del fenómeno, así como los problemas de gestión de las estadísticas judiciales, impiden tener certeza respecto de lo que estamos discutiendo.

Es evidente que, si tan sólo desde finales de 2010 existe en Chile un tipo de femicidio, será posible sacar conclusiones sólo a partir de la elaboración de datos del año 2011, de los cuales aun no se dispone en 2013. Los únicos datos fiables, hay que recordarlo, son los de las condenas definitivas.

de Chile, 2009, p. 56.

¹² Compartimos la opinión de Mera Figueroa, Jorge. Ob. Cit., *supra* nt. 11, 54.

¹³ Jiménez Allendes, María Angélica y Medina González, Paula. *Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores pena, mayor violencia*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2011, p. 17. Muy interesante el primer capítulo de esta publicación dedicado a "Algunos referentes histórico-culturales y jurídicos vinculados a la violencia contra la pareja (pp. 27-63).

Esto no significa que, desde hace años, no circulen cifras, incluso en canales oficiales. El Servicio Nacional de la Mujer (Sernam) en su página *web*¹⁴ publica información sobre “femicidios” a partir de enero de 2008. A cada suceso mortal violento que involucre una mujer, a menos que no se trate con toda evidencia de un accidente, el Sernam atribuye un número, para contabilizar el fenómeno, y le agrega unas pocas líneas con nombre y edad de las personas involucradas, una simple descripción “periodística” de la muerte y, donde la hay, una información acerca del victimario: su edad, su relación con la víctima, su decisión de entregarse a policía o escaparse, su eventual suicidio.

En la tabla abajo hice una elaboración de los datos allí publicados. Insisto en la advertencia de que el propio Sernam no dice de dónde obtuvo la información respecto de cada caso, pudiendo suponerse que haya cruzado información mass-mediática, con datos procedentes de otros organismos gubernamentales y no¹⁵.

Año	2008	2009	2010	2011	2012	2013
“Femicidios”	59	55	49	40	34	40

* Datos publicados hasta el día 31 de diciembre.

Estos son los datos publicados en un artículo de Rodríguez Manríquez¹⁶:

2007	2008	2009	2010	2011	Año
63 (13)	64 (15)	56 (4)	57 (9)	41 (1)	“Femicidios”

Frente a esta desconcertante demostración de la ignorancia estadística sobre un fenómeno que hoy está en el centro del debate

¹⁴ <http://portal.sernam.cl/?m=programa&i=8>

¹⁵ De forma similar a como declara de haber recogido información para su artículo Roberto Rodríguez Manríquez, asistente social de la unidad especializada en responsabilidad penal de adolescentes y delitos de violencia intrafamiliar – fiscalía nacional – ministerio público, autor del estudio Rodríguez Manríquez, Roberto. *Análisis estadístico descriptivo de los femicidios ocurridos durante el año 2007. Revista jurídica del ministerio público*, 2008, XXXV, julio: 336. En 2011 el autor repite el mismo estudio ofreciendo varios datos relativos a los cinco años anteriores. No es extraño, por lo tanto, que los números de Rodríguez no coincidan con los del Sernam, aunque no alcanzo entender como un funcionario público, que escribe en una revista oficial de una institución pública, pueda publicar un artículo sobre femicidios en 2011 sin ni siquiera nombrar la Ley aprobada en 2010 y diciendo que con femicidio sigue refiriéndose al “homicidio en contra de mujer por el hecho de ser mujer”. Se incluyen así en su estadísticas, por la misma admisión de Rodríguez, muertes de mujeres a causa de terceros desconocidos. Siendo tales, supongo, no podemos saber con certeza el sexo del asesino/a y tampoco si realmente si la víctima murió “por el hecho de ser mujer”. Rodríguez Manríquez, Roberto. Informe sobre femicidio en Chile. Estadísticas relevantes 2011 y datos comparativos. *Revista jurídica del ministerio público*, 2012, L, marzo, p. 240.

¹⁶ Rodríguez Manríquez, Roberto. Informe... Ob. Cit., *supra* nt. 15, p. 240. El número entre paréntesis corresponde a cuantas, de las muertes totales, tuvieron lugar fuera de la pareja. La presentación de la tabla es irregular para facilitar la lectura del dato según el año como aparece en la tabla de Sernam.

político, la tipificación del femicidio seguramente es beneficiosa. La afirmación de la ausencia de consecuencias prácticas para su introducción en el apartado segundo del artículo 390 es falaz porque ayudará, de ahora en adelante, a contabilizar con más precisión el fenómeno¹⁷.

Las actuales falacias, para dar tan sólo un ejemplo, quitan legitimidad a la intuición, deducible de las tablas, de que en el periodo considerado los femicidios vayan bajando. Con un poco más de seguridad podemos decir que los femicidios en Chile entre 2007 y hoy no aumentaron.

III. Por lo tanto el impulso hacia la tipificación del femicidio tiene que fundarse necesariamente en la mayor importancia que a nivel social y político se da al fenómeno.

Vivimos en una época en la que en muchos Países del mundo por distintas razones, que aquí no corresponde investigar, se ha creado una conciencia pública compartida que quiere directamente acabar con una tradición de siglos de sumisión de las mujeres a los hombres. Se trata de un movimiento de opinión poderoso, internacional y tan grande que, por consiguiente, en ciertos aspectos se expresa en términos caóticos y contradictorios, no teniendo ni *leaders* ni tampoco voceros.

Por esta razón resultan tan importantes los Convenios internacionales en la materia, como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres de 1994 (Convención de Belém do Pará)¹⁸ y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul)¹⁹. En estos documentos internacionales se pasa de un debate amplio y desordenado, donde acaban llamando más la atención las posiciones más extremas, a textos que, aunque mejorables, ponen puntos claros y certifican los compromisos asumidos por sus subscriptores.

Estos textos jurídicos internacionales, que adquieren un valor

¹⁷ Lo hacía presente, ya hace unos años: Toledo Vásquez, Patsilí. *¿Tipificar el femicidio? Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 2008, p. 216. "[...] al existir una disposición 'especial' se simplifica la generación de información estadística desagregada, junto con facilitarse el seguimiento de la acción del aparato de justicia y de la jurisprudencia frente a esta forma de violencia contra las mujeres".

¹⁸ Convención adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará (Brasil) y entrada en vigor el 5 de marzo de 1995. El texto se encuentra disponible en la página: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Chile ha firmado la Convención el 17 de octubre de 1994 y la ha aprobado con oficio núm. 2.130, de 8 de septiembre de 1998, de la Cámara de Diputados y promulgada con Decreto 1.640 del Ministerio de Asuntos Exteriores de 23 de septiembre de 1998.

¹⁹ España figura entre los trece Países que han firmado el texto en el día en que se abrió a la firma (el 11 de mayo de 2011) http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_en.asp. A la fecha del 30 de abril de 2014 resulta que once países ya ratificaron el Convenio (Turquía, Albania, Andorra, Austria, Bosnia Herzegovina, Dinamarca, España, Italia, Montenegro, Portugal y Serbia), que entrará en vigor el día 1 de agosto de 2014.

aun más grande por ser compromisos entre posiciones muy distintas entre sí, certifican como, en partes distintas del mundo, los niveles institucionales más altos de todos los Países hoy admiten que la violencia contra las mujeres es un problema real y de gran envergadura, que merece la inversión de energías y conocimiento y la adopción de medidas específicas para acabar con él.

Después de firmar estos documentos las instituciones nacionales ya no tienen *alibi* para no realizar planes de intervención a distintos niveles. La introducción del tipo de femicidio se enmarca en estos caminos, aunque no sea exigido explícitamente por los documentos internacionales y sea una medida cuestionable y cuestionada.

IV. Lo que es cierto es que el femicidio es un fenómeno muy complejo desde el punto de vista sociológico y jurídico, que no tiene una única causa directa sino que es absolutamente multifactorial.

El femicidio no es propio sólo de los Países más pobres. La violencia contra las mujeres, hasta su máxima expresión, se da en todo el mundo. Tampoco se puede afirmar que en los Países más ricos la tasa de violencia sea más baja. Según lo que escribe Corcoy²⁰, en Escandinavia y en general en el norte de Europa, que en el imaginario de todos nosotros es la zona del mundo en la que las instituciones y la sociedad están más atentas a la igualdad entre los géneros, los índices de violencia contra las mujeres son más altos que en España. Sin embargo, aun considerando como no muy fiables los números presentados, en términos absolutos Chile parece tener el mismo número de femicidios que España a pesar de tener un tercio de sus habitantes (45 vs 16 millones).

¿Podemos decir entonces, que como no hay una proporcionalidad directa entre niveles de desarrollo de un País y femicidios, la elaboración gráfica de la progresión de los dos factores se parece a una parábola? Podría ser, pero siempre debiéramos considerar que, por la presencia de otros factores, ni siquiera sea presumible ningún tipo de relación clara entre niveles de desarrollo de un País y violencia contra las mujeres.

Por dar tan sólo otro ejemplo, otro prejuicio que los números parecen descartar es la conexión entre densidad humana y femicidio. La región metropolitana de Santiago, tiene una tasa de femicidios proporcional a la de su población comparada con el resto del País²¹. Mirando a los «fríos» números el promedio de mujeres muertas en contexto de pareja más alto de los últimos años lo tiene la región de Aysen, en Patagonia, donde viven poco más de 35 mil mujeres con más de 15 años. Sin embargo, a un porcentaje tan alto corresponde en números absolutos de 5 mujeres muertas entre 2007 y 2011, una por año.

²⁰ Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Ob. Cit., *supra* nt. 3, p. 345.

²¹ Los datos presentados por Rodríguez Manríquez, Roberto. Informe... Ob. Cit., *supra* nt. 15, 242 parecen no contradecir, si nos limitamos a mirar las tendencias, lo expuesto por Jiménez Allendes, María Angélica y Medina González, Paula. Ob. Cit., *supra* nt. 13, parte II, cap. III en particular pp. 539-542 que, correctamente, recopilan la información bajo la etiqueta de parricidio.

A pesar de estas críticas —e insistiendo en la necesidad de que las autoridades mejoren sus sistemas de recopilación de datos— sería sumamente incorrecto concluir que no podemos saber nada del fenómeno. Afirmar, por ejemplo, que «nos puede tocar a todas» o que «el factor de riesgo del femicidio es el hecho de ser mujer» sencillamente no corresponde a la realidad y, aun apreciando el afán de atraer la atención pública sobre este triste fenómeno, acaba por confundir las ideas y complicar la focalización de los puntos respecto de los cuales hay que intervenir²².

Se registran femicidios en todos los barrios de Santiago, pero en las comunas orientales, donde la gente tiene ingresos más altos, el número es siempre más bajo. Hay entonces, en Chile, un elemento de conexión entre pobreza y femicidio.

V. Es evidente, entonces, que para resolver el problema local y global de la violencia hacia las mujeres hay que ocupar un conjunto de políticas públicas que cada Estado no sólo tiene que prever en su legislación, sino que debe implementar en la práctica, comprometiéndose además a reajustarlas periódicamente según lo que sugieran los resultados de las acciones realizadas.

¿Está entre estas políticas también la política criminal? Es decir, ¿es legítimo recurrir al derecho penal para combatir el femicidio?

Si miramos al bien jurídico protegido, que es la vida, no hay duda que supere cualquier test de conformidad al principio de *extrema ratio* requerido por una interpretación del derecho penal orientada según los principios del Estado social y democrático de derecho²³. El derecho penal tiene un papel protagonista que no se puede negar.

²² Si se dieran por verdaderas las afirmaciones entre comillas se llegaría al absurdo de considerar igualmente necesarias campañas de sensibilización dirigidas a los docentes universitarios o a los fuertes consumidores de bebidas alcohólicas (y los datos de la Encuesta Nacional de Victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales realizada en conjunto por Desuc y el Ministerio de Interior en 2008 individuán específicos factores de riesgo; véase: Jiménez Allendes, María Angélica y Medina González, Paula. Ob. Cit., *supra* nt. 13, p. 170). Tampoco se puede dejar de considerar que, sobre este tema, a veces unas Autoras confunden el plan científico con el importante trabajo de sensibilización de la sociedad que muchas de ellas realizan paralelamente a su desempeño profesional. Esto se refleja en afirmaciones y planteamientos que hacen perder valor sus investigaciones, por lo demás muy serias y profundas. Esto no significa tener que olvidar convencimientos personales, sino todo lo contrario, pero explicitando el punto de vista que se ocupa como partida y argumentando adecuadamente. Un valioso ejemplo de compromiso personal, posición radical y argumentación científicamente válida y sustancialmente libre de prejuicios los ofrecen los escritos de Toledo Vásquez, Patsilí. Ob. Cit., *supra* nt. 18, p. 213. y Toledo Vásquez, Patsilí. *Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes*. En VV.AA. (Red chilena contra violencia doméstica y sexual), *Tipificación del femicidio en Chile: un debate abierto*. Santiago de Chile, 2009, p. 41.

²³ Mera Figueroa, Jorge. Ob. Cit., *supra* nt. 11, p. 54. Por fin existe en traducción castellana el texto de Franco Bricola que impulsó la interpretación acorde a Constitución de los tipos penales: Bricola, Franco. *Teoría general del delito*. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012.

Como correctamente hace presente Patsilí Toledo el punto está en tomar conciencia de como el derecho penal ha sido, hasta hace pocos años, y, en cierta medida sigue siendo²⁴, un instrumento para confirmar las desigualdades entre los géneros presentes en las demás ramas de los ordenamientos y en las sociedades.

Una lectura acorde a esta idea devela como, en las legislaciones penales liberales, la igualdad formal entre hombre y mujer encubre una realidad *de facto* bien diferente.

No se trata simplemente de criticar, con la mentalidad de nuestra época, las palabras de Giovanni Carmignani sobre las mujeres, que según él habrían merecido una imputabilidad reducida²⁵. Se trata de constatar como, hasta hace pocas décadas, todos los ordenamientos de nuestro entorno cultural tenían tipos como el delito de honor²⁶, o matar a una mujer encontrada en la cama con otro hombre merecía una pena mínima²⁷, o pegar una paliza a una mujer para "corregir" su comportamiento era lícito²⁸, o violar una mujer "con mala fama" no era delito y tener relaciones sexuales con la

²⁴ Puntual e interesante la presentación de la situación en la *common law* (sobre todo por lo que ocurre en EE.UU.) de Ramos Vázquez, José Antonio. Provocación femenina, violencia masculina y mitología del femicidio pasional. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2012, XXVII, p. 311.

²⁵ Carmignani, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. II ed. Milano, 1882. Se trata de una opinión bien radicada en los juristas italianos y alemanes del siglo XIX a las que también Francesco Carrara tuvo que dedicar varias páginas de su *Programma*, justamente para diferenciar su postura de la de su maestro. De extremo interés histórico es confrontar estas posiciones con las motivaciones ofrecidas por Valeria Benetti, pedagoga y figura destacada del movimiento feminista italiano en la segunda parte del siglo XIX, para exigir la introducción de un elemento que disminuyera la imputabilidad de las mujeres. La Autora juzgaba una paradoja la coexistencia de fuertes limitaciones a los derechos civiles y políticos sufridas por las mujeres y la plena responsabilidad frente a la ley penal; véase: Benetti Brunelli, Valeria. *La donna nella legislazione italiana*. Roma: Forzani e C. tipografi del Senato, 1908 (publicado por primera vez en 1904). Hasta en las piezas teatrales de noruego Ibsen se puede notar una profunda crítica a un sistema que excluía a las mujeres de ciertos ámbitos de la vida social determinando su imposibilidad a entender plenamente el mundo que las rodeaba fuera del hogar doméstico (Ibsen, Henrik. *Casa de muñecas*. Buenos Aires: Longseller, 2005 (1879).

²⁶ Toledo Vázquez, Patsilí. *Leyes...* Ob. Cit., *supra* nt. 23, p. 43. Según lo que consta de la lectura del Código penal de Siria (que conozco gracias a una traducción italiana, realizada en 2005: Manna, Adelmo; Vinciguerra, Sergio y Zanchetti, Mario. *Il Codice penale siriano*. Padova: Cedam, 2005) su artículo 548 establece para estos casos una excusa absolutoria para el asesino si no se demuestra premeditación.

²⁷ En 1994 el tiro en la cabeza de su mujer adúltera costó a Kenneth Peacock, un hombre de Maryland, tan sólo 18 meses de cárcel, aunque el homicidio no tuvo lugar en el momento del descubrimiento, sino "after hours of drinking and arguing". Para un comentario crítico del fallo: Miller, Antonia Elise. *Inherent (Gender) Unreasonableness of the Concept of Reasonableness in the Context of Manslaughter Committed in the Heat of Passion*. *William and Mary Journal of women and the law*, 2010, 17(1), p. 249.

²⁸ Se hablaba, y se escribía, acerca del "derecho de corrección": Toledo Vázquez, Patsilí. *Leyes...* Ob. Cit., *supra* nt. 23, p. 43. Hasta el día de hoy, en Siria (artículo 508 C.P.), si el autor de un delito sexual se casa con la víctima puede beneficiarse de una condición de no procedibilidad que se convierte en una suspensión de la ejecución de la condena si la boda se realiza después de la condena.

propia mujer sin su consentimiento no sólo era permitido, sino que se pudiese hablar de violación en estos casos, sino que la mujer que se resistía podía verse condenada penalmente por incumplimiento de sus deberes conyugales²⁹. Todo esto, evidentemente, sólo cuando el hombre resulta favorecido.

Este largo proceso histórico-jurídico empezado en los años Sesenta del siglo pasado —y que ha tomado más fuerza desde que se permitió que las mujeres accedieran a la carrera judicial— se encuentra ahora en un punto clave. Muchos Países han terminado la etapa de modificación de sus legislaciones en el sentido de establecer una verdadera igualdad formal entre hombres y mujeres. Sin embargo, frente a situaciones de desigualdades sustanciales evidentes, el desafío es ahora romper el vínculo de la formalidad, pero esta vez con ventaja para el sexo femenino. Según lo que se verá en el párrafo cuarto, hay experiencias jurídicas que están pasando, en lo penal, desde una óptica neutra, respecto del sexo, a una óptica que reconoce la realidad sexuada de las sociedades humanas. España lidera este grupo: el cambio es tan grande que el enorme debate doctrinario que se ha generado está más que justificado.

Para terminar el discurso acerca de la relevancia del problema jurídico no se puede pasar por alto la pregunta sobre el fin de la pena en el delito de femicidio. Como para el parricidio, se trata de la pena más alta del ordenamiento y de hecho, según las reglas establecidas por el artículo 32 *bis* del Código penal, no permite siquiera plantear un discurso de reinserción social del reo. Se trata de reglas tan duras que en muchos ordenamientos no se considerarían acordes a la Constitución. Una pena así dibujada puede tener como único fin la retribución y el sufrimiento del condenado.

A pesar de esto, parece que ningún femicida en la historia haya parado su gesto criminal por el temor de la pena que lo esperaba.

Es más, en Chile la mitad de los hombres que mata a su pareja poco después se quita la vida o intenta hacerlo. En la otra mitad de los casos un número significativo de asesinos se entrega inmediatamente y voluntariamente a las fuerza de policía³⁰.

Aunque hay que distinguir siempre entre femicidio y otras formas de violencia contra la mujer es un dato que el segundo es un “caldo de cultivo” del primero. El porcentaje de homicidios de mujeres fuera del contexto de la pareja o de la familia casi nunca supera el 20%. Esto significa que para reducir el femicidio no hay que intervenir sobre las penas de este delito, sino con mayor contundencia sobre las situaciones previas, lo que no quiere decir simplemente que hay que prever medidas de control de varones

²⁹ Ocurría en Italia en los años sesenta del siglo pasado. Allá la *Corte di Cassazione* castigó por primera vez a un hombre por violar a su esposa en 1976 (*Cassazione Penale*, 16 de febrero de 1976, Macario). Véase: Cadoppi, Alberto. Ob. Cit., *supra* nt. 5, p. 422.

³⁰ Me apoyo en la tabla publicada por: Taladriz Eguiluz, María José y Rodríguez Manríquez, Roberto. *El delito de femicidio en Chile*. Revista jurídica del ministerio público, 2011, XLVI, marzo, p. 226.

violentos y celosos cada vez más fantasiosas e invasivas. Hay que armar reflexiones profundas sobre las diferencias en la educación que se dan para niños y niñas a partir de los primeros años de vida, cuando el sujeto construye su propia idea de lícito e ilícito y la idea de sí mismo a partir de la distinción del otro sexo³¹.

3. Análisis de la figura de femicidio entre dogmática y opciones de política criminal

1. Desde el punto de vista técnico el femicidio en Chile se encuentra tipificado como tipo a parte del parricidio, pero es completamente absorbido por él por lo que se refiere a la indicación de los elementos típicos.

Como justamente recuerda Jorge Mera³² la figura de parricidio no volvió a formar parte de los Códigos penales más importantes que se reformaron después de la segunda guerra mundial (Alemania, Francia y España). Sin embargo la parentela estrecha entre autor y víctima sigue siendo un factor de agravación de la pena del homicidio tanto en Italia como en Argentina³³, mientras que en el Código penal de Perú de 1991³⁴ hay incluso, como en Chile, un artículo denominado parricidio.

Es más, la fuerza de la respuesta punitiva en Chile resulta más fuerte aún si consideramos que no hay normas especialmente atenuantes, como son, por ejemplo, el apartado segundo del artículo 80 del Código argentino, que permite al juez aplicar la pena establecida para el homicidio simple a los casos de homicidio entre parientes cercanos cuando se den circunstancias extraordinarias atenuantes, o bien el artículo 109 del Código peruano dedicado al homicidio en situaciones de emoción violenta. Haciendo referencia otra vez a un ejemplo de Jorge Mera³⁵, en Chile puede sancionarse como parricida a la cónyuge o conviviente que, fuera del ámbito de la legítima defensa, mata a su pareja porque exasperada por malos tratos de todo orden. Algo que, según las normas indicadas, no ocurre en Perú o en Argentina.

Desde el punto de vista técnico se determina así una dependencia entre el tipo de femicidio y el parricidio, al punto que no todo homicidio en el que la víctima sea mujer se puede denominar así, sino tan sólo los que vean la muerte de la que fue en algún momento la cónyuge o la conviviente del autor.

Restringiendo enormemente el campo semántico de la palabra respecto de lo que propusieron las Autoras citadas en el primer

³¹ "[...] el femicidio puede ser considerado uno de los crímenes más *evitables* del ordenamiento jurídico" Toledo Vásquez, Patsilí. *Leyes...* Ob. Cit., *supra* nt. 23, p. 46 (cursiva de la Autora). Esta afirmación no contradice, sino que fortalece el discurso que acá se presenta. En toda la segunda parte de su escrito Toledo explica detenidamente las falacias del sistema penal chileno en la prevención del fenómeno.

³² Mera Figueroa, Jorge. Ob. Cit., *supra* nt. 11, p. 54.

³³ Disponible en la página: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/15000-19999/16546/texact.htm>

³⁴ Disponible en la página: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

³⁵ Mera Figueroa, Jorge. Ob. Cit., *supra* nt. 11, p. 54.

párrafo, no sólo no sería femicidio dar muerte de forma dolosa a una cualquier persona de sexo femenino, sino que tampoco se puede ocupar el termino para, por ejemplo, el homicidio de la "polola"³⁶ no conviviente. Todos estos no sólo siguen llamándose homicidios simples, sino que, por consiguiente, tienen la (mucho) más blanda respuesta sancionatoria correspondiente. Se note, al revés, que no sólo sigue llamándose parricidio la conducta homicida de un señor que mate a la propia madre, sino que, también, se ocupa la misma palabra para el padre que mata a su hija³⁷.

Es evidente que la fórmula del segundo inciso del artículo 390 C.P. se utilizó para mantener las garantías constitucionales de igualdad formal ante la ley³⁸. Sin embargo, los defectos de redacción son bastante evidentes.

El objetivo del legislador era crear un tipo a parte para estigmatizar más las conductas criminales indicadas, pero entre los caminos posibles se optó al final por el más "tímido". La ocasión de la introducción del femicidio era útil para reconsiderar en su conjunto los tres tipos de homicidio hasta aquel entonces presentes en el Código, para considerar si realmente siguen acordes a la realidad chilena contemporánea.

Nada de esto se hizo. El tipo del inciso segundo del artículo 390 C.P. sanciona situaciones de femicidios que se pueden definir "íntimas", es decir que corresponden a un delito cometido en el ámbito de una familia o "ex-familia".

Es absolutamente lógico que sea así. Unir el tipo de femicidio al tipo de parricidio impone al primero compartir la historia del segundo, que desde la antigüedad ha justificado su existencia y la agravación de la pena por la infracción de la obligación de protección que el derecho impone a los parientes más estrechos³⁹.

Con la introducción de un tipo de femicidio así dibujado todo se mantiene en el ámbito de protección de la familia⁴⁰ y acaba siendo ésta la que se aprovecha de la estigmatización superior, no la mujer.

El hecho que se castiguen también a los "ex", en realidad refuerza el concepto, porque subraya cómo el vínculo familiar se mantiene en el tiempo, después del término establecido por el derecho

³⁶ "Pololos" es el vocablo que se utiliza en Chile para indicar, según lo que confirma la Real Academia, dos personas que mantienen entre si relaciones amorosas de cierto nivel de formalidad.

³⁷ Un problema análogo lo tiene ahora Perú, que introdujo el femicidio de forma similar en su Código penal (art. 107 inciso tercero) con la Ley núm. 29819 de 27 de diciembre de 2011, con las siguientes palabras: "Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio".

³⁸ Toledo Vásquez, Patsilí. *Leyes...* Ob. Cit., *supra* nt. 23, p. 45.

³⁹ Mera Figueroa, Jorge. Ob. Cit., *supra* nt. 11, p. 54.

⁴⁰ Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Ob. Cit., *supra* nt. 3, pp. 327-329. Se trata también de una de las tesis afirmadas por Ried S., Nicolás. *Un delito propio. Análisis de los fundamentos de la ley de femicidio*. Revista de Estudios de Justicia, 2012, XVI, p. 172.

civil, tanto a nivel social como para el derecho penal (y es bien criticable que no se ponga un punto final a esto⁴¹).

También poco relevante, bajo este punto de vista, es la inclusión de los convivientes. Así se amplía muchísimo el ámbito de aplicación de la ley, pero no se hace otra cosa que ajustar el concepto de familia a la realidad de Chile y de muchísimos otros Países hoy en día. Las parejas de hecho, por lo que se refiere a las relaciones sociales y económicas entre sus miembros, son absolutamente idénticas a los matrimonios y, si se puede justificar una diferencia de trato para el derecho civil (como no se manifestó entre los sujetos una recíproca voluntad de unión permanente), los hechos iguales imponen al derecho penal de ocupar iguales criterios. En sustancia, siempre estamos hablando de familias, o sea, de lo que hoy en día la sociedad reconoce como familia y si la ley penal diferenciara en este punto sería anti-histórica.

Aunque no tenga un tipo específico de femicidio, la legislación española se muestra absolutamente distinta, y realmente centrada en la protección especial de la mujer como tal, porque prescinde de la existencia de un vínculo formal o informal, presente o pasado, entre víctima y victimario. Se centra sólo en la presencia de una relación sentimental entre los dos⁴².

II. Aclarados los problemas relativos al objeto de protección real del tipo de femicidio, es importante mover la atención a un punto técnico sumamente descuidado por quién hasta ahora se ha ocupado del tema, es decir el móvil.

Decir que el tipo de femicidio castiga homicidios cuya víctima es una mujer «por el hecho de ser tal» es algo que no tiene ningún fundamento técnico, en cierta medida sorprende cuando se encuentra escrito en trabajos científicos, y, cuando se ocupa en foros de divulgación lo único que genera es desinformación (y sucesiva desconfianza en el sistema penal por parte de la opinión pública).

En efecto la palabra “por” ocupada en este contexto impone al penalista hacer referencia al concepto de móvil del delito⁴³.

⁴¹ Critican la opción tomada también: Santibáñez Torres, María Elena y Vargas Pinto, Tatiana. Ob. Cit., supra nt. 9, p. 205. En España —según lo que refiere Mir Puig (Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, VIII ed., Barcelona: Reppertor, 2008, pp. 635 y 636)— la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23 C.p.) en su vertiente de agravación es tomada en cuenta por el Tribunal Supremo tan sólo cuando no ha “perdido su significado de vinculación entre los parientes”. Es el mismo texto de la norma española (modificado por última vez en 2003) que favorece esta interpretación, en cuanto habla de: “ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad”.

⁴² La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 2004, hace referencia, por lo que aquí interesa, a ciertos actos tipificados como delitos que se cometieron por un hombre contra “su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

⁴³ El tema del móvil está sumamente descuidado por la literatura de muchos Países. De gran importancia, la obra italiana de Veneziani, Paolo. *Motivi e colpevolezza*. Torino: Giappichelli, 2000.

Sin embargo, en la estructura del delito de femicidio en Chile (y tampoco en Perú, Costa Rica, por ejemplo) el hecho de que la víctima sea mujer no tiene nada que ver con el móvil del victimario.

Si así fuera tan sólo el misógino podría castigarse por este delito, mientras que el tipo no hace ninguna clase de referencia a esta circunstancia porque lo que importa son los datos, puramente objetivos, de la relación de matrimonio o convivencia, actual o pasada, entre victimario y víctima y el sexo de esta última.

Esto es aun más cierto porque la legislación de Guatemala sí se centra, en unos casos, efectivamente en el móvil del autor. El artículo 6 del Decreto 22 del 2 de mayo de 2008 del Congreso de la República de Guatemala afirma:

Femicidio: Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, die-re muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad o compañerismo o relación laboral.

c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.

d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.

e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.

f. Por misoginia.

g. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.

h. Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código penal.

La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva⁴⁴.

⁴⁴ Se note como también en el caso guatemalteco la pena privativa de libertad establecida para el femicidio es la misma del parricidio (artículo 131 C.p.) y del asesinato (artículo 132 C.p.). Sin embargo, en el caso de la república centroamericana la conexión es mucho más débil porque la conducta femicida tiene elementos propios de gran envergadura que van mucho más allá del sexo de la víctima. Parece entonces que sencillamente se ocupó la misma pena para mantener la impresión de igualdad formal del bien vida para el homicidio del hombre y de la mujer. A pesar de estos, más que un elemento rompe la igualdad: en primer lugar hay menores posibilidades de acceso a beneficios penitenciarios para los condenados por femicidio y en segundo lugar, aunque muchas de las letras de este artículo 6 coincidan con

En base al tipo chileno, también es incorrecto hablar de femicidio como homicidio de la mujer «por el hecho de ser mujer», si se entiende el «por» como una especie de causal desconectado de la voluntad del autor, pero unido al objeto material de la conducta criminosa, es decir el cuerpo de la mujer. Hablar de esta forma distorsiona y complica tremendamente el discurso técnico: sería como insistir subrayando que la violación por vía vaginal es sufrida por las mujeres, por el hecho de ser mujeres. Estamos en frente a redundancias que, aunque útiles en un discurso político para levantar la atención hacia un problema grave como este, deberían de estar fuera de un discurso técnico a menos que, obviamente, el ordenamiento no haya optado por un tipo como el modelo guatemalteco.

III. En realidad un análisis a 360 grados del Código chileno enseña que son otras las normas que protegen a las mujeres «por el hecho de ser mujeres» y estas van más allá del femicidio, en sus consecuencias prácticas inmediatas, tanto por el ámbito potencial de su aplicación como respecto de las consecuencias sancionatorias.

En primer lugar hay que considerar dos circunstancias agravantes establecidas por el Código penal, en su parte general, en el artículo 12. Se trata de la sexta —abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa— y de la decimoctava —ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido [...] cuando él no haya provocado el suceso—⁴⁵. Se trata de unas normas que, hasta en su redacción, «huelen», por así decir, a siglo XIX: estas circunstancias no sufrieron modificaciones desde el momento en que el actual Código chileno entró en vigor, en 1875. Para los redactores del Código, que eran todos varones pertenecientes a un exclusivo grupo social, las mujeres eran el «sexo débil» y por el hecho de ser tales, a menos de no ser «de mala fama», merecían el respeto debido «a las señoras». A pesar que los tiempos hayan cambiado, estos numerales siguen vigentes y pueden, en la medida en que los fiscales quieran sacarlos a colación, servir a la realidad social presente.

En segundo lugar merece mención una norma recién incorporada al citado artículo 12 del Código, es decir la circunstancia agravante de discriminación (la vigésimo primera), que prevé entre los factores que pueden modificar la pena también el sexo de la víctima⁴⁶. Aunque en las convulsas fases finales del debate que

tipos de asesinato establecidos en el artículo 132 C.P., es cierto, por ejemplo, que la misandria no es causal de agravación del homicidio (y hasta el momento la Real Academia de la Lengua ni siquiera reconoce el vocablo).

⁴⁵ Intuyen el elemento sin tener espacio para fundamentar la opinión manifestada: Santibáñez Torres, María Elena y Vargas Pinto, Tatiana. Ob. Cit., *supra* nt. 9, 205. Se vea también: Mera Figueroa, Jorge; Couso, Jaime, Hernández, Héctor y otros. *Código penal comentado – Parte general*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2011.

⁴⁶ «Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión polí-

terminó con la aprobación de la ley, bajo la presión de un tremendo hecho de crónica, toda la atención de la opinión pública se concentró en la inclusión de la orientación sexual de la víctima entre los factores de discriminación, en la práctica el mayor número de casos que se puede suponer que llegará a la atención de los tribunales se refiere tan solo a dos causales: la etnia, en razón de los problemas con el pueblo Mapuche que las instituciones chilenas parecen ser incapaces de resolver, y, justamente, el sexo.

Finalmente se pone de manifiesto el interrogante acerca de las diferencias, no menores, que pasan entre proteger a un sujeto por razón de su sexo o de su género. Se trata de un punto clave, que, como se verá en el próximo párrafo, puede generar serios problemas prácticos y situaciones de «diferenciación en la discriminación», y que incluso los ordenamientos que se han preocupado seriamente de la discriminación de las mujeres están lejos de resolver.

4. ¿Y en Europa? El desafío del Derecho penal de alcanzar paridad sin perder neutralidad

1. Hasta el momento ningún País europeo ha introducido un tipo específico de femicidio en su legislación, aunque, por ejemplo, el vocablo se ocupe en multitud de trabajos científicos en España y haya empezado a generarse un debate al respecto en la opinión pública del viejo continente⁴⁷.

Fuera de España el mundo académico europeo no está preparado a enfrentarse a este debate, pero la experiencia de otros casos de globalización de la política criminal en el mundo occidental nos enseña que se trata sólo de una cuestión de tiempo, que puede ser muy breve. La novedad del femicidio reside sólo (y no es poca cosa) en que la globalización cruza el Atlántico en dirección Nordeste y no, como es usual, Suroeste.

Y el debate es necesario. En el momento en que en la sociedad civil de cierto País se forme una masa crítica apoyando la introducción de un tipo de femicidio no habrá que esperar que una o más fuerzas políticas presentes en el Parlamento se opongan. El costo político que deberían asumir sería demasiado alto y prueba

tica, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca". La circunstancia fue introducida por el artículo 17 de la ley 20609, publicada en el Diario oficial el 24 de julio de 2012, dedicada al problema de la lucha contra las discriminaciones. Ofrece unas primeras indicaciones para la interpretación de la norma: Corn, Emanuele. *Apuntes acerca del problema de la discriminación y de su tratamiento penal*. Revista chilena de derecho y ciencias penales, 2013, p.III: en prensa (texto de la ponencia presentada con ocasión de las IX Jornadas chilenas de Ciencias Penales (Coquimbo —Campus de la Universidad Católica del Norte— 30 de noviembre / 1 de diciembre de 2012).

⁴⁷ En Suecia, desde 1998, existe un tipo penal denominado «grave violación de la integridad de la mujer» que, sin alterar la penalización establecida para el idéntico tipo «sexualmente neutro», estigmatiza, tratándola aparte, la violencia contra las mujeres en relaciones de pareja heterosexuales. Versión en inglés del Código penal sueco (Parte II, Capítulo 4, Sección 4a) en: www.legislationline.org

de esto es, en Chile, la aprobación por unanimidad de la ley que introdujo el femicidio⁴⁸.

Las únicas resistencias abiertas vendrán del mundo académico e indirectamente del mundo de los prácticos del derecho⁴⁹.

Y de nada servirá, como siempre se escucha en estas ocasiones, insistir que “no corresponde a un sistema penal establecer castigos según las contingencias sociales, ni tampoco establecer símbolos de lucha política, pues para eso existen otras instancias democráticas”⁵⁰.

Lo más probable es que la fuerza de disuasión de la Academia y de los concedores del mundo jurídico que se mueven en los ámbitos parlamentarios obtenga que el modelo a ocupar para el femicidio en Europa no sea el guatemalteco sino algo similar al chileno: un tipo dependiente, según las particularidades de cada ordenamiento, de la figura ya establecida para el homicidio del cónyuge, o del asesinato, o bien del homicidio calificado. Para salvaguardar la imagen de neutralidad, y superar el examen de los Tribunales Constitucionales —tradicionalmente más intervencionistas que sus homólogos latinoamericanos— se ocuparán las mismas penas establecidas para estos otros tipos.

II. Hay que dejar planteado, en todo caso, que el citado debate no tiene que plantearse para compartir ideas entre juristas-penalistas acerca de cómo organizar «una buena trinchera» para defender una vez más el «buen viejo derecho penal liberal». Y no porque, cínicamente, «ya no queda nada para defender», o porque, pragmáticamente, «sería como tratar de para un *tsunami* con un paraguas».

Todo lo contrario. Hay que dejar claro que trabajar para una efectiva igualdad entre hombres y mujeres delante de la justicia penal es un objetivo impostergable para unas sociedades que pretenden definirse democráticas.

Y con mayor fuerza aún hay que decir que la actual estructura de los delitos contra las personas y su aplicación en la práctica mantiene situaciones de desigualdad inaceptables. Sólo una ignorancia del fenómeno —que hasta el momento se podría definir culposa, pero en unos años más pasaría a ser arrogante desinterés— puede

⁴⁸ Véase: Toledo Vásquez, Patsilí. *Leyes...* Ob. Cit., *supra* nt. 23, pp. 41-42. No sirve un gran esfuerzo de fantasía para darse cuenta que pasaría una película similar a las que se han visto en varios Países europeos que en las últimas temporadas han fortalecido la respuesta penal a la pedofilia.

⁴⁹ No hay espacio, en este trabajo, para interrogarse, a pesar del hecho que sería sumamente interesante, si esta oposición sería conforme o no al papel que debieran tener la Academia y el mundo de la judicatura frente a las reformas planteadas por los Parlamentos, para respetar plenamente el principio democrático. En otras palabras: ¿corresponde al mundo académico, en un conteso de Países democráticos, apoderarse de las llaves del Derecho tratando «dolosamente» de incidir en la interpretación de las normas? ¿Dónde encuentra legitimación una postura tan auto-referencial? Véase, aún Toledo Vásquez, Patsilí. *Leyes...* Ob. Cit., *supra* nt: pp. 23, 42 y 50.

⁵⁰ Ried S., Nicolás. Ob. Cit., *supra* nt. 41, p 172.

llevar a afirmar que las figuras penales vigentes son adecuadas y en todo caso hay que buscar respuestas en otras ramas del ordenamiento. Y esto porque el «fenómeno» que hay que combatir no es directamente el femicidio, sino la persistente desigualdad.

Ocuparse del problema corresponde plenamente al papel que los penalistas tienen que desarrollar en la sociedad, en Chile, como en España o en cualquier otro País. Así es cierto que el tipo de femicidio, en todas las versiones en las que se ha redactado hasta el momento es muy criticable, pero es lo que la sociedad civil en muchos Países ha sido capaz de inventar, casi sin el apoyo de penalistas⁵¹, para luchar contra una realidad que considera injusta. Por esto tachar de inconstitucional el femicidio de por sí puede ser hasta un acto de soberbia intelectual por parte de los penalistas, a los que debiera corresponder en razón de sus conocimientos técnicos superiores, si quieren manifestar su opinión en la materia, criticar proponiendo respuestas alternativas.

III. En esta óptica, también en Europa, hay entonces que preguntarse si un tipo de femicidio paralelo al asesinato o al homicidio calificado puede resultar beneficioso.

En Chile, según lo que ya se ha escrito aquí, la inserción de esta figura en el Código penal tuvo el mérito de fortalecer el debate y la atención de toda la sociedad respecto de la violencia contra la mujer, además permitirá tener datos más acertados para contabilizar el fenómeno y, potencialmente, incidirá en la práctica judicial sobre el cálculo de las circunstancias agravantes y atenuantes.

Sin embargo, a las críticas dogmáticas y de técnica legislativa ya adelantadas en el párrafo tercero, hay que añadir dos de naturaleza político-criminal⁵².

La primera consiste en el hecho de que existiendo tipos penales especiales sexualizados las mujeres son víctimas por definición,

⁵¹ Hay, evidentemente, luminosas excepciones. En América Latina es particularmente relevante el trabajo desarrollado por el profesor José Hurtado Pozo y es notorio como la doctrina penalística española haya profundizado como ninguna otra estos temas, sin embargo, hay que ser consciente de como el gran debate ha empezado solo después de la aprobación de la L.O. contra la violencia de género en 2004, es decir, siguiendo y no anticipando el trabajo del legislador. Entre las realidades más interesantes en razón de la interdisciplinariedad de los estudios generados, merece mención el grupo Antígona, con sede en la Universidad Autónoma de Barcelona y activo desde el año 2000; véase: Bonet Estava, Margarita. *Derecho penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?* En Bodelón González, Encarna y Heim, Daniela (coord.). *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, volumen I. Barcelona: Grupo Antígona UAB, 2009, p. 27. Merece mención (se cita tan sólo el último de sus numerosos trabajos) también: Lorenzo Copello, Patricia. *Apuntes sobre el feminicidio*. Revista de derecho penal y criminología (UNED), 2012, III-8, p. 119.

⁵² Ya se ha visto, en particular, que el uso del Derecho en general, y el derecho penal en particular, impone severas restricciones conceptuales que en Chile se han resuelto en la tipificación «tan sólo» de los femicidios «íntimos». Allá donde estas restricciones se han dado en formas más blanda, como en Guatemala, y las normas han aparecido con formulaciones más amplias las dificultades en la aplicación práctica se han sumado a críticas de constitucionalidad más importantes. Véase: Toledo Vásquez, Patsilí. *Leyes... Ob. Cit., supra* nt. 23, pp. 45-46.

con un refuerzo del lugar de víctimas que, desde una perspectiva feminista, "acaba por reducir, en el imaginario social, el empoderamiento de las mujeres"⁵³. Es más: adoptando este modelo se asume el riesgo de discriminar en los tipos penales respecto de otras formas de violencia cuyas víctimas no son mujeres⁵⁴: piénsese en las personas con una identidad de género diversa. Es sabido que esta es una situación especialmente delicada en lugares, como España, en los que se establecen sanciones diferenciadas. Sin embargo, también en Chile, en donde no hay legislación acerca de las parejas formadas por el mismo sexo, no hay uniformidad de opinión sobre si, por ejemplo, podría castigarse por femicidio una mujer lesbiana que mata a su pareja conviviente o ex-conviviente⁵⁵. Igual queda pendiente, en una óptica que cuestiona la protección de la identidad de género en lugar del sexo como dato biológico, la posible sanción por femicidio también en un varón matado por su pareja homosexual actual o ex conviviente.

La segunda se resuelve en un riesgo político. Las personas con cargos institucionales al aprobar una legislación tan simbólica como es la inserción del femicidio en el Código penal podrían considerar cumplido su trabajo, sin tener presente que la situación de desigualdad no se transforma por la simple modificación de un tipo penal. Las normas pueden constituir importantes logros para una sociedad pero precisan siempre de recursos para su implementación.

Puede que desde el debate surja la convicción de que la introducción de un tipo de femicidio no sea una respuesta correcta, pero es cierto que como reflejo se plantearían entonces alternativas válidas.

La estructura de los delitos contra las personas tiene importantes elementos de inercia al cambio, por ser un concentrado de los valores más altos de una sociedad. Buscar compromisos aceptables es extremadamente difícil. Pero hoy en día, a toda latitud, es imprescindible contrastar esta inercia, tal vez volviendo a dibujar los tipos a partir de un *ground zero*.

El siglo XIX nos dejó como herencia un «clásico» tipo de homicidio, como prototipo de delito natural de resultado, que resulta insuficiente para resolver los desafíos planteados hoy. Ya descubrimos sus defectos en la segunda parte del siglo XX, cuando los avances de la medicina convirtieron en un serio problema la frontera con el aborto y, al mismo tiempo, pusieron en duda el instante en el que la vida termina —por no hablar de los silencios de muchos Códigos acerca de la eutanasia—.

⁵³ Toledo Vásquez, Patsilí. *Leyes...* Ob. Cit., *supra* nt. 23, p. 46.

⁵⁴ Véase Zaffaroni, Eugenio Raul. *Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*. En García Valdés, Carlos et alii (Eds.). *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II. Madrid: Edisofer, 2008, 1747-1748.

⁵⁵ Entre las varias citas posibles, a favor: Santibáñez Torres, María Elena y Vargas Pinto, Tatiana. Ob. Cit., *supra* nt. 9: 205; en contra Taladriz Eguiluz, María José y Rodríguez Manríquez, Roberto. Ob. Cit., *supra* nt. 31, p. 220.

Ahora, al empezar del siglo XXI, el tipo de homicidio, que en muchos lugares aún se ve agravado cuando la víctima es un familiar del autor, sufre por la dificultad, que tienen muchos Parlamentos, de modificar el respectivo derecho de familia para incorporar los nuevos modelos que han venido creándose. Una postura conservadora en estos casos nunca es un buen servicio a la sociedad porque crea situaciones de discriminación en el ejercicio de derechos fundamentales, que no se pueden justificar con la idea que sea siempre una libre elección del particular la de pertenecer a un grupo minoritario, que no merece siquiera consideración por parte del Derecho.

En Estados Unidos, estudios publicados en los Noventa enseñan que el promedio de años de condena a hombres que matan a sus actuales o ex-parejas femeninas está en 2-6 años, mientras que la de las mujeres que matan a sus actuales o ex-parejas masculinas está en 12-16 años⁵⁶. No hay que extrañar entonces que trabajos anteriores ya hubiesen puesto de manifiesto que alrededor del 60% de los hombres que matan a sus mujeres aleguen infidelidad de estas⁵⁷.

En lugares más cercanos y en tiempos más recientes, en un estudio de Aurora Genovés García, se afirma que en 11 de 116 sentencias por homicidios de mujeres, cometidos en España entre 1999 y 2004, a manos de sus parejas o ex-parejas masculinas se aplicó al condenado la circunstancia atenuante establecida por el artículo 21.3 del Código español, o sea: obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante⁵⁸.

A estos nos referíamos más arriba, hablando de aplicaciones prácticas que determinan desigualdades fácticas. Aunque el delito de honor haya desaparecido desde muchas legislaciones, se siguen escuchando en los tribunales argumentos tendentes a trivializar la violencia del hombre sobre su pareja con el objetivo de excusarla o justificarla. Y no por ser éstos datos jurídico o lógicos, ni por la falta de ética por parte de abogados sin escrúpulos, sino simplemente porque los tribunales los reciben y motivan sus sentencias conforme a ellos.

Por demasiado tiempo los penalistas han descuidado estos problemas y ahora hay que recuperar el tiempo perdido: lo antes posible.

⁵⁶ Hace referencia a ellos: Angel, Marina. *Why Judy Norman Acted in Reasonable Self-Defense: An Abused Woman and a Sleeping Man*. *Buffalo women's Law Journal*, 2008, 16, p. 15 (nota 61) –versión on line.

⁵⁷ Se trata de Barnard, George W. y otros. *Till death do us part: a study of spouse murder*. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry*, 1982, 10, p. 277 (www.jaapl.org)

⁵⁸ No se quiere, con estas pocas líneas, contestar la previsión de por sí de una circunstancia atenuante que considere estas situaciones. El objetivo es cuestionar la aplicación ofrecida por los distintos tribunales que, leyendo las citas de los fallos seleccionadas por la Autora, estiman relevantes para atenuar elementos que más bien deberían servir para agravar la pena. Genovés García, Aurora. *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*. Barcelona: Bosch, 2009, pp. 350 y ss. y 133 y ss.

ESPEJO DE MUTACIONES¹: «LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN EL ILÍCITO PENAL DE LAVADO DE ACTIVOS»

Marco Antonio Bustinza Siu

I. Introducción

Mediante el presente artículo se analiza el instituto jurídico procesal de la presunción de inocencia en tanto deber positivo que genera expectativas de un debido proceso, como garante del trato que debe tener el imputado. Esto será contrastado con la técnica legislativa utilizada por el legislador al momento de introducir elementos descriptivos, que determinan la imputación subjetiva en el ilícito penal de lavado de activos.

II. Problema

Desde la descripción del ilícito penal, se denota la siguiente redacción: «(...) o debía presumir con la finalidad de evitar (...)»²; con lo cual el legislador presupone que el agente debió tener una cualidad previa, una *fattiespecie*³ de conocimientos especiales. Este elemento descriptivo contraviene lo prescrito por nuestra Constitución.⁴

¹ El verso procede de Octavio Paz, *Carta de Creencia*: «(...) dos arcos sobre el vacío/puente de vértigos/dos: Espejo de mutaciones (...)».

² Cfr. Decreto Legislativo núm. 1106, del 19 de diciembre de 2012, artículos: 1, 2, 3, 6, este último artículo hace referencia a la ignorancia deliberada, que será objeto de nuestro análisis en este breve trabajo de investigación.

³ Término usado por la jurisprudencia italiana y en sí por la doctrina procesal italiana.

⁴ 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judi-

III. Hipótesis

El elemento descriptivo: «(...) debía presumir(...)», en el ilícito penal de lavado de activos, hace referencia a conocimientos especiales propios del método de la imputación subjetiva adscriptivo, que contravienen nuestro sistema jurídico, y la coherencia estructural en nuestro Estado Constitucional de Derecho

IV. La presunción de inocencia como categoría dogmática y procesal

La presunción de inocencia como institución procesal, ha sido descrita como el núcleo del proceso penal de allí que se derive la carga de la prueba, que sólo se le pueda enervar la presunción de inocencia, con indicios contingentes y suficientes. Desde la perspectiva procesal su importancia teórica se encuentra bastante extendida. ¿Pero, qué ocurre cuándo se trata la institución al nivel de la imputación, inclusive al uso de esta categoría extraprocesal? La respuesta puede parecer sencilla, pues el derecho de presunción de inocencia rige como una garantía extraprocesal; de allí que no se le pueda imputar sin fundamento alguno a otro un delito, por lo demás, este instituto procesal ha sido asociado al debido proceso.⁵

Si se la presunción de inocencia, o al menos una de sus dimensiones o mutaciones, rige de modo extraprocesal, resulta una enorme contradicción que un ilícito penal, estructure su imputación subjetiva en base a conocimientos adscriptivos, que el sujeto debía tener antes de la comisión del hecho punible.

La presunción de inocencia, no sólo tiene un plano procesal, sino que también tiene una vertiente material, la cual se funda en *neminem laedere*; es decir en los deberes positivos en los que la ciudadanía funda sus expectativas respecto al desarrollo de un proceso con las debidas garantías legales⁶; por esta razón no se pueden hacer juicios paralelos respecto a hechos, sólo las autoridades constitucionalmente reconocidas, procederán de acuerdo a sus incumbencias⁷, o deberes institucionales. Entonces la presunción de inocencia es un deber positivo, inherente a todo ciudadano, como lo son los derechos constitucionales prescritos como: la libertad y el honor. Al ser un derecho inherente, cualquier ilícito penal que se modifique, o cree, deberá tener un test de proporcionalidad más severo, acudiendo a la racionalidad de la creación de ilícitos penales que sean necesarios para nuestra convivencia.

Los efectos de esta concepción de la presunción de inocencia, podría acarrear que fuentes prueba como los testigos directos, tendrían que ser considerados como prueba indiciaria, evaluada en su conjunto podría enervar o no la presunción de inocencia de

cialmente su responsabilidad.

⁵ Villegas Paiva, Elky Alexander, *La presunción de inocencia*, Gaceta Jurídica, Lima, Abril, 2015, p. 71.

⁶ Siguiendo la vertiente anglosajona: «due process of law»

⁷ Sánchez-Óstiz, Pablo, *¿Incumbencias en Derecho penal? Dependencia*, INDRET, Barcelona, Enero, 2015, pp. 3 y ss.

un ciudadano, o determinar su grado de responsabilidad penal. Este planteamiento es coherente, pues bien mirado, no existe en el proceso penal una prueba directa, salvo la confesión a través del procedimiento de terminación anticipada. Medios de prueba que tengan una alta precisión científica, también son indicios, quizás de mayor consistencia, pero refutables en la lógica de un proceso garantista.⁸

V. ¿Sistemas de imputaciones importados?

En artículo anterior, definí el dolo e imprudencia de la manera siguiente: *dolo es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta; imprudencia es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada de una norma directiva de conducta.*⁹ El conocimiento de estas circunstancias privilegiadas o atenuadas, no se pueden valorar ex ante, sino que tendrán que ser valoradas a través de un método operacional, donde se contrasten datos psíquicos, y empíricos. Por tanto, el juicio de valor vendrá *ex post*.

El operacionalismo es un método utilizado con frecuencia por nuestros Tribunales, estos tienen que ser contrastados a partir de una premisa mayor: H1, que está conformada precisamente por la hipótesis o teoría del caso. En las definiciones tradicionales de dolo eventual e imprudencia, se connotan, como datos psíquicos: «tomarse en serio», «asumir el riesgo», «contar con», entre otras definiciones de carácter lingüístico que poco aportan a una definición normativa. En una definición normativa, sólo se evaluará si las circunstancias: «privilegiadas o atenuadas» estuvieron latentes al momento en que el sujeto cometió el ilícito penal.

En el método operacionalista, no se adscriben conocimientos, pues estos se tienen como conceptos disposicionales, los cuales tendrán que ser susceptibles de ser corroborados con otros indicios.¹⁰ Y estos ser contrastados con la hipótesis de probabilidad, que se encuentra configurada por los hechos.

Este método operacional acude a reglas de relevancia, la primera establece que un dato físico, psíquico, puede influir en el grado de previsibilidad objetiva del apartamiento de una norma directiva de conducta. Así por ejemplo, la entidad de peligro inherente a la acción de un sujeto o el peligro que este genere, son datos empíricos que pueden llegar a influir en la determinación de si el apartamiento de una norma directiva de conducta fue pri-

⁸ Con mayor amplitud, véase, Sánchez-Vera-Gómez-Trélles, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 5-23.

⁹ Véase, Bustinza Siu, Marco Antonio, *Delimitación entre dolo eventual e imprudencia*, Lima, 2014. En: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5258/BUSTINZA_SIU_MARCO_DOLO_EVENTUAL.pdf?sequence=1. El presente artículo surge a su vez como una respuesta a la observación que mi jurado, Profesor Doctor Raúl Pariona Arana.

¹⁰ Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual*, Hamurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 702 y ss.

vilegiada o atenuada. La segunda regla de relevancia, establece si un estado mental es racional según el contexto concreto, si lo es debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, en la que se funda el reproche doloso e imprudente. Si por el contrario, el estado mental es irracional, entonces será irrelevante y no deberá ser tomado en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad (hipótesis mayor).¹¹ En suma sólo del contraste de los datos físicos o empíricos, y los datos psíquicos se podrá determinar si un sujeto superó el riesgo jurídicamente desaprobado. En la constelación de casos que pudieran presentarse en el ilícito penal de lavado de activos, un Oficial de Cumplimiento, difícilmente podrá desconocer sus deberes de garante, no siendo proporcional exigirle a cualquier empleado la misma cualidad e intensidad de conocimientos; así hayan datos físicos en donde se pueda inferir que pudo llegar a conocerlos habiendo sido diligente, pues su ámbito de competencia no existen deberes de garante que le incumban (o lo hagan responsable si quiera desde óptica del derecho administrativo).

V.2. La ignorancia deliberada

El asumir la ignorancia deliberada como un sistema de imputación velado en el ilícito penal de lavado de activos, importa configurar la denominada: «ceguera ante los hechos» como un injusto doloso. De esta forma la *actio libera* tendría que ser considerada como acto doloso. La importación de estos sistemas de imputación provienen del derecho anglosajón, conocida como: *wilfull blindness*, o ignorancia deliberada. Cualquier especie de injusto doloso o imprudente requiere de un conocimiento previo por parte del agente, para poder subsumir su conducta en el tipo legal, pues más allá de las consideraciones de la doctrina mayoritaria, en que a veces sólo basta con la configuración del comportamiento jurídico desaprobado, a nivel de imputación objetiva; buscando cualquier argumento menor para justificar la presencia de la imputación subjetiva. Esto es erróneo, pues más temprano que tarde, la Dogmática penal tendrá que aceptar el principio de correspondencia, es decir el análisis en conjunto de la imputación subjetiva y objetiva.¹²

Aun así el sujeto haya adquirido conocimientos mínimos sobre el ilícito de lavado de activos, hubiese podido saber que una entidad determinada no había un Oficial de Cumplimiento, pese a ser una inmobiliaria, no calza con la figura del dolo eventual, tal comportamiento típico podrá ser considerado como una conducta neutral, pasible de adecuación social, o estereotipada.¹³

Respecto a los supuestos de ignorancia deliberada, pueden darse los siguientes supuestos: 1) En los casos que la completa falta de representación, no es posible que ningún Tribunal admita

¹¹ Bustinza Siu, Marco, *Delimitación entre dolo eventual e imprudencia*, p. 331.

¹² Sánchez-Óstiz, Pablo, *Recensión a Tobias Rudolph, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, INDRET, Barcelona, Julio, 2008, pp. 2-7.

¹³ Ragués I Vallés, Ramón, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 109 y ss.

la deliberación para ignorar; 2) Si el sujeto cuenta con una representación vaga casi nula, de circunstancias indeterminadas, no es posible afirmar la concurrencia de dolo eventual; 3) Si hay algo de representación en una conducta típica indeterminada, ya podría concurrir dolo e imprudencia, previa contrastación de datos físicos y psíquicos en un método operacional. El caso de un testaferro que asume la administración de varias sociedades a su nombre, no podrá escudarse en el argumento de la falta de representación, en vista a que tuvo una posición *ex ante* privilegiada para evitar la lesión de un bien jurídico determinado o el apartamiento de una norma directiva de conducta¹⁴. De esta manera se puede solventar el problema de la ignorancia deliberada, que vendría a modificar varios de los preceptos generales dentro del campo propio de la Dogmática penal. Más aún si sobre el ilícito de lavado de activos, tal como ha sido estructurado, en vez de respetar el principio de legalidad, se tiene como un comportamiento típico indeterminado, ya que este puede provenir de cualquier delito fuente. Frente a una política criminal inadecuada, desproporcionada, donde no se señala el ámbito de incumbencias, o deberes de garante de los sujetos (me refiero a los delitos fuente) es desaconsejable que la teoría del delito acuda a figuras que no correspondan nuestra lógica sistémica.

En definitiva la jurisprudencia debería trabajar en definiciones de dolo e imprudencia, en vez de acudir a constructos artificiosos, como el debió conocer o presumir; este precepto tal como está definido alcanza a la omisión¹⁵. Para la imputación subjetiva por omisión bastaría, tal como se encuentra legislado el ilícito de lavado de activos, que al sujeto se le impute vía extraordinaria, conocimientos que debió haber tenido al momento de actuar, exigiéndole una suerte de conocimientos actualizables, lo cual nos llevaría a un atraso de por lo menos 70 años respecto a imputación subjetiva.¹⁶ En la actualidad, cierta cualidad de conocimientos sólo se podrá imputar si es que existe un deber de garante, o por lo menos la asunción fáctica de una incumbencia.¹⁷

VI. Las imágenes de las mutaciones: Origen del problema

Las Convenciones Internacionales¹⁸ llega a dos acuerdos importantes: a) Los Estados miembros asumieron el compromiso de la lucha contra la criminalidad organizada; b) Se debe abarcar la más amplia gama de delitos posibles, tratando de inferir circunstancias objetivas a nivel de la tipicidad subjetiva.

Nuestra legislación nacional siguió en un primer momento la

¹⁴ Ragués I Vallés, Ramón, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, en *Imputación subjetiva*, ARA Editores, Lima, 2012, pp.165-173.

¹⁵ Ya es doctrina pacífica que tanto la omisión como la comisión comparten la misma estructura normativa.

¹⁶ Véase las tesis psicologicistas, en especial la tesis de Platzgummer, o tesis de la co-consciencia. En Bustinza Siu, Marco, *Delimitación*, pp. 81-90.

¹⁷ En este sentido, Schünemann, Bernd, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 171 y ss.

¹⁸ Véase por todos, *Convención de Palermo*, 2000.

Convención de Viena, que reprimía con especial énfasis el tráfico ilícito de drogas, en un momento posterior se amplió a la otro tipo de transacciones económicas, que eran controladas por la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) Hasta este punto la racionalidad de la política criminal era adecuada. Con la implementación del Decreto Legislativo núm. 1106, se cae en un exceso de punitivismo y se relajan las garantías sustantivas y procesales.¹⁹

Por razones de política criminal y coherencia intrasistémica, conviene volver a redefinir los delitos fuente, en donde se hayan acciones ocultamiento, tenencia, intentar ocultar y disfrute de estos bienes obtenidos de manera ilícita²⁰, supuestos en los cuales no se puede sobre criminalizar delitos patrimoniales comunes, como hurtos, robos, o apropiaciones ilícitas; sino que se tendrían que considerar delitos propios de la criminalidad organizada, para ello los alcances de la Criminología, y entidades como el Observatorio de Criminalidad a cargo del Ministerio Público, o Comisiones de Alto Nivel contra los Delitos de Corrupción de Funcionarios, deberían emitir opiniones de *lege ferenda*; para tener una mayor racionalidad en nuestras políticas legislativas de índole sustantivo y adjetivo.

De lo contrario el espejo de mutaciones operará como regla: siempre habrá dos arcos sobre el vacío, o puentes de vértigo, sin ninguna convergencia, el deber de presunción de un conocimiento, vulnera la presunción de inocencia y los deberes positivos o expectativas que tenemos como ciudadanos, de un sistema jurisdiccional garante de derechos fundamentales esenciales.

VI. Conclusiones

1. La presunción de inocencia es un deber positivo, garante de las expectativas de un debido proceso, este instituto opera como un derecho inherente a todo ciudadano.

2. El elemento descriptivo: «debió conocer o presumir», del ilícito penal de lavado de activos, vulnera la presunción de inocencia.

3. La «ignorancia deliberada» no se puede equiparar al dolo eventual.

4. El operacionalismo es el método adecuado para comprobar una hipótesis de probabilidad (teoría del caso) donde se contrastan datos físicos y empíricos.

5. Al momento de evaluar un comportamiento jurídicamente desaprobado, se valorará tanto la imputación subjetiva como objetiva.

6. La atención por parte de la Dogmática penal al estudio de la imputación objetiva del resultado, no ha hecho posible desarrollar un nivel de imputación subjetiva normativa.

¹⁹ García Caveró, Percy, *Derecho penal económico*, Tomo 1, Segunda Edición, Mayo, 2015, pp. 523-525. Caro Jhon, José, *Consideraciones sobre el delito fuente del lavado de activos para determinación del riesgo reputacional en el sistema financiero*, pp. 153-166, en: *Dogmática penal aplicada*, Ara Editores, Lima, 2010.

²⁰ Convención de Viena 1988, artículo 3.

FEMINICIDIO: IMPLICANCIAS ÉTICAS Y SOCIALES... *ALGO MÁS QUE UN TIPO PENAL*

Meili Kuong Morales

La igualdad de género es más que un objetivo en sí mismo. Es una condición previa para afrontar el reto de reducir la pobreza, promover el desarrollo sostenible y la construcción de buen gobierno.”
Kofi Anan

1. Introducción

Es innegable que el Perú es un país caracterizado por la violencia, la discriminación y la indiferencia, y es esta violencia que tiene como origen el ámbito familiar.

En la actualidad la violencia familiar está considerada como un mal de carácter crónico y sistemático, donde hombres y mujeres son asesinados cada día, en especial, la muerte de mujeres que se da rodeado de circunstancias distintas al de los hombres.

Esta situación marca un precedente importante en nuestra sociedad, para explicar la trascendencia de un fenómeno que cada vez va creciendo más y más como es: el *feminicidio o muerte de mujeres*, que por sus implicaciones éticas y sociales, contribuye ampliamente en la descomposición del tejido social y en el menoscabo de la condición humana de la mujer, lo que significa la devaluación de su papel y una forma sensible de violación de los derechos humanos, afectando la estabilidad y noción de seguridad humana, como elemento indispensable de la vida digna de toda persona.

Sin embargo, este “genocidio a la mujer” no es un elemento agravante o constitutivo del hecho violento, como se creía antes;

sino que se trata de un delito autónomo, con sus propias características, de ahí que hay que entenderlo y analizarlo desde un punto de vista estratégico, y no pensar que se trata de un concepto estático y desproporcional.

Siendo así que se consolida la idea de que los asesinatos de mujeres constituyen un ejercicio de poder desde el poder mismo, cuya única finalidad es asegurar la reproducción del sistema, y que estos no son nada más que el punto más alto del poder masculino.

II. Aspectos sobre la problemática actual

2.1 Las medidas de Protección: Las medidas de protección se entienden como aquellas estrategias que deberán ofrecer importantes posibilidades para la solución de determinados casos de violencia familiar, las mismas que deberán poner coto al problema enfrentado. Son dictadas por el órgano jurisdiccional en resguardo de la integridad de la víctima y como señala Yáñez de la Borda, la celeridad, oportunidad e inmediatez son tres requisitos para la efectividad de estas medidas.¹

Las medidas de protección están establecidas en la ley N° 26260 que regula la violencia familiar en el país, y las más usadas son: El cese inmediato de todo acto de violencia física y psicológica ejercido por el demandado en contra de su conviviente, que el agresor y víctima reciban un tratamiento psicológico, el retiro del agresor del domicilio, suspensión temporal de la cohabitación, salida temporal del agresor del domicilio, etc.

Propósito de las medidas de protección. Las medidas de protección tienen como propósito prevenir, interrumpir o impedir que se realicen actos violentos o, más de éstos, en contra de la mujer que denuncia violencia en su contra.²

Para su expedición debe considerarse el riesgo o peligro existente, la seguridad de la víctima y los elementos con que se cuente.

Se debe tener en cuenta que generalmente cuando una mujer denuncia violencia, no es la primera vez que la sufre, por ende tiene miedo y, atendiendo a que la finalidad de las medidas de protección es la seguridad de quien denuncia, se debe prever la posibilidad de prorrogarla hasta en tanto la autoridad jurisdiccional esté en posibilidad de valorar la situación en lo particular.

Ineficacia de las medidas de protección. La incorporación de un marco regulador de medidas de protección frente a la violencia familiar ha ido produciéndose en un contexto de creciente visibilización de los efectos nocivos sobre las relaciones familiares que tiene esta forma de violencia, además de una maduración y toma de conciencia de los Estados acerca de cómo este tipo de práctica afecta derechos fundamentales.

¹ Gina, De la Borda Yáñez, *Violencia familiar*, Fondo editorial Manuela Ramos, p. 63.

² Ley núm. 26260, Ley de violencia familiar.

En los casos de violencia contra la mujer en el ámbito familiar, las medidas previstas en la Ley núm. 26260 adquieren singular relevancia, sobre todo, porque la víctima de violencia familiar que acude, al sistema penal comparte usualmente el domicilio con el agresor o mantiene una relación muy cercana con éste por lo que es muy probable que sea víctima de una nueva agresión como represalia por haber denunciado los hechos.

En tal sentido, si bien la norma prevé medidas especiales que garantizan la integridad física y/o psicológica de la víctima, éstas prácticamente son ineficaces en los procedimientos contra la persona que comete violencia familiar.³

Además frente a la ineficacia en el otorgamiento de las medidas de protección resulta preocupante que debido a la naturaleza cíclica y reiterada de los episodios de violencia, se presenta un elevado riesgo de que las víctimas sufran una nueva agresión.

Por tanto, la mujer que acude al sistema penal a denunciar los hechos de violencia se encuentra en una situación de total indefensión frente a futuras agresiones físicas y/o psicológicas.

Las grandes cifras de violencia revelan la importancia del otorgamiento eficaz de las medidas de protección en los casos de violencia contra la mujer en el ámbito familiar, y con mayor razón en los casos de prevención de un futuro feminicidio.

Actitud de las autoridades. A pesar de existir leyes que traten de proteger a la víctima de violencia, no se puede dejar de lado otro importante factor que mantiene impune muchos casos de violencia contra la mujer, que es la actitud de las autoridades hacia este problema.⁴

Con frecuencia los policías, los jueces, los fiscales y las autoridades en general, tienen sobre la violencia familiar ideas machistas, por eso las víctimas tienden a pensar que es inútil presentar una denuncia.

Las mujeres víctimas de la violencia familiar desconfían de las autoridades porque creen que no serán bien atendidas o que les echarán la culpa de lo que pasó.

Además, para muchas mujeres maltratadas es vergonzoso y difícil exponer su situación ante un hombre, aunque sea policía o juez.

Estas concepciones que pueden ser de carácter social, cultural o psicológico están con frecuencia en el fondo del problema. Como nos podemos imaginar, las causas sólo se pueden enfrentar a largo plazo mediante una política que se proponga cambiar estos patrones culturales interiorizados en la mayoría de la población.

A la autoridad también le corresponde intervenir en este ámbito mediante una serie de tareas educativas, pero su labor fundamental

³ Informe Defensorial núm. 95 "La Protección penal frente a la violencia familiar en el Perú", aprobado mediante Resolución Defensorial núm. 23-2005/DP.

⁴ [www./flora.org.pe](http://www.flora.org.pe)

consiste en evitar que los hechos de violencia continúen y para esto debe ser consciente de que hay otros factores que incrementan la posibilidad de que estalle el conflicto.

2.2 Femicidio. Es un término que se refiere al "homicidio de mujeres por razones de género" (femicidio), pero intentando dar a este concepto un significado social para denunciar la inactividad, con claro incumplimiento de las convenciones internacionales, de los Estados, en una lucha eficaz, contundente, seria e inflexible contra estos brutales crímenes y sus autores, y así, se eligió la voz femicidio para denominar al conjunto de hechos que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres cuando concurra, el silencio, la omisión, la negligencia, la inactividad de las autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes.⁵

Hay femicidio cuando el Estado no da garantías a las mujeres y no crea condiciones de seguridad para sus vidas en la comunidad, en el hogar, ni en el lugar de trabajo, en la vía pública o en lugares de ocio.

Este entra, dentro de la esfera de la mujer, constituyendo la más grave expresión de violencia, y suele ser la consecuencia última de una larga experiencia de violencia familiar tolerado por las víctimas.

Pero sobre todo son el extremo de variadas formas de discriminación, de desigualdad o de las relaciones de poder y maltrato que los hombres dan y han dado a lo largo de los años a las mujeres de su familia, que se refleja en maltrato, insultos, desprecio, abandono, hostilidad, degradación.

Violencia de género. Por violencia de género se entiende todo acto de violencia física o psicológica que puedan ejercer los hombres sobre las mujeres, ya sean sus cónyuges o personas ligadas a ellos por similares razones de afectividad, de igual forma que por desconocidos para la víctima.⁶

La violencia de género llega al asesinato de mujeres y este se ha incrementado, pero no solo se incrementó en el número de víctimas sino que también se incrementó el grado de violencia con la que los criminales les quitan la vida a las víctimas.

Por lo tanto, los femicidios son expresiones de una estructura simbólica colectiva que se manifiesta en la cotidianeidad de la vida de las mujeres, en el discurso de los medios de comunicación, en el lenguaje utilizado por muchas autoridades que atienden casos de violencia, en los argumentos que sostiene el agresor para justificar sus crímenes y en la poca voluntad política para abordar el problema dentro de las prioridades del Estado.

Usar el término femicidio para señalar los crímenes a mujeres por razones de género nos permite evidenciar la magnitud de

⁵ www.Femicidio.net

⁶ Estudio desarrollado por el CMP Flora Tristán, Manuela Ramos y Democracia y Derechos Humanos – Programa País Perú.

la violencia contra la mujer y presentarla como un grave y creciente problema social que urge atender.⁷

III. Implicancias éticos- sociales del problema

3.1 En lo ético. La violencia evidencia la falta de ética en todas sus manifestaciones, una lucha de poder que en muchas ocasiones puede llegar a causar incluso la muerte.

Es raro observar una conducta agresiva por parte de una persona que su entorno no lo coloca como superior frente a su víctima del momento, o a una persona que le enseñan el sentido de la bioética que tiene que respetar a su pareja como tal y que es un crimen imperdonable siquiera levantarle un dedo.⁸

En muchos casos en donde la violencia se da cuando el papá golpea a la mamá delante del niño o que la mujer tiene que estar sometida al hombre es una conducta aprendida desde la niñez que viaja con la persona durante toda su vida, esto a la vez va destruyendo la unión familiar.

Por lo que el feminicidio va más allá de la privación de la vida de una persona, pues amenaza, lesiona y destruye los derechos humanos, civiles, sexuales, de salud, políticos, económicos y culturales de todas las mujeres. En este sentido el feminicidio más que un asunto criminológico debe entenderse como un asunto ético.

El feminicidio no sólo implica una agresión contra el género femenino, sino que superpone diversos rasgos de identidad como clase, raza, etnia y edad. El exterminio de las mujeres se ubica desde estas intersecciones en una dimensión más amplia de exterminio de lo humano, puesto que este acto amenaza el sistema de valores morales, éticos, legales y políticos de una sociedad, por lo que el feminicidio debe considerarse como un atentado contra la ciudadanía y por lo tanto contra la vida humana.

El feminicidio, en suma, no es solamente un acto de violencia sexual sino de extinción de las garantías de vida, de libertad, de seguridad y de justicia.

El Feminicidio constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres, como el derecho a la vida, a la integridad personal (física, psíquica y moral), derecho a la salud, derecho a la libertad personal, el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial y el derecho a la información, entre otros.

3.2 En lo social. La violencia contra las mujeres (un círculo que adquiere distintas modalidades como el insulto, la subestimación, el golpe, la violación, entre otras, y se cierra en el feminicidio) no está desvinculado de un contexto social que produce y reproduce un sistema de ideas, valores, roles diferenciados según

⁷ www.derechos.org/mujer.htm

⁸ www.catholic.net/psicologoscatolicos

se trate de varones o mujeres que derivan en la dominación, sumisión y desigualdad entre hombres y mujeres.

La violencia contra la mujer y la violencia intrafamiliar se han constituido en uno de los delitos más frecuentes en nuestro país, lo cual genera preocupación en diferentes sectores de nuestra sociedad, por sus implicaciones en la estabilidad e integridad de las familias, pero sobre todo por sus repercusiones en la vida de las mujeres.

Es así que la violencia contra las mujeres se da en todas las sociedades del mundo y sin distinción de posición económica, raza o cultura.

En todo el mundo, la violencia o las amenazas de violencia impiden a las mujeres ejercitar sus derechos humanos y disfrutar de ellos.⁹

Ello nos sitúa en un panorama social descompuesto y de severas perturbaciones sociales, pues las mujeres no están siendo asumidas como semejantes ni como personas sujetas a derechos y libertades en igualdad de condiciones.

La mujer en la sociedad. El desempeño de la mujer en la sociedad ha tenido grandes cambios, la cantidad de aportes que ellas han realizado en el ámbito de la cultura, la educación, ciencia, tecnología, entre otros; ha sido tan importantes y tan innovadores como los aportes que han realizado algunos hombres.

Por lo que se los cambios en el rol de la mujer han sido agigantados, sin embargo a pesar que, se dice mucho de ella, inclusive hasta hay un día del calendario dedicado a la mujer, tenemos un Ministerio de la Mujer, pero nada cambia para ellas en los sectores populosos, donde la mujer es casi una esclava, y ferozmente golpeada y maltratada.

La violencia contra la mujer, así como su magnitud nos revela que éste es un problema social que responde a la permanencia de una cultura con estructuras jerárquicas patriarcales, donde la mujer es vista como un objeto desechable y maltratada, ha sido devaluado y la sexualidad es espacio de dominio y lugar del ejercicio del poder "masculino".¹⁰

El patriarcado utiliza la opresión, discriminación, explotación, desvalorización que provocan el control absoluto sobre las mujeres, incrementado por la impunidad judicial en torno a los delitos en contra de las mujeres, sean estas violencias domésticas en todas sus modalidades sean físicas, verbales, sexuales, económicas, emocionales o institucionales.

Por lo tanto, la violencia, en muchas ocasiones, ha sido vista como un asunto socio-cultural, en donde las creencias, las costumbres, los valores, los roles domésticos, los roles de todo tipo, el

⁹ Amnistía Internacional, "Está en nuestras manos. No más violencia contra las mujeres", Editorial Amnistía Internacional - EDAI, 2004, pp. 18 y 19.

¹⁰ Alda, Facio M, *Violencia contra la mujer*, Reflexiones desde el derecho, p. 36.

poder, el liderazgo, el prestigio, prevalece en algunas sociedades con democracia, o como exclusión-marginalidad-violencia.

Todo eso son causas fundamentales de la violencia contra la mujer, pues son ideas, prácticas, de discriminación y de violencia de género que sostienen que la mujer es inferior al hombre, que debe ser obediente y pasiva. Que el hombre es quien tiene el poder, es superior, es el que manda, el jefe, así se promueve el machismo.¹¹

Con esa desigualdad la mujer se forja dependiente, servil, y si no obedece al marido, este se frustra, la agrede, le prohíbe, la domina, la controla, la violenta cuando contraría sus expectativas, pues el hombre exageradamente machista no tolera las frustraciones, cree que la mujer es un objeto, y si ella no obedece a su control, ejerce distintas formas de violencia, entre ellas, la más extrema que es el feminicidio.

IV. Enfoque actual

Los alcances de los feminicidios se dan a nivel colectivo y generan un ambiente de inseguridad social, lo cual es reforzado por la desprotección estatal, limitando el desarrollo de las capacidades y ejercicio de las libertades y derechos de la mujer.

Así, el feminicidio puede desarrollarse en tres ámbitos: dentro del ámbito familiar, como en el de la comunidad como en el perpetrado por el Estado o tolerado mediante la poca atención a políticas que erradiquen la discriminación contra la mujer y los obstáculos que permanecen en las legislaciones nacionales (ineficacia de las medidas de protección) que dificultan la debida diligencia del Estado y mantiene estereotipos que tienden a devaluar los comportamientos femeninos.

Los patrones de comportamiento que se encuentran en el asesinato común responden a un clima de anomia social generalizado; pero no puede decirse lo mismo de los casos de feminicidios, cuyo móviles y características responden a un clima de diferenciación.

Las afirmaciones sostenidas por los agresores muestran claramente que existe una pretensión de autoridad y dominio sobre las decisiones de las mujeres y sobre sus vidas; dicha autoridad, al verse contravenida, genera una reacción violenta en su intención de autoafirmarse.

Este atentado muestra el real contexto de violencia y discriminación hacia la mujer; convirtiéndose en uno de los principales problemas sociales que enfrentamos, pues es evidente que las construcciones sociales de nuestra sociedad toleran la violencia basada en la discriminación de género.¹²

Por ello se considera que el problema radica en que dejamos de lado la *prevención*, y esta queda circunscrita sólo a reducir

¹¹ Informe sobre la Prevención de la criminalidad y la construcción de las identidades masculinas, año 2009.

¹² DEMUS, *Los Derechos de la Mujer*, Tomo II, Editorial DEMUS, Lima, 1998.

y disminuir los factores de riesgo y el número de víctimas, y no como "política de prevención" hacia la erradicación con fines de desarrollo y bienestar.

Además necesitamos hacer una reconceptualización del feminicidio, y analizar cómo se ha ido eliminando su sentido conceptual al aparecer ahora, en los medios de comunicación y en el lenguaje de los expertos, con una carga ideológica que refuerza la concepción binaria del mundo, es decir solo se habla de la figura de un hombre contra la mujer.

Por ello se piensa que la "solución" es únicamente construir albergues para mujeres violentadas y aumentar las cárceles y penalidades para hombres violentos, como si el problema fuera únicamente de malos y buenas. A eso reducen el feminicidio principalmente algunos funcionarios y políticos, entre otros sectores, incluidas algunas organizaciones que trabajan también con el esquema asistencialista.

Pero el problema no es de clasificar los feminicidios y homicidios en los reportes y estadísticas. Sino de considerar una multiplicidad de factores que tienen que atenderse, por el tratamiento que se le da para aplicarlo como delito en el código penal, se presenta con muchas imprecisiones y crea una visión catastrofista del feminicidio. Postura que viniendo del ámbito legislativo no ayuda a dimensionar el problema en términos jurídicos.

Se debe exigir a las autoridades la investigación exhaustiva de los hechos y la aplicación eficaz de las medidas de protección a la mujer, como parte de sus compromisos internacionales con la defensa de los derechos humanos de todas las personas.

El feminicidio se ha convertido en un fenómeno social que necesita a todos los actores de la sociedad civil, ya que afecta no solamente a las víctimas y sus familias, sino también al conjunto de la sociedad, por lo que deben promover estrategias para prevenir y resolver casos de feminicidio en el país, pues son crímenes perpetrados cotidianamente contra las mujeres.

Muchas de las muertes serían evitables, si cambiáramos tan sólo muchos de los preceptos morales, éticos y sociales con los que son juzgadas y castigadas las mujeres de nuestro tiempo.

V. Conclusiones

- Es necesario que las medidas de protección a la mujer, prevengan eficazmente las actitudes de hombres violentos, así como el cambio de mentalidad de las autoridades a cargo de esclarecer las muertes violentas en contra de la mujer.

- El Feminicidio y otras formas de violencia sobre la mujer ocasionan en el contexto de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, un ejercicio del poder de género en contra de las mujeres por motivos de odio o menosprecio a su condición de mujer; por lo que la tendencia legislativa de incorporar el delito de feminicidio como un tipo penal especial, sigue manifestándose y así se ha

elevado no solo a nivel nacional sino a niveles supranacionales.

- Para las organizaciones que trabajan la defensa y protección de los derechos de la mujer, la lucha por erradicar todo tipo violencia basada en la discriminación de género es continua, y el análisis de la realidad nacional y regional constituye un valioso aporte para esta criminalidad.

- Hay que pensar en las múltiples dimensiones y redes conceptuales que configuran el fenómeno del feminicidio desde dentro hacia fuera, es decir, con la construcción, protección y defensa de la familia, como célula básica de la sociedad, así como la lucha contra actos que fortalecen las desigualdades, discriminaciones y exclusiones, las cuales fueron experimentadas por las mujeres asesinadas y continúan siendo experimentadas por las mujeres que están vivas e igualmente expuestas a estas condiciones que no han cambiado de fondo.

LA PERSUASIÓN: ASPECTO FUNDAMENTAL DEL ALEGATO DE INICIO

Carlos Montes de Oca

La estructura de nuestro Sistema Penal Acusatorio exige que los actores del proceso adquieran y desarrollen habilidades y destrezas que serán necesarias y cruciales para una adecuada participación en el juicio oral. Los actuales abogados tenemos como nueva prioridad la de persuadir a los juzgadores que nuestra pretensión es la más creíble y ajustada a los hechos, a través de habilidades orales, para obtener la verdad de quien la posee u oculta.

Hay que entender, en ese contexto, que la persuasión es un proceso de comunicación a través del cual uno de los agentes intenta influenciar, de modo no coactivo y generalmente inconsciente, en el pensamiento o comportamiento de otro agente. Ese mecanismo se produce en el proceso penal, en el cual las partes procesales buscan convencer a un tercero, el juez, de la mayor validez de sus argumentos. Allí radica justamente la importancia de la labor del abogado litigante. Que el receptor reciba el mensaje y para lo cual se requiere que el mensaje y el mensajero sean los adecuados.

Dos son los instrumentos que tiene el abogado para la persuasión: las normas y la prueba. La Forma en que éstos se llevan al juzgador para demostrarle que la versión de los hechos que se le presenta es la verdadera, es lo que constituye la habilidad y destreza para utilizar la palabra, no para el discurso o la discusión, sino para una persuasión efectiva en la que logra que la percepción última del juez corresponda con la que hemos transmitido¹.

¹ *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano, Manual General para Operadores Jurídicos*, Segunda Edición, República de Colombia, Bo-

Algo para tomar en cuenta, y es que la capacidad de persuasión estará ligada a la credibilidad de la persona que transmite la información, a su capacidad de comunicación y a la capacidad del juzgador para asimilarla y procesarla. La credibilidad del Fiscal, del defensor y de los declarantes, es la que se pone a prueba cada vez que un juicio se inicia.

Tal vez concentramos mucho nuestra atención en producir u obtener la prueba, puesto que esta constituirá las piezas de un rompecabezas que el Juez tiene que armar en su mente, este rompecabezas es nuestra Teoría del Caso, que surge de la prueba presentada, en algunas ocasiones, más nítidas que en otras. Es por eso que necesitamos de una oportunidad para explicar al Juez de qué manera debe mirarse la evidencia del juicio². Esta oportunidad se dará cuando presentemos nuestro alegato preliminar y momento esencial para hacer uso de la persuasión.

El paso de un sistema o modelo de corte Inquisitivo hacia uno de corte acusatorio exige que el Juicio Oral se convierta en la piedra angular de desarrollo del proceso, esto nos dirige a poder entender que la Teoría del Caso del acusado o del Ministerio Público deben ser vencidos en el Juicio Oral, y considero que para ello es necesario que los sujetos que intervengan en esta gran "batalla", pues, cuenten con las herramientas y armas necesarias, siendo algunas de ellas, la persuasión, la destreza en litigación oral y la otra un cambio en la manera de pensar y de actuar.

Efectivamente, los Magistrados, Abogados y todo aquel que intervenga en el proceso penal, más aún, si se encuentra en una etapa de juzgamiento, tendrán que aprender y aplicar nuevas estrategias en litigación y desarrollar destrezas y habilidades que en el modelo anterior, me refiero al Código de Procedimientos Penales, no se realizaban.

La persuasión como aspecto fundamental del alegato preliminar, nos lleva a conocer que, no debe existir, y creo que no existe un modelo único para estructurar un alegato de apertura, y ello dependerá mucho también de la complejidad del caso y de las habilidades y destrezas que cuenta el Abogado Defensor, la experiencia permitirá que estas habilidades y destrezas vayan siendo perfeccionadas y a través de ellas conseguir persuadir al Juez cuando se tiene un caso interesante.

Ahora bien, se conoce como alegato de apertura o preliminar a la argumentación del abogado formulada en las fases iniciales del juicio oral, a través de la cual procede a la presentación de la teoría del caso. Como señalan Blanco, Decap, Moreno y Rojas, el alegato de apertura asemeja al guión resumido de una obra de teatro que se entrega a los espectadores antes de su inicio, a fin que puedan comprender el sentido de la trama.³

gotá, marzo del 2009, p. 122.

² Andrés Baytelman A. y Mauricio Duce J., *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Fondo de Cultura Económica, p. 363.

³ Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Litigación Estratégica y Técnicas de Persuasión Aplicadas al nuevo Proceso Penal*, Editora Jurídica Grijley, p. 209.

1. El alegato de apertura y su regulación normativa en el código procesal penal peruano

Nuestro Código Procesal Penal establece en el artículo 371 inc. 2 que, una vez instalada la audiencia por el Juez y una vez enunciada la causa, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objetos de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y que fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

En efecto, en el artículo 371 inciso 2 del Código Procesal Penal, regula esta actividad de los Alegatos Preliminares, así llamado en nuestro Código Procesal Penal en su inciso 3, haciendo una distinción de la intervención del Ministerio Público, del Abogado del Actor Civil o del Tercero Civil Responsable y del Abogado de la Defensa del Acusado, otorgándoles así a las partes la oportunidad de presentar su caso.

Los alegatos de apertura, tanto desde un punto de vista conceptual como desde su regulación normativa, no presentan mayores dificultades. Se trata de una actividad relativamente simple y con objetivos muy específicos y claros. No obstante, es posible apreciar que en muchos casos esta actividad es desperdiciada por los litigantes debido a problemas básicos en la estructuración del alegato o de la confusión de los objetivos que se persiguen con el mismo⁴.

Ahora, si bien es cierto, el Código Procesal Penal regula la actividad de los alegatos de Inicio o de Apertura, pero no nos muestra la forma cómo debe ser éste presentado y justamente para poder persuadir al Juez, entonces, cuando la norma adjetiva le da la oportunidad al defensor para exponer los argumentos en que fundará su defensa, debe tenerse muy presente los aspectos potenciales de este alegato de inicio.

2. ¿Cuál es la importancia del alegato de apertura?

Líneas arriba, habíamos señalado que el Alegato de Apertura es el primer encuentro entre el Juez y el Abogado Defensor, por tal motivo se debe estar preparado porque será el momento crucial para poder persuadir al Juez. Este Alegato de Apertura, por lo mismo, resulta importante porque será el momento para poder transmitir al Juez en forma clara los elementos del caso, el tema a tratar y la convicción y entusiasmo del abogado respecto a la posibilidad de ganarlo.

Hablamos de persuadir, pero debemos señalar algunas características del acto persuasivo, esto es, tener una comunicación efectiva y para ello hacer uso de un adecuado lenguaje y la naturaleza de las afirmaciones y de los razonamientos utilizados basados en la verdad⁵.

⁴ Andrés Baytelman A. y Mauricio Duce J., *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Fondo de Cultura Económica.

⁵ Raúl Cadena Lozano y Julián Herrera Calderón. *Cláusula de Exclusión y Argu-*

Constituye la primera ocasión para dar a conocer al tribunal los hechos y los antecedentes que los fundamentan de cada parte. Permite fijar en el Juez el tema de la Teoría del Caso y la visión de cada sujeto procesal. Permite ofrecer el punto de vista de cada parte, para la apreciación de la prueba y permite organizar tanto la información de las partes, como el relato para los jueces⁶.

3. ¿Qué contiene la declaración inicial?

La declaración inicial contiene todos los elementos de la Teoría del Caso. Una narración persuasiva de los hechos (*elemento fáctico*), los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinalmente la tesis (*elemento jurídico*) y las pruebas que lo demuestran y que se practicarán en el debate (*elemento probatorio*). Para comunicar efectivamente la Teoría del Caso es muy importante fijar desde el primer momento el tema de la misma y repetirlo varias veces durante la apertura⁷.

Ello nos conduce a que no podemos confundir la Teoría del Caso con el Alegato de Apertura o de Inicio, puesto que la Teoría del Caso no es sino la forma cómo cada uno de los sujetos pueden ver los hechos y esta Teoría del Caso se presentará en el Alegato de Apertura; ambos temas guardan relación pero no podemos hablar que se trate de lo mismo.

4. Estructura del alegato de inicio

Veamos ahora qué elementos deben tenerse en cuenta, desde el punto de vista estratégico, para estructurar un alegato de apertura, es decir, qué es lo que debemos tener en cuenta al momento de preparar un alegato de apertura.

El primer elemento clave al estructurar estratégicamente el alegato de apertura será situarnos en la cabeza de los jueces y entender que para ellos ésta es la primera actividad sistemática en la que conocerán el contenido del caso, esto es, la Teoría del Caso. Este es uno de los desafíos más importantes para el litigante en todas las actividades en juicio. En este contexto, un error común de los abogados en los alegatos de apertura es que lo hacen desde la imagen mental que ellos tienen el "expediente", y no desde las necesidades de información que tienen los jueces. Hablan como si el caso y sus detalles fueran conocidos por los jueces. Sin embargo, en un sistema que se toma en serio los principios de inmediación y contradicción, la información que conocen los jueces antes del caso es casi nula⁸.

Siendo esto así, es fundamental para los litigantes explicarles a los Jueces, en la versión más sencilla posible, en qué consiste el

mentación Jurídica en el Sistema Acusatorio, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá - Colombia, 2008.

⁶ Oscar Peña Gonzales, *Técnicas de Litigación Oral*, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 1 Edición, junio 2008, p. 164.

⁷ USAID. *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*., Segunda Edición, República de Colombia.

⁸ Andrés Baytelman A. y Mauricio Duce J., *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Fondo de Cultura Económica.

caso y cuál es la hoja de ruta para la prueba. En otras palabras, el mensaje que se ha de transmitir debe llegar de la manera más clara posible con la finalidad que el Juez lo pueda entender.

Bajo este orden de ideas, podemos señalar además que, una buena parte del éxito en la litigación en juicios orales dependerá de la capacidad que tengan los abogados de construir credibilidad para sus Teorías del Caso⁹ para las pruebas que presentan. Debe tenerse cuidado de evitar defectos en la litigación, puesto que estos harán que se pierda credibilidad, perjudicando todo el resto del juicio.

5. Aspectos específicos para estructurar un alegato de apertura

Lo cierto es que, no existe un formato o una sola estructura del alegato de apertura, como ya lo dijimos, esta dependerá de las particularidades del caso y de la formación y estilo del abogado. Sin embargo podemos encontrar algunos elementos demostrados por la experiencia y la práctica que permiten organizar un buen alegato de apertura.

Es completamente cierto que existe un conjunto de recomendaciones que es necesario revisar, las cuales deben ser consideradas por el abogado en el momento de estructurar el alegato inicial. Veamos algunas de estas sugerencias.

5.1 Presentación del Tema

Cuando presentamos nuestro Alegato de Inicio, no solo debemos enviar un mensaje claro al juzgador, sino que, debemos tener como objetivo claro llamar la atención de él, y una forma para poder hacerlo es a través de nuestra presentación del Tema.

El tema, es la síntesis de la Teoría del Caso que destaca sus características particulares; por tanto, antes que presentaciones distractoras y llenas de contenido abstracto o doctrinal, es conveniente desde el comienzo enviar el mensaje claro del tema sobre el que versa la Teoría del Caso⁹.

Hemos señalado que el Alegato de Inicio es el momento crucial del primer encuentro entre el Juez y la Defensa y este momento no debemos desaprovecharlo, debemos llamar la atención del Juez y una forma de hacerlo es cuando le decimos, en muy pocas palabras, el camino que tomará la defensa.

Pongamos un ejemplo, en el caso por el homicidio a doña Juana Valdivia, la defensa podría enunciar el tema así: "Señor Juez, este caso trata sobre una muerte por amor".

En pocas palabras le decimos al Juez que la muerte de doña Juana Valdivia no obedece a un homicidio, sino, tal vez a un suicidio. Esto permitirá llamar la atención del Juzgador, pero lo cierto es que en la práctica muy pocos abogados hacen una presentación del tema perdiendo con ello una muy buena oportunidad de persuadir al Juez y llamar su atención. Debemos tener en cuenta

⁹ USAID. *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, Segunda Edición, República de Colombia, marzo del 2009.

que, esta presentación del tema también dependerá mucho de la complejidad del caso que tengamos al frente.

5.2 Presentar hechos y no conclusiones

Al encontrarnos en la etapa de juzgamiento, ésta es una de actuación probatoria, a diferencia de la etapa de investigación que es una de obtención de la prueba y nos referimos haciendo una diferenciación entre ambas etapas en razón que se suele confundir el momento en que nos encontramos, y justamente en el momento preciso de la presentación del alegato de inicio en Juicio Oral se suele confundir y se cree que es el momento de la presentación de conclusiones, e incluso algunos se atreven a decir “esta probado”.

El alegato de apertura al ser una de las actividades iniciales del Juicio Oral, corresponde la presentación de los hechos, es más, el Código Procesal Penal lo establece al señalar que “el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación”, más no, refiere que el Abogado defensor tenga también que exponer los hechos, tan solo refiere que, “el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas”.

Pues, cierto es, que quien tiene la obligación de presentar los hechos es el Ministerio Público como titular de la acción penal, hechos sobre los cuales girará todo el debate probatorio y sobre los cuales el Juez tendrá que dictar una sentencia, sin embargo, la defensa tiene una labor diferente.

La defensa tiene un trabajo, en cambio, concreto frente a las deficiencias de la investigación o a hechos que desvirtúan la Teoría de la Fiscalía, por tanto su presentación no siempre es secuencial ni ordenada cronológicamente, sino por temas¹⁰.

Recordemos que, al momento de presentar el alegato de inicio, no se puede extraer conclusiones de la prueba que aún no se ha actuado en juicio, entonces, al no existir este caudal probatorio no hay lugar aún a la crítica de la prueba, de ser así, entonces, nos encontraríamos en el alegato final.

Quiero compartir con ustedes un ejemplo muy ilustrativo de la forma como debe el Ministerio Público presentar los hechos, ejemplo tomado justamente del Manual de Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano.

En el caso del homicidio de *Andrés Castro* la Fiscalía podrá presentar los testigos sobre la identidad del homicida, así.

La Fiscalía ha ofrecido como testigo a la señora *Gloria Dávila*, viuda del señor Castro, quien lo acompañaba en el momento de su muerte. La señora *Dávila* nos contará cómo sucedió el asalto a su tienda y luego el asesinato de don Andrés Castro, y cómo pudo observar cuando Carlos Patiño asesinó a su ser más querido.

¹⁰ USAID. *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*, Segunda Edición, República de Colombia, marzo del 2009.

La Fiscalía presentará los hechos que probará, concentrándose en los mismos, en la escena, la manera de ocurrencia y el centro de su teoría, y la identidad del asesino. No realiza ninguna inferencia, simplemente enumera los hechos a efectos de comprometerse a probar.

5.3 Presentación de los Fundamentos Jurídicos

El Abogado debe enunciar al Juez las disposiciones sustantivas (código Penal) y adjetivas (Código Procesal Penal) que fundamenta su Teoría del Caso. La Fiscalía deberá enunciar los juicios objetivos y subjetivos que disponen la teoría del delito y el cumplimiento de las condiciones probatorias necesarias para condenar¹¹.

Nuevamente compartimos un ejemplo presentado en el Manual General para Operadores Jurídicos en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano: En el Caso Patiño, el Fiscal bien puede afirmar que Carlos Patiño mató a Andrés Castro sin que mediara causal de ausencia de responsabilidad, y en forma dolosa, para facilitar la comisión del delito de robo.

En cambio, la defensa podrá enunciar los eximentes de responsabilidad, o con la enunciación de la falta de requisitos para que configuren los supuestos de la acusación. Podrá situarse en la violación de los derechos y garantías fundamentales o en cualquier referente jurídico que debidamente sustentado permita recogerlo al finalizar la audiencia.

5.4 La Conclusión

Cuando concluimos nuestro alegato de inicio, debemos concluir con un pedido claro y expreso y ello dependerá de la propuesta hecha al juez justamente en nuestro alegato de apertura. No debemos olvidar de este pedido, pues, el Juez debe saber qué le pide el abogado que declare o resuelva al finalizar la audiencia.

Esta petición debe ser concreta, clara y completa que debe fijarse en el Juez.

Si nos referimos al Fiscal, seguramente terminará pidiendo que, luego de la prueba actuada deba declarar a Juan Pérez responsable por la muerte de Andrea Valdivia y por lo tanto se le imponga una pena privativa de libertad. En igual condición se encontrará el Abogado de la defensa, puesto que al concluir su alegato de inicio deberá hacer un pedido expreso y claro que seguramente estará referido a que en su momento se pedirá la absolución de su patrocinado.

6. Técnicas para presentar un alegato inicial

Cuando elaboramos o estructuramos un alegato de apertura, surge un conjunto de recomendaciones y sugerencias que es necesario que revisemos, sugerencias que deben ser tomadas en cuenta por el Abogado Defensor, a continuación revisaremos estos

¹¹ USAID, *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*, Segunda Edición, Colombia, 2009.

aspectos o sugerencias y que nos ayudará a persuadir a un Juez.

6.1 Prepare un esquema de la declaración, no un guión para leer

Hagamos recuerdo que uno de los principios que reina en el Juzgamiento es la oralidad, y la oralidad no consiste en dar lectura a un alegato escrito, sino que, es necesario realizar un bosquejo del alegato. Con este esquema, el abogado podrá conocer los pasos que dará en la presentación, repasará la secuencia y el tiempo de cada parte, y podrá sortear ordenada y eficientemente la presentación. El bosquejo es una ayuda para el alegato, pero no lo sustituye ni lo soporta para que realice una lectura. El bosquejo es una indicación, no un guión¹².

Ciertamente el Abogado Defensor debe contar con habilidades y destrezas para la persuasión y estas habilidades y destrezas son básicamente son aquellas que le permitirán utilizar la comunicación como un medio efectivo de persuasión. No olvidemos que cada uno de los sujetos buscará convencer al Juez y justamente para ello el Abogado defensor debe preparar el caso adecuada y convenientemente y al presentar el Alegato de Inicio, éste no debe ser leído, el dar una mera lectura de éste, hará ver al Juez que no hemos preparado el caso y podremos conseguir el objeto de persuadir.

6.2 No haga promesas que no cumplirá

Reiteramos que una buena parte del éxito en la litigación en juicios orales dependerá de la capacidad que tengan los abogados de construir credibilidad para sus Teorías del Caso, para las pruebas que presentan e incluso de ellos mismos como litigantes profesionales y confiables¹³.

Entonces, el Abogado debe tener especial cuidado en no exagerar el mérito de sus pruebas, esto es, Todo lo que se enuncia en el Alegato de Inicio debe probarse, porque toda promesa incumplida lo tomará el contradictor como un motivo de ataque durante la actuación de las pruebas, y lo más importante es que perdemos credibilidad ante el Juez.

A la audiencia no se llega a aventurar, a investigar o a esperar que el caso se falle a favor con la sola habilidad o la suerte, o las debilidades del oponente. Por eso, en la planeación y construcción de la Teoría del Caso, debe precisar cada hecho relevante en relación con cada medio de convicción o prueba, para saber de antemano si se podrá enunciar para ser probado o deberá, antes de iniciarse el juicio, replantearse la Teoría del Caso¹⁴.

Creo que es necesario traer a este tema un buen ejemplo, el

¹² USAID, *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*, Segunda Edición, Colombia, 2009.

¹³ Andrés Baytelman A. y Mauricio Duce J., *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, Fondo de Cultura Económica.

¹⁴ USAID, *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*, Segunda Edición, Colombia, 2009.

cual recuerdo mucho cuando nos preparábamos para la Reforma del Proceso Penal, y es el de la Técnica “del vendedor de autos usados” de prometer maravillas, no es conveniente ni útil para buscar en el Juez que éste nos crea.

Ahora bien, la presentación no debe abundar en detalles, ya que puede generar que nuestro Alegato de Inicio sea poco atractivo para los jueces, tal vez, largo y aburrido y por consiguiente que ellos pierdan la atención de los puntos centrales e importantes de nuestro Alegato.

6.3 Nada de Opiniones Personales

El Alegato de Inicio debe expresar un conocimiento y convencimiento pleno sobre la Teoría del Caso. Este Alegato no debe verse contaminado con opiniones personales del litigante. En los alegatos hay que ser afirmativos y la incorporación de opiniones personales del abogado le quita credibilidad y fuerza al planteamiento.

Un ejemplo de lo antes expresado sería este: “En mi opinión se estaría cometiendo una gran injusticia si se condena a mi cliente; él es incapaz de cometer un crimen como el que se le acusa, y es también mi opinión que la investigación del fiscal fue defectuosa y poco profesional”.

Las opiniones personales demuestran lo que el abogado piensa desde una perspectiva subjetiva y no persuasiva ni real. El Juez que observa no asume la presentación como la realidad de los hechos, sino apenas como una versión sobre la que el abogado da su criterio al opinar. La Psicología de la percepción obliga a que la presentación ante el Juez sea asertiva y objetiva¹⁵.

6.4 Maneje bien el tiempo

Soy reiterativo que un alegato de Inicio debe ser preparado y ello implica conocer de antemano cuánto demorará la presentación, concentrándose en la atención del Juez.

Regresemos un poco a nuestro Código Procesal Penal, y cuando habla éste sobre los alegatos de apertura, pues, no señala o indica el tiempo que el Abogado defensor tiene para presentar este Alegato de Apertura, y no hay tiempo establecido, menos el juez indicará cuánto será el tiempo que uno debe tener para presentarlo.

Lo mejor es preparar el alegato centrado en lo fundamental y ensayar el mismo contabilizando el tiempo de exposición. Ello también demostrará al Juez que hemos preparado muy bien el caso y vamos por buen camino para poder persuadirlo.

Lo cierto es que, la exposición del alegato de Apertura debe ser muy breve y ello por una sencilla razón, porque los jueces tienen una capacidad de atención y concentración limitada (como todos los seres humanos) y que, por lo mismo, lo que excede de dicha capacidad de atención se desperdicia. El Abogado debe estar alerta

¹⁵ USAID, Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual para Operadores Jurídicos, Segunda Edición, Colombia, 2009.

para evaluar esta situación¹⁶.

Debe tenerse presente que, para el Juez o Jueces que no conoce el caso, atiborrarlo de información al inicio puede oscurecer más que iluminar, porque el exceso de información puede traducirse en confusión y no necesariamente en más elementos para la comprensión del caso.

Considero que el mejor Alegato de Apertura es aquel que se presenta en un tiempo breve y que pueda causar impacto en el Juez, pero, ello también estará relacionado a la complejidad del caso, pero, no es impedimento para presentar un Alegato de Apertura breve, claro y que pueda impresionar al Juez.

6.5 Utilice ayudas audiovisuales

La percepción visual es mejor que la exclusivamente auditiva. El apoyo audiovisual permite crear imágenes que determinan síntesis, recrean los hechos y permiten un mejor nivel de persuasión. En casos complejos evita que la declaración inicial se prolongue demasiado porque se utilizan para resumir los hechos y condensar las pruebas.

Es importante nunca dejar de lado que por muy buena que sea la ayuda, es sólo una ayuda y no sustituye al abogado ni su presentación, ya que si lo hace, genera el efecto contrario: distraer.

En el uso de la ayuda es importante tener en cuenta que debe contener un mensaje claro para el juez, es decir, no es apoyo o guía para el abogado¹⁷.

6.6 Maneje un buen Nivel de Comunicación

Es conveniente que el abogado hable en voz alta, clara y segura, haciendo contacto visual con el Juez mientras le habla. Lo mejor es usar su propio estilo de oratoria, pero siempre en un lenguaje cotidiano, no rebuscado, siendo breve y conciso, y exponiendo los hechos de manera organizada y lógica.

7. Síntesis

Una buena declaración inicial debe:

- En la introducción, reflejar con claridad la esencia de la teoría del caso de la parte.

- Verse claramente cuáles son los hechos y las pruebas desde el punto de vista del papel que representa.

- La presentación debe ser persuasiva pero sin caer en argumentaciones.

- En el papel de la defensa se debe humanizar al cliente. En el papel de la Fiscalía se debe ver claramente la relación del acusado con los hechos.

- Si se utilizan ayudas audiovisuales, las mismas deben cumplir el propósito de llevar un mensaje más eficiente al juzgador.

¹⁶ André Baytelman A. y Mauricio Duce J., *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Fondo de Cultura Económica.

¹⁷ USAID, *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombia* no, Manual General para Operadores Jurídicos, Segunda Edición, Colombia, 2009.

LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO Y SENTENCIAS ABSOLUTORIAS EN LOS PROCESOS PENALES RESPECTO A LA PRETENSIÓN CIVIL

Javier Cornejo Portocarrero

1. Introducción

Dentro de los procesos penales que finalizan con autos de sobreseimiento¹ o con sentencias absolutorias², la ausencia de motivación suficiente respecto a la pretensión civil incoada por la parte agraviada debidamente constituida en actor o, en su defecto, por el Ministerio Público³, resulta bastante recurrente.

Fenómeno que, por más improbable que parezca, se puede advertir también en las propias sentencias condenatorias en las que el hecho punible se acredita y, por tanto, se impone una pena que, por mandato legal sustantivo⁴, debe determinarse conjuntamente con una reparación civil.

En ambos supuestos se advierte la falta de motivación suficientemente respecto a las razones por las que se debe amparar o desestimar la pretensión civil.

¹ Resoluciones judiciales emitidas en etapa intermedia conforme a las causales señaladas en los 4 literales del numeral 2 del art. 344 del Código Procesal Penal. No se realiza valoración probatoria.

² Resoluciones judiciales expedidas en Juicio Oral, luego del despliegue de la actividad probatoria propuestas por las partes procesales.

³ Muchas de las veces, no solamente se evidencia la ausencia de motivación suficiente al respecto sino, incluso y mucho peor, la falta de pronunciamiento al respecto. Pero ese será un tema tratado en otro lugar.

⁴ Artículo 92 de nuestro Código Penal vigente.

En el caso de sentencias condenatorias, no basta recurrir a la obviedad del citado artículo 92° de nuestro Código Penal, sino, qué duda cabe, expresar las razones de hecho y de derecho que llevan a concluir al Juez Penal que el hecho típico, antijurídico y culpable⁵ es, además, generador de responsabilidad civil.

Sin embargo, es el primer supuesto, referido a la necesidad de motivar suficientemente la fundabilidad o rechazo de la pretensión civil en sentencias absolutorias o autos de sobreseimiento, el que nos convoca en el presente trabajo.

Ya sea que el Juez ha decidido sobreseer el caso o absolver al acusado y, continuando con su razonamiento, desestimar la pretensión civil o, ya sea que, a pesar de archivar la causa o declarar inocente al procesado, el Juez considere que debe amparar la pretensión civil, ésta requiere, en ambos casos, motivación suficiente respecto a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual⁶ expuesta por la parte legitimada.

Entendemos que si el Juez Penal dicta auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria y considera que tampoco existe responsabilidad civil, esto deberá ser debidamente motivado en la resolución expedida. Bastará precisar que el hecho imputado, además de no cumplir con alguno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, de no ser un hecho antijurídico ni culpable, no consume los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

El problema que advertimos y que nos convoca, se presenta cuando el numeral 3 del artículo 12 de nuestro vigente Código Procesal Penal, faculta al Juez a pronunciarse sobre la reparación civil pese a haber decidido sobreseer o absolver. En este supuesto, se presume que el Juez ha comprendido que se ha postulado buenamente o se ha acreditado suficientemente la responsabilidad civil del imputado o acusado.

Pero para lograr postular o acreditar la pretensión del actor civil en el proceso penal necesitamos recurrir a parámetros o lineamientos concretos. Recordemos que se busca ordenar el pago de una reparación civil en una causa que, luego de haberse dilatado y, muchas veces enredado, en una larga y gravosa investigación ha sido sobreseída o que, peor aún, luego de dicha investigación, el ciudadano es acusado por el Ministerio Público, sometido a un juicio oral público⁷ y, finalmente, encontrado inocente de los cargos penales imputados.

Al ciudadano común, con mucho de lógica en su deducción,

⁵ Un gran sector agregaría, además, *punible*. Cuestión dogmática que también será importante determinar en otro momento. Baste señalar, por el momento, que la constatación de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad del hecho ya permite afirmar la existencia de un delito. Y un delito es, por regla general, punible, aunque excepcionalmente se requiera de algunos requisitos adicionales que no se pueden reconducir a las tradicionales tres categorías del delito.

⁶ La responsabilidad civil derivada del hecho punible, como quedará expuesto, es, sencillamente, una de naturaleza extracontractual y no una sub categoría de ésta.

⁷ Y vergonzoso para ciudadanos decentes.

le puede parecer un absurdo que ese mismo Juez que ha sobreseído su causa o que lo ha declarado absuelto de los delitos que la Fiscalía le atribuyó durante el proceso penal, le ordene pagar una reparación civil al otro ciudadano, persona jurídica o entidad pública agraviada.

2. La raíz de la cuestión

Bajo la aplicación del Antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940 no existía mayor controversia en determinar conjuntamente con la pena un monto de reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados al agraviado con la comisión del delito. *Contrariu sensu*, si el Juez Penal del proceso sumario o si los Vocales Superiores de la Sala Penal del proceso ordinario, estimaban que debía expedirse una sentencia absolutoria, no emitían pronunciamiento alguno respecto al pago de la reparación civil.

Esto queda claro al revisar el artículo 276 del mencionado Código de 1940, cuando prescribe que la parte civil podrá esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos⁸ que originan la responsabilidad. De la misma forma, los artículos 284 y 285 del acotado precisaban expresamente el contenido de las sentencias absolutorias y condenatorias, respectivamente. Sólo en éstas últimas nuestro legislador ordenaba que se señale monto de reparación civil, su beneficiado y los obligados. Siempre en concordancia con el art. 92 de nuestro Código Penal, vigente, recordemos, desde el 03 de abril de 1991⁹.

Esta situación llevó a que no haya mayor cuestionamiento, ni práctico ni académico, sobre la posibilidad de que una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento declaren fundada una pretensión civil.

Sin embargo, uno de los mayores aportes del actual Código Procesal Penal de 2004 es el referido a que una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda, conforme lo señala el ya mencionado artículo 12, numeral 3. En ésta norma encontramos la raíz de la falta de lineamientos concretos que le permitan al Juzgado Penal ordenar el pago de una reparación civil pese a haber emitido un auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

Consideramos que, la dicha norma, resulta ser la cepa del problema pues, no solamente es una innovación de nuestro legislador de 2004 con poca raigambre jurisdiccional, como quedó señalado en los tres primeros párrafos de éste subtítulo, sino,

⁸ Queda claro, que el pronunciamiento respecto a la reparación civil, tanto para su defensa técnica, como para la Magistratura obedecía a que, previamente, se demuestre que los hechos sean delictivos. Premisa diferente la que se viene aplicando con el Código adjetivo de 2004.

⁹ Nuestro Código Penal de 1924 también contenía disposiciones al respecto coincidentes con la necesidad de imponer una pena para recién optar con señalar una reparación civil.

además, ha llevado a innumerables interpretaciones que, tal vez, hagan necesario se realice, sobre el tema, uno de los aportes más pragmáticos para la unificación de la doctrina jurisprudencial en nuestro país, como son los Plenos Jurisdiccionales de las Salas Penales de la Corte Suprema que, para el caso, complementa el Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116¹⁰.

3. Alcances de la aplicación del artículo 12.3 del código procesal penal

La acumulación de pretensiones

Por ésta norma advertimos que las reglas de juego sobre la reparación civil en el proceso penal, han cambiado. Nos deja claro que el órgano jurisdiccional sí tiene facultades para amparar una pretensión civil a pesar de considerar que un ciudadano acusado es inocente o no se configuran los elementos típicos del delito en el respectivo Requerimiento de Acusación¹¹.

Sin embargo, pese a tal consenso, la norma en cuestión mantiene una frase heredera del artículo 276 del Código de 1940, la prescripción de que el pronunciamiento sobre la reparación civil se encuentre condicionado a que se haya verificado el hecho punible. Sin embargo, tal precepto no resiste mayor lógica cuando las líneas precedentes del artículo 12, apartado 3, señalan que dicho pronunciamiento está permitido en una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento que, evidentemente, pueden concluir que el hecho no es delictuoso pero sí genera daño al agraviado.

Aparente contradicción que, desde nuestro entender, no es tal, sino un rezago del antiguo paradigma que ya no es de recibo en la comunidad jurídica.

Sin embargo, algún sector de nuestra jurisprudencia, aún no se aleja completamente de dicho rezago, sino ha de revisarse el Recurso de Nulidad núm. 2777-2012, Lima, cuando en su punto 2.3.1 nos señala que la reparación civil es aquella institución que implica el resarcimiento por los daños y la indemnización de perjuicios causados, *la cual está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito ha generado a la parte agraviada.*

Para evitar cualquier ilusoria contradicción, creemos que hay que recurrir a una interpretación sistemática y teleológica del art. 12.3 que ya vino dada por el ya citado Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116. En su fundamento siete se señala que cuando una causa se sobresee o cuando se absuelve al acusado, la Jurisdicción no necesariamente debe renunciar a emitir pronunciamiento respecto al

¹⁰ Referido únicamente a los requisitos, oportunidad y forma de la constitución del actor civil, pero que ya nos da luces sobre la pretensión civil.

¹¹ Véase la sentencia de segunda instancia expedida por la Sala Penal de Apelaciones especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de Lima, recaída en el Expediente núm. 115-2011-6-1826-JR-PE-01 del 24 de julio de 2012. Director de debates Dr. Ramiro Salinas Siccha. O la sentencia de vista núm. 09-2010 de fecha 16 de diciembre de 2010 que pertenece al Expediente núm. 700-2009-52-0401-JR-03 expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa. Director de debates Dr. Hector Huanca Apaza.

daño si éste se ha producido como consecuencia no del hecho punible sino del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando éste hecho no puede ser calificado como infracción penal pero sí como ilícito.

Es decir, no es lo mismo hablar del hecho punible que del hecho objeto del proceso pues mientras aquel deriva de una infracción penal, éste, procede, mas bien, de un hecho ilícito.

En buena cuenta, el hecho objeto de la causa viene determinado, por un lado, por el hecho punible cuya configuración resulta indispensable para acreditar la pretensión penal del Ministerio Público y, por otro lado, por el hecho ilícito, necesario para sostener la pretensión civil del agraviado constituido en actor civil. Revisemos, sino, los fundamentos ocho y diez del mencionado Acuerdo Plenario que ya nos mencionan que bajo el Principio de Economía procesal, nuestro legislador de 2004, permite la acumulación heterogénea de pretensiones, una penal y otra resarcitoria de naturaleza civil¹².

El órgano jurisdiccional competente

Ahora bien, una postura que resulta bastante atractiva para mantener el antiguo paradigma de imponer una reparación civil solo si previamente se ha aplicado una pena, resulta aquella que defiende el Profesor de la Universidad Nacional de Trujillo, Luis Gustavo Guillermo Bringas.

Nos explica que nuestro legislador permite condenar el pago de una reparación civil desvinculado del delito siempre y cuando no sea el mismo Juez el que emita tal pronunciamiento. Es decir, una vez nuestro Magistrado Penal emita un auto de sobresiimiento o una sentencia absolutoria, el agraviado, constituido ya en actor civil, con base en el apartado tres del artículo doce del Código Adjetivo de 2004, podrá recurrir al Órgano Jurisdiccional Civil para demandar la indemnización por daños y perjuicios si lo considera pertinente.

Nos señala que no le podrá ser oponible la excepción de cosa juzgada, en vista que su pretensión civil no ha sido desestimada, sino que al no existir pena, no puede haber pronunciamiento respecto al pago de la reparación civil, ello por mandato del artículo 92 del código sustantivo¹³.

Al respecto, no compartimos la explicación del referido profesor básicamente debido al espíritu de la norma bajo comentario, tal y como ya quedó señalado en párrafos anteriores, ya que nuestra Corte Suprema ha señalado que es por una aplicación concreta del Principio de Economía procesal que nuestro legislador de

¹² Fernando Iberico Castañeda, *La Constitución del actor civil como parte en el Proceso Penal del 2004: Requisitos, forma y oportunidad*, en *Gaceta Jurídica*, núm. 29, Lima Noviembre 2011, pp. 191.

¹³ Luis Gustavo Guillermo Bringas, *Aspectos Fundamentales del Resarcimiento económico del daño causado por el delito*, pp. 3 y 4, en http://ilecip.org/site/foto/files/PDF/ilecip_Rev_004-02.pdf. Web consultada el 21 de setiembre de 2015 a horas 19:43.

2004, ha permitido la acumulación heterogénea de la pretensión civil y penal dentro del proceso criminal.

El esfuerzo del legislador de plasmar en el numeral 3 del artículo 12 el dichoso Principio de Economía Procesal, no se vería satisfecho si luego de una larga investigación preparatoria y serias dilaciones dentro de la etapa intermedia o, peor aún, luego de un siempre complicado juicio oral, el Juez Penal sobresee la causa o absuelve al acusado sin evaluar la procedencia de amparar el pedido de reparación civil y, generando un mayor desgaste de la jurisdicción, se tenga que recurrir al órgano jurisdiccional civil para iniciar otro largo proceso judicial civil con sus etapas postulatória, probatoria y decisoria, con sus primeras y segundas instancias¹⁴.

Sin perjuicio de lo señalado, otro argumento razonable en contra de la postura del Profesor Guillermo Bringas es el impedimento señalado en el artículo 106 del Código adjetivo al proscribir la posibilidad de acudir a la vía extrapenal del agraviado que se constituye en actor civil a quien, una vez constituido en parte y hasta antes de la acusación¹⁵, le está vedada la presentación de una demanda indemnizatoria en la vía extrapenal.

Además, recordemos que nuestro Código Procesal de 2004 permite la imposición de medidas cautelares de corte patrimonialista que, siguiendo la postura de Profesor Guillermo, se tendrían que dejar sin efecto, anularlas o, en el mejor de los casos, remitir como anexos de la nueva demanda civil. Es más, en el supuesto de terceros civilmente responsables incorporados al proceso penal o de casos de responsabilidad civil objetiva consagrados en el artículo 1969 del Código Civil, si seguimos esta postura, el actor civil que soporta una sentencia absolutoria no tendría más remedio que recurrir al Juzgado Civil a repetir los mismos argumentos esbozados durante el Juicio que, dicho sea de paso, el tercero civil tendría que, también, soportar. A nuestro criterio, estos ejemplos grafican que la postura examinada en nada apoya al trascendental Principio de Economía Procesal.

Cuando proceda

Ahora bien, recordemos que hemos venido sosteniendo que no es necesario establecer una pena para recién condenar el pago de una reparación civil y que el Juez Penal sí se encuentra facultado para amparar la pretensión civil a pesar de emitir un auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

Entonces, ahora empieza la parte más enriquecedora del debate, a saber, en qué casos o bajo qué lineamientos se puede fijar un monto de reparación civil pese a emitir sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. Es decir a qué se refiere nuestro legislador

¹⁴ Importante también resulta resaltar el papel que juega la víctima en el proceso penal, sus carencias económicas, sociales, de conocimientos legales y la revictimización, entre otros aspectos a tener en cuenta para defender la acumulación heterogénea de pretensiones por encima del art. 92 del Código Penal.

¹⁵ Único momento hasta el que puede desistirse de su constitución en parte.

con la frase *cuando proceda* del artículo 12.3 del Código Penal.

La pretensión civil, tramitada dentro del proceso penal, *procede* cuando se configuran copulativamente sus 4 elementos: el hecho antijurídico, el daño cierto, la relación de causalidad y los factores de atribución¹⁶. Nada más.

Nos explicamos, ni la Formalización de la Investigación Preparatoria, ni el Requerimiento Acusatorio garantizan la culpabilidad del procesado. Un agraviado, consciente de ésta realidad y del Principio de Economía Procesal, debe saber introducir en su demanda de Constitución en Actor Civil y en su absolucón de traslado del Requerimiento Acusatorio, los fácticos y las pruebas que acrediten su derecho resarcitorio. Es decir, sin desviarse un milímetro de la imputación sustancial que realiza el Ministerio Público al procesado, el agraviado debe presentar su pretensión de acuerdo a los 4 elementos de la reparación civil. Si este agraviado no lo realiza eficientemente, el Juez Penal deberá no solo archivar o absolver, sino declarar infundada la pretensión civil pero si, por el contrario, lo realiza adecuadamente, el Juez no tendrá mejor acierto que pronunciarse sobre la misma a pesar del sobreseimiento o absolucón.

La labor de quienes apoyamos el nuevo paradigma consiste en garantizar el derecho resarcitorio del agraviado dentro del proceso penal sin la necesidad de tener que recurrir a otra vía procesal, siempre y cuando este derecho se encuentra debida y oportunamente, fáctica y probatoriamente sustentado.

La antijuridicidad del hecho

En dicho sentido, para que un Juez condene al pago de una reparación civil pese a haber sobreseído el caso o absuelto al acusado, deberá, en primer lugar, establecer que el hecho objeto de la causa es uno antijurídico o ilícito. Es decir, que no existe norma permisiva en todo nuestro ordenamiento jurídico respecto a la conducta atribuida.

Punto neurálgico y que despierta la más notoria discrepancia entre el nuevo y el antiguo paradigma es la afirmación categórica de que para determinar la existencia de responsabilidad civil dentro de un proceso penal no es necesario que el hecho sea típico sino antijurídico. Recordemos que para pensar remotamente en la posibilidad de una reparación civil a través de un auto de sobreseimiento, mínimamente debemos estar dentro de un proceso penal que ya cuenta con una Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria¹⁷. Es decir, para el Ministerio Público, ya existen indicios reveladores de la existencia del hecho delictivo

¹⁶ Lizardo Taboada Córdova, *Elementos de Responsabilidad Civil*. Grijley, Lima, 2001, pp. 27-33.

¹⁷ En la sub etapa de diligencias preliminares, con una mera sospecha de la comisión de un hecho en la que se realizan actos de investigación urgentes para recién determinar si el hecho delictivo ha tenido lugar y la individualización del autor, propiamente no existe imputación contra una persona y, por tanto, es impensable, pretender una reparación civil.

y de la individualización del imputado. Dicho de otro modo, no puede formalizarse una investigación si el Fiscal no tiene indicios de que el hecho investigado se subsume dentro de algún tipo penal y cada uno de sus elementos típicos.

En esta misma línea, el Ministerio Público seguirá partiendo de la premisa referente a la tipicidad del hecho objeto de la causa, pero esta vez, con grado ya no de indicios, sino de certeza positiva, al momento que decide emitir un Requerimiento acusatorio.

Ahora bien, sea ya que la Fiscalía requirió el sobreseimiento y el Juez de Investigación Preparatoria la amparó, sea ya que el Fiscal emite un requerimiento de acusación y el dicho Juez la desampara y declara —a instancia de la defensa o de oficio— el sobreseimiento de la causa o sea que el Juez de Investigación Preparatoria ampara la acusación del Fiscal y remite la causa al Juzgado de Juzgamiento competente y éste emite una sentencia absolutoria, luego de la actuación probatoria correspondiente, el agraviado debidamente constituido en actor civil deberá instar el pronunciamiento de ese mismo Juez —de Investigación Preparatoria o de Juzgamiento— respecto a su pretensión civil basando su posición no en la tipicidad del hecho objeto de la causa, sino en su ilicitud.

Se debe evaluar si la conducta atribuida se encuentra permitida por normas extrapenales o por el propio artículo 20 del Código Penal de 1991 o si, por el contrario, la conducta atribuida contraviene el orden jurídico.

Vamos con los ejemplos. Se absuelve a un funcionario o servidor público por delito de peculado doloso —sin posibilidad ya de recalificación por culposo— pues no existen suficientes pruebas para acreditar el elemento típico *apropiación* ya que si bien se han sustraído caudales del Estado, no existen pruebas de apoderamiento físico y disposición de los referidos caudales y, por tanto, para desvirtuar el Principio de Presunción de Inocencia. Sin embargo, en el plenario si se ha acreditado la relación funcional de custodia entre el acusado y los caudales sustraídos, conforme a los manuales de organización y funciones o directivas de la entidad agraviada.

Esta situación permite concluir que la conducta es atípica pero no antijurídica y, por lo tanto, ya se configura el primer elemento de la responsabilidad civil. Creemos que sería deber del actor civil, en el ejemplo puesto, empezar a sustentar su posición en que el funcionario ha contravenido normas que regulan sus deberes funcionales, no necesariamente en la tipicidad del hecho.

Otro ejemplo sería el caso del funcionario o servidor público absuelto por delito de negociación incompatible a quien no se le ha probado el elemento típico *interés propio o de tercero* ya que no se ha demostrado el beneficio propio o de tercero en la celebración de un contrato de Asociación en Participación entre la empresa que administra judicialmente y otra por la que se entregaba a ésta, en comodato, los bienes de la administrada. Operación que se ocultó al directorio y a la Junta General de accionistas.

De igual manera que en el caso anterior, se puede concluir que la conducta es atípica pero no antijurídica y, por lo tanto, ya se alinea el primer elemento de la responsabilidad civil. El actor civil, en éste ejemplo, debe empezar a sustentar su posición en que el funcionario ha contravenido normas que regulan sus deberes funcionales recogidas en el artículo 671, numeral 8 en concordancia con el artículo 190, numeral 3 de la Ley General de Sociedades N° 26887.

El daño ocasionado

En segundo término, para que un Juez condene al pago de una reparación civil pese a haber sobreseído el caso o absuelto al acusado, deberá establecer que el hecho objeto de la causa además de antijurídico ha causado un daño o perjuicio concreto al agraviado. Más allá del nacimiento del daño en un hecho antijurídico, es claro para la comunidad jurídica que éste hecho tiene que ser causante de un daño determinado a otra persona. En buena cuenta, no nace la responsabilidad civil en el delito, sino en el hecho antijurídico dañoso¹⁸.

Fácil resulta determinar este elemento si del plenario o, de los elementos de convicción propuestos, se verifica un menoscabo patrimonial para el agraviado. Recordemos que dicha disminución patrimonial es un integrante del elemento daño, conocido como daño emergente. Bastará acreditar éste integrante para solicitar el pago de una reparación civil, pero no nos olvidemos que, además del daño emergente, se cuenta con dos elementos más, el lucro cesante, entendido como la efectiva ganancia frustrada y el daño a la persona.

En los ejemplos puestos bastará acreditar o postular —dependiendo de si el caso está en juicio o en etapa intermedia, respectivamente— la sustracción de los caudales en el primer caso y el perjuicio a la empresa en el segundo, además de la ganancia dejada de percibir en la empresa agraviada con el delito de Negociación Incompatible¹⁹, y, en ambos casos, el perjuicio a la imagen institucional.

Recordemos que en los casos en los que el Estado es la parte agraviada, específicamente en aquellos procesos en los que se imputa la comisión de un delito de corrupción de funcionarios, el daño a la persona pasa por demostrar la vulneración de la imagen de la entidad. Es decir, como parte de la Administración Pública, se debe alegar y acreditar que el daño a la imagen pasa por vulnerar un perfil intachable y de corrección moral ante la comunidad en general. El actuar desleal del investigado o acusado, menoscaba la reputación de la entidad directamente ofendida, frente a la sociedad²⁰.

¹⁸ Luis Gustavo Guillermo Bringas, *La Reparación Civil en el Proceso Penal. Aspectos sustantivos y procesales (con especial énfasis en el nuevo Código Procesal Penal)*, Instituto Pacífico, Lima, pp. 32-33.

¹⁹ Defendemos la postura de que una entidad pública —salvo aquellas sociedades de economía mixta— no puede reclamar indemnización por concepto de lucro cesante ya que el Estado no tiene como objetivo lucrar.

²⁰ Véase el Primer informe de gestión de la Procuraduría Anticorrupción. publi-

La relación de causalidad

El tercer elemento de la responsabilidad civil, para condenar el pago de una reparación civil una vez absuelto el acusado o sobreseído el proceso y luego de verificado que el hecho ha sido realizado en contravención a nuestro ordenamiento jurídico y que existe un daño concreto, resulta la relación jurídica de causa a efecto entre la conducta y el daño ocasionado.

Nuestro ordenamiento consagra la teoría de la causa adecuada, señalada por el artículo 1985 de nuestro vigente Código Civil, por el cual la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión que genera el daño, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

En los ejemplos puestos, se deberá verificar si las conductas han contribuido suficientemente a la producción del daño y que no se hayan derivado de un caso fortuito, por fuerza mayor o por el propio hecho de la víctima o de tercero.

Sobre éste último supuesto, resulta inaceptable que se emita sentencia absolutoria, por ejemplo, por delito de homicidio culposo al verificarse una autopuesta en peligro de la propia víctima y, a la vez, se condene al pago de una reparación civil, pues el presupuesto para la autopuesta en peligro —aplicable a la pretensión penal— resulta el mismo que el de una ruptura de nexo causal por hecho de la propia víctima. Diferente sería el caso de quien es absuelto por el referido delito debido a que se verificó que no ha inobservado ningún artículo del reglamento de tránsito pero se ha comprobado la muerte de la víctima. En éste supuesto, si bien existe ruptura de nexo causal, resulta aplicable una indemnización por manejo de bien riesgoso o peligroso, aquello que se conoce como responsabilidad objetiva, en la que solo se debe probar si la conducta es peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna responsabilidad.

El factor de atribución

Finalmente, el Juez Penal deberá verificar la concurrencia del último elemento de la responsabilidad civil, esto es, la culpa y el riesgo creado, clasificado en dolo, culpa y riesgo creado, conforme lo señalado por los artículos 1969 y 1970 de nuestro Código Civil.

En los ejemplos citados, ambos funcionarios habrían actuado con culpa —en sentido genérico, pues en el Derecho de Daños no se hace la distinción, clásica del Derecho Penal, entre culpa y dolo— al haber permitido que los caudales del Estado sean sustraído por algún tercero y al no haber puesto en conocimiento del directorio y de la Junta General de accionistas el Contrato de Asociación en Participación que celebró.

cado en el libro *Lucha contra la Corrupción en el Perú* El modelo Peruano «La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción de fecha diciembre del 2012 publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

INTERVENCIONES DE MEJORA GENÉTICA EN SERES HUMANOS

Claudia Lizbeth Flores Fuentes

La ingeniería genética avanza de modo inexorable, planteando desafíos difíciles para la ética y el derecho. El acceso cada vez más preciso a la información genética y el consecuente desarrollo de las biotecnologías durante los últimos tiempos, ha traído consigo una serie de acontecimientos otrora considerados imposibles, brindando al ser humano posibilidades extraordinariamente cautivadoras que importan una promesa y un problema; aquella, manifestada desde la posibilidad de tratar y prevenir un gran número de enfermedades —muchas hasta hoy incurables¹—, hasta lograr el pleno desarrollo y bienestar de las personas; éste, traducido en el peligro de una eventual manipulación de la naturaleza humana. Evidentemente lo que unos contemplan con estupor, otros consideran a todas luces una conquista histórica² del ser humano.

En este contexto, un cariz de las manipulaciones genéticas está enmarcado en aquellas cuyo fin sea el «mejoramiento» —entendido como aquel estadio que va más allá del normal estado

¹ A mayor abundamiento sobre estos temas, véase, Carmen Ayuso/Isabel Lorda/Ma José Trujillo, *Detección y estudio de anomalías genéticas en adultos*; en AA.VV., *Medicina Genética del Siglo XXI. Consideraciones científicas, éticas y legales*, Fernando Abellán/Javier Sánchez Caro (Coords.), Comares, Madrid, Granada, 2009.

² En esta línea, la invención de la escritura, por ejemplo, constituyó una mejora importante de nuestros poderes cognitivos. Allen Buchanan: *Beyond humanity? The ethics of biomedical enhancement*, Oxford, Oxford University Press, p. xi; en Francisco Javier López Frías, *Aclaraciones sobre la mejora humana*, Daimon, Revista Internacional de Filosofía, núm. 62, 2014, p. 8; disponible en: <http://dx.doi.org/10.6018/daimon/163861>, consultado el 20 de mayo de 2014.

de salud— de los seres humanos, praxis que se viene avizorando en nuestro país y en el mundo. Preciso es acotar que el Perú se encuentra legislativamente en ciernes en materia de derecho genético, bastando con rememorar que fue hasta el 2002 que se introdujo el Título XIV-A, Delitos contra la humanidad —Capítulo V, Delitos de manipulación genética— en el Código Penal³ que consta de un solo artículo, que no ha merecido adición o modificación hasta la actualidad; ergo, tampoco es vasta la bibliografía nacional al respecto⁴. Este tratamiento, no del todo acertado, intenta reprimir a grandes rasgos los delitos de manipulación genética. En particular, las intervenciones genéticas de mejora no han merecido la atención del legislador, como tantas otras cuestiones que emergen de este campo concreto y que van de la mano con la tecnología⁵. Esta falencia no se debe acaso a la prudencia del legislador en la materia, pues son contados los Congresos o Foros de Derecho Genético que se han realizado en nuestro país⁶; avala lo expuesto, además, la harto conocida volatilidad del Parlamento al momento de legislar, lo que ha generado la sobreproducción de normas legales, muchas de ellas dictadas en pleno auge popular⁷. Podría argüirse en favor que la falta de tratamiento obedece

³ Así, la Ley núm. 27636 incorporó al Código Penal peruano el Título XIV-A, Delitos contra la humanidad Capítulo V, referido a los «Delitos de manipulación genética», Diario Oficial *El Peruano*, miércoles 16 de enero de 2002, p. 215701.

⁴ Véase, Enrique Varsi Rospigliosi, *Derecho y manipulación genética*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1996; del mismo autor, *Derecho Genético*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2001; Clara Mosquera Vásquez, *Derecho y Genoma Humano*, Editorial San Marcos, Lima, 1997; Emilio José Armaza/Íñigo De Miguel Beriaín, *La cuestión del bien jurídico en el delito de clonación*, en *Temas de Derecho Penal. Homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros*, Editorial Adrus, Arequipa, 2008, pp. 227 a 232; Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, Idemsa, Lima, 2010, pp. 545 a 564; Albin Eser, *Derecho Penal, Medicina y Genética*, Idemsa, Lima, 1998; Mei-Ling Kcomt Reyna, *Aspectos Jurídicos de la manipulación genética: Una perspectiva desde el derecho de daños*, Cea, Trujillo, 2009; y, finalmente, en nuestro claustro agustino destacan Jorge Luis Salas Arenas, *Bienes jurídicos protegidos en materia de instrumentación genética en Derecho penal español*, *Iuris Omnes*, Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, año 1, núm. 1, diciembre, 1998; Isaac M. Tapia Aréstegui, *El Proyecto Genoma Humano y sus implicancias (De Mendel a Watson Crick)*, Editorial UNSA, Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa-Perú, 2003; y Salvador Olivera Vásquez, *La Clonación Humana y el Derecho*, en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, pp.133 a 148. Disiento, no obstante, de la opinión vertida por el otrora profesor de Derecho Civil, al asumir el concepto de manipulación genética en sentido lato, *in concreto*, al considerar a la clonación como una clase de manipulación genética.

⁵ En este sentido, la legislación peruana adolece de una falta de tratamiento independiente para la manipulación genética y la clonación, así como para la terapia génica —en línea somática y germinal—. A su turno, en el campo civil ya son patentes en el Perú los casos de maternidad subrogada —vientres de alquiler—. En el campo laboral, se está debatiendo la cuestión de los seguros y derechos de terceras personas; por citar algunos ejemplos.

⁶ El último, "Derecho y Genética: Adaptándose al cambio", que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Católica del Perú en abril de este año, que contó con la participación de letrados y especialistas en Derecho Genético ajenos al campo del derecho.

⁷ Así, el Código Penal peruano ha sido objeto de 600 cambios normativos, entre modificaciones y derogaciones, desde su promulgación en 1991. En Informe Legislativo

al necesario enfoque interdisciplinario que demanda, lo que hace más complejo abordar los diferentes matices que comprende este campo del derecho; labor denodada, pero no por ello imposible.

En la actualidad, han sido aceptadas socialmente —y por consiguiente vienen siendo aplicadas— una serie de mejoras en diversos aspectos de la vida de los seres humanos para incrementar sus capacidades mentales, físicas y emocionales, donde cabe citar prácticas como la cirugía estética, el dopaje en los deportistas, tratamientos farmacológicos para aumentar la capacidad de concentración e incluso, por vía indirecta, la inmersión de los hijos en determinados entornos sociales para condicionar su personalidad. En el campo de la genética, la selección de embriones —a través del diagnóstico genético preimplantacional, la amniocentesis o las técnicas de reproducción asistida⁸—, pueden considerarse formas rudimentarias de mejoramiento humano⁹. Dada la amplitud de las técnicas vinculadas a este particular, este sucinto trabajo se enmarcará en la manipulación de genes con la finalidad de ir más allá del estado normal de salud.

En este contexto, no existe en el Perú un estudio sobre las implicancias jurídicas de la manipulación genética en línea somática (entiéndase aquella que únicamente afecta a la persona que se somete a la intervención, no siendo heredable a la descendencia) o germinal (cuyas consecuencias se transmiten a la prole) con fines de mejora, mucho menos una regulación normativa al respecto.

Para abordar el problema de la permisibilidad o prohibición de las intervenciones de mejora genética en seres humanos a través de la manipulación de genes, será preciso plantear algunos términos del debate¹⁰ que conviene explorar con cierta prolijidad, siendo menester advertir que deberá efectuarse un análisis laico, desechando cualquier connotación teológica que puede restar importancia a la disquisición: ¿qué es una mejora?, ¿quién decide qué es una mejora?, ¿puede una intervención de mejora ser discriminatoria? ¿Puede una intervención de mejora mermar la autonomía personal? ¿Puede una intervención de mejora atentar contra el derecho a la salud? Intentar responder estas preguntas permitirá perfilar los criterios mínimos de las «intervenciones de mejora».

Partiendo de que no toda investigación científica ni todas sus

⁸ "Perú: País de las leyes 2014", elaborado por *La Ley y Gaceta Jurídica*.

⁸ Cuyo pionero fue el Premio Nobel de Medicina 2010, Robert Edwards. Se estima que más 4 millones de niños han nacido gracias a este avance; disponible en <http://www.neoteo.com/premio-nobel-de-medicina-2010/>, consultado el 23 de mayo de 2012.

⁹ Vicente Bellver Capella, *El debate sobre el mejoramiento humano y la dignidad. Una crítica a Nick Bostrom*, Teorder, núm. 11, 2012, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, Universidad de Valencia, España, p. 88.

¹⁰ Carlos Lema Añón, *¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación*; en AA.VV., *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Carlos María Romeo Casabona (Ed.), Cátedra Interuniversitaria, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco UPV/EHU, Bilbao-Granada, 2012.

aplicaciones suponen, lógica y necesariamente, un progreso para la humanidad —sin soslayar, claro está, los importantes avances que le debemos a la ciencia—, será importante precisar si las intervenciones de mejora genética en seres humanos deben ser calificadas como algo peyorativo —y, por ende, ser prohibidas— o si, por el contrario, llevadas correctamente podrían conducir al ser humano a una importante evolución. Si esto último es cierto, será de imperiosa necesidad abordar algunos aspectos necesarios para su correcta aplicación, como la dación de protocolos y la regulación de la posible intervención de algunas instituciones que ejerzan una función de control de estas técnicas, v. gr., Comités de Ética.

El término «mejora», en sentido genérico, es presentado como una realidad de antaño; que nos compele traer a colación a la «eugenesia», término que surgió en 1865 con motivo de la obra pretérita *Hereditary Talent and Character* de Francis Galton, quien la definió como la ciencia que trata de todas las influencias que mejoran las cualidades humanas innatas de una raza; o aquellas que la pueden desarrollar hasta mejorar la máxima superioridad¹¹. Esta práctica, entonces teñida de racismo, clasismo y sexismo, llegó a su paroxismo con régimen nazi el siglo pasado —característico por sus normas eugenésicas— con la *Ley de higiene racial*; razón por la que se le tildó, en principio, como algo peyorativo.

Fue hasta finales de la primera década del siglo XXI, que se desterró definitivamente el término eugenesia, optando por la expresión «mejoramiento humano» (*human enhancement*) para referirse a este tipo de intervenciones. La reorientación, pone énfasis en el beneficio que estas nuevas técnicas pueden comportar para la salud —v. gr., el diagnóstico genético preimplantacional¹²— o en el teórico aumento de posibilidades para desarrollar una vida plena. El *quid*, radica en la posibilidad de mejorar o potenciar cualidades o habilidades del ser humano, de manera libre y espontánea, que nada tiene que ver con lo opresor de antaño.

Al tratar la cuestión nada sencilla de definir lo que es una «mejora», será menester tomar como punto de partida la dicotomía existente entre ésta y la terapia¹³, ergo algunos tratamientos que

¹¹ Francis Galton, *Herencia y eugenesia*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1988, p. 165.

¹² Es el estudio del ADN de embriones humanos para seleccionar los que cumplen determinadas características y/o eliminar los que portan algún tipo de defecto congénito.

En contrario, Jürgen Habermas ha esgrimido que estas técnicas vulneran el ideal de la dignidad humana. La razón estriba, en que se permite a los padres una suerte de juicio de calidad discriminatorio entre embriones que ya no merecerán por ello una valoración como sujetos con valor intrínseco, sino como «cosas» u «objetos» rechazables. En Pablo De Lora/Marina Gascón, *Bioética. Principios, Desafíos, Debates*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 96.

¹³ Así, Buchanan y otros parten de un concepto de enfermedad como aquellas «condiciones que constituyen una desviación adversa respecto al funcionamiento normal de la especie», en Allen Buchanan/Dan W. Brock/Norman Daniels/Daniel Wikler, *Genética y justicia, Genética y justicia*, Cambridge University Press, Madrid,

en principio aparecían como una terapia, transitaron a ser considerados como mejoras. Partiendo de un amplio consenso —en palabras de Savater— en que tales modificaciones son admisibles si tienen como objetivo curar o prevenir enfermedades hereditarias, el dilema se presenta con la interrogante ¿y cuándo pretenden perfeccionar al neonato, dotándole de capacidades que le hagan más competitivo o superior a los demás en cualquier campo, sea el atletismo o la investigación científica?¹⁴. Veremos pues que se trata de una diferencia de grado, ya que el «tratamiento» tiene por objeto reparar algo que está mal, mientras que una «mejora» persigue perfeccionar algo que se encuentra en normal estado de salud. Ahora bien, como el concepto de «normalidad» va implícito en toda mejora, es dable inferir que toda búsqueda de mejorar se hace siempre en relación a un punto de referencia personal o social, que no estático¹⁵, sino dependiente de factores sociales, culturales, económicos, entre otros; susceptible de variar en el decurso veleidoso del tiempo. Un caso especialmente ilustrativo acaso es el acaecido en Estados Unidos con la hormona del crecimiento, que en los albores de su aplicación era administrada exclusivamente a jóvenes que padecían de raquitismo; sin embargo, pocos años después, su uso se había extendido a la población en general, y eran —y son, hasta la actualidad— muchos los padres que sufragaban a sus hijos el coste de este tratamiento por considerar que les ofrecerán mayores oportunidades en el futuro.

Lo expuesto se sintetiza en dos posturas antagónicas, quienes están en contra de las técnicas genéticas de mejora (bioconservadores¹⁶) y los que se decantan a favor (transhumanistas¹⁷). Aquéllos, sostienen como uno de sus argumentos más sólidos que la posibilidad de realizar estas intervenciones para configurar la

España, 2002, p. 67.

¹⁴ Fernando Savater, en la presentación del libro de Michael Sandel: *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, El País, 01 de marzo de 2008.

¹⁵ Como señalan Buchanan y otros, "en las sociedades cazadoras y recolectoras no alfabetizadas, padecer un trastorno neurológico que dificultara el desarrollo de habilidades lectoras pero que no interfiriese en la coordinación entre la mano y el ojo, en las capacidades motoras y en la comunicación oral normal no constituiría un déficit"; en Allen Buchanan/Dan W. Brock/Norman Daniels/Daniel Wikler, op. cit., p. 74.

¹⁶ Entre éstos destacan Hans Jonas, *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad*, Paidós, 1997; Jürgen Habermas, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, 2002; Michael Sandel, *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Marbot Ediciones, Barcelona, 2007; Francis Fukuyama, *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica* y Paco Reina (Trad.), Ediciones B, España, 2002, p. 134.

¹⁷ Entre éstos, cabe citar a los más importantes representantes con alguna de sus diversas obras sobre el particular: Julián Savulescu, *Genetic interventions and the ethics of enhancement of human beings*, *The Oxford Handbook of Bioethics*, B. Steinbock, Oxford University Press, Oxford, 2006; Arthur L. Caplan, *Good, better, or best?*, *Human Enhancement*, op. cit.; John Harris, *Enhancements are a moral obligation*, *Human Enhancement*, op. cit.; Nick Bostrom, *Una historia del pensamiento transhumanista*, *Argumentos de Razón Técnica*, núm. 14, 2011, p. 182; disponible en: http://institucional.us.es/revistas/argumentos/14/art_7.pdf, consultado el 15 de mayo de 2013; y Nicholas Agar, *Liberal Eugenics. In defense of Human Enhancement*, Blackwell Publishing, Oxford, United Kingdom, 2004.

dotación genética de los hijos supondría que éstos (...) fueran un diseño de terceros y que con ello se les podría estar marcando «un plan o ideal de vida que otros (aunque sean sus padres) le imponen desde fuera, y (...) con ello crean expectativas que coartan radicalmente la posibilidad de autodescubrimiento y, por lo tanto, atentan a su libertad»¹⁸; éstos, haciendo un parangón, argumentan que si aceptamos determinadas intervenciones de medio ambiente, del entorno, para la mejora de los hijos (v. gr., educación, dieta y adiestramiento) y para incrementar sus oportunidades en la vida, que alteran su biología, no deberíamos oponernos a utilizar intervenciones de carácter genético, al tratarse del mismo jaez. La discusión, creemos, debe girar en torno a si esta limitación debe darse en todos los casos o si, por el contrario, es menester analizar cada situación que se plantee y juzgar la intencionalidad y riesgos previamente a considerar plausible la intervención.

En el decurso del análisis tropezaremos con ciertas implicancias que acarrearán estas técnicas, de las cuales nos centraremos sólo en algunas, que a nuestro criterio han de ser las determinantes para el legislador. En principio, hemos de pronunciarnos del campo de las desigualdades y la discriminación social, donde autores como Lee Silver, imaginan una posible «división de la humanidad en dos especies separadas: los «naturales» y los «genéricos»»¹⁹. Muy posiblemente se arguya en este aspecto la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el Convenio de Oviedo, que ha proclamado la vigencia de los principios universales de igualdad y no discriminación y de los derechos a la libertad, la integridad y la intimidad. En sentido contrario, las voces que defienden la ingeniería genética de mejora como un servicio más que debe ser sometido a las leyes de la oferta y la demanda que rigen el mercado, razonan que si la capacidad adquisitiva es un motivo lo suficientemente bueno por el que discriminar unas personas de otras a la hora de obtener un acceso a un tipo determinado de educación o de atención médica, no hay motivos por los que pensar que no pueda ser también razón suficiente por la que negar a unos lo que se proporciona a otros, aún cuando esto pueda establecer una discriminación entre ellos²⁰. Al parecer la posición que defiende la prohibición total de este tipo de mejoras es relativamente débil si atendemos a que en el contexto histórico presente existen otros ámbitos sociales en los que ciertas desigualdades también podrían ser consideradas injustas. Así ocurre cuando hay un diferente lote de habilidades heredadas genéticamente, o por el acceso privilegiado a la educación en función de la riqueza de los padres o, simplemente por el país en el que se ha nacido²¹. No obstante, esta eventual desigual-

¹⁸ Enrique Jañez Pareja, *Retos éticos ante la nueva eugenesia, en La eugenesia hoy*, Carlos María Romeo Casabona (Ed.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 1999, p. 220.

¹⁹ Lee Silver, *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Editorial Taurus, Madrid, España, 1998.

²⁰ Iñigo de Miguel Beriain, *El embrión y la biotecnología: un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004, p. 432.

²¹ José Luis Pérez Triviño, *Los derechos humanos y la igualdad en una sociedad*

dad bien podría evitarse estableciendo mecanismos de confidencialidad²² de los datos genéticos, un nuevo reto para el desarrollo de estas técnicas.

Otro aspecto sustancial toma forma en el contexto de la autonomía personal, imbricado al principio de libertad²³. El objetivo será determinar si existe inconveniente en que una persona decida realizar una intervención de mejora en su cuerpo, siempre que haya prestado un consentimiento válido, previo a la información detallada sobre los beneficios, consecuencias y riesgos a que está obligado proporcionar el profesional a intervenir, y si este asentimiento se extiende a los hijos presentes y futuros. Aquí se abordarán cuestiones como la doctrina de los «niños a la carta²⁴», que reduce al embrión al rango de objeto, pues se «supedita su personalidad a los deseos de otros»²⁵. Coincido con Tännsjö²⁶ —partidario del modelo liberal—, en que lo importante será la decisión que tome el individuo, y no así el Estado. Las técnicas de la genética humana deben ser desarrolladas libremente. La decisión de usarlas debe recaer en el individuo.

Una tercera implicancia se advierte en la posible afectación a la salud, traducida en los graves riesgos para quienes se sometan a estas intervenciones, debido a los efectos secundarios no previstos y, por tanto, no controlados, que bien pueden ir desde una inflamación hasta la muerte. Coincido con Lacadena, quien aunque refiriéndose a las terapias génicas somáticas —el argumento calza por tratarse de una común implicación—, asevera que «esta evidencia debe, no obstante, ser convenientemente contrapesada por otra clase de consideraciones como, por ejemplo, la presencia de un factor de riesgo en todas las terapias experimentales, sea de la clase que sean. Hay que tener en cuenta que una objeción de este tipo no supone, en verdad, una oposición frontal a estas prácticas sino, tan sólo una apología de la adopción de medidas de precaución más fiables que las actuales»²⁷. Este «principio de precaución» ha sido también aludido de forma acertada por Pérez

posthumanista, *Papeles el tiempo de los derechos*, Huri-Age, núm. 18, 2014, p. 19; disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-18-14.pdf>, consultado el 19 de marzo de 2014.

²² Rogelio González Sarmiento, *Impacto de la medicina molecular en la salud y en la enfermedad*, Unidad de medicina molecular en la Universidad de Salamanca, en *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*, José Ma. Ga. Gómez-Heras/Carmen Velayos Castelo (Editores), Tecnos, Madrid, 2005, p. 200.

²³ John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (1859), Edaf, 2004.

²⁴ En este sentido, «Gift Fertility Service», de Florencia (Italia), ofrecía a sus potenciales clientes «hijos a la carta» a través de una detallada información sobre el donante, quien debe especificar en un formulario su religión, profesión y hasta las medidas de su cuerpo, según el diario romano «Il Messaggero». Disponible en: <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/la-era-de-los-hijos-a-la-carta-25399.html>, consultado el 23 de mayo de 2012.

²⁵ Iñigo de Miguel Beriáin, *El embrión y la biotecnología: un análisis ético-jurídico*, op. cit., p. 294.

²⁶ Torbjörn Tännsjö, *Genética Humana y el Fantasma Nazi*, en *Perspectivas Bioéticas*, año 6, núm. 11, Gedisa, Argentina, 2001, p. 96.

²⁷ Juan Ramón Lacadena, *Terapia génica*, en *Genética y Bioética*; disponible en: <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/tgenica0.html>, consultado el 04 de mayo de 2012.

Triviño²⁸, poniendo especial énfasis en los tratamientos en línea germinal, al no poder estar seguros de si podemos de manera cuidadosa prever el resultado de los cambios en la descendencia.

Algunos autores han traducido la puesta en marcha de las técnicas de mejoramiento como un teórico atentado contra la naturaleza del ser humano, e incluso, de la humanidad, donde será de imperiosa necesidad establecer si cualquier alteración genética modifica la naturaleza humana y por tanto, debe prohibirse; o, *contrario sensu*, admitir que las especies no son colecciones estáticas de organismos, sino que crecen y menguan con cada nacimiento y cada muerte, y el aspecto genético se mueve a lo largo del tiempo y del espacio. Esta última acepción sugiere ser la más razonable, pues la propia apelación a una figura suprahumana, como es Dios, o la consideración subsiguiente de que el mundo tiene un orden anterior al ser humano y que éste debe respetar, se fundamenta en unos presupuestos de fe que no puede asumir una ética que se precie de racional²⁹.

En suma, salvado el problema del control de los riesgos —mediante la regulación de Protocolos, por ejemplo— y sobre la base de garantizar una accesibilidad de las técnicas a todos los ciudadanos de forma paulatina, el reto que se plantea es si nuestra sociedad será capaz de garantizar el respeto a los que no utilicen las técnicas de mejora genética y conseguir que no se les postergue. Podemos actuar libremente y de acuerdo con nuestra responsabilidad de no afectar a terceros; aquí, bien podrían entrar a tallar los Comités de Ética.

Hemos de tomar como referencia las implicancias de estas técnicas, pues sólo a través de ellas se justificará, de ser el caso, su tipificación como delito, no bastando decantarse por la postura acomodaticia de proscribir, sin más, estos procedimientos —asumiendo la postura de prohibir lo desconocido—, sin antes haber estudiado los posibles beneficios o riesgos que pueden generar las técnicas de mejora genética. Es menester evaluar todas las aristas en función de los fines altruistas que pueden representar y no simplemente legislar en contra porque es más sencilla una negativa de plano a admitir un desconocimiento en la materia, coadyuvando a la existencia de un derecho carente de contenido. No en vano se le ha considerado como un asunto “delicado e inevitable”³⁰, amén del “fenómeno más controvertido dentro de la amplia familia de la manipulación genética”³¹. La idea no es frenar, sin más, sino usar de la forma que mejor nos sirva.

²⁸ Pero estas consideraciones precedentes no obstan para que sea factible la investigación en línea somática (o de implantes y prótesis), y de que los nuevos tratamientos genéticos somáticos o prótesis puedan ser aplicadas a individuos que han prestado previamente su consentimiento con información plena; José Luis Pérez Triviño, *Los derechos humanos y la igualdad en una sociedad posthumanista*, op. cit., p. 14.

²⁹ Iñigo de Miguel Beriain, *El embrión y la biotecnología: un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004, p. 417.

³⁰ Ramón Nogués, *Eugenesis en humanos: delicada e inevitable*, *Bioética & Debat*, núm. M56, 2009, p. 6.

³¹ Iñigo de Miguel Beriain, *Terapias génicas: un estudio desde la ética y el derecho*, en *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Rafael Junquera de Estéfani (Dir.), Comares, Madrid, 2008, p. 288.

Este estudio servirá para arrojar algunas luces —puesto que no pretende un enfoque absoluto— y disipar algunas sombras en un debate tan complejo y, quizá por ello, tan interesante. A la postre, se espera que este sea el comienzo de una serie de trabajos sobre este particular, y no así un trabajo postergado para cuando acaezcan estas prácticas en nuestro país. El futuro es hoy.

DEL VIRREINATO DEL PERÚ A LA REPÚBLICA PERUANA: UN ANÁLISIS JURÍDICO-POLÍTICO

José Mario Azalde León

I. Introducción

Cuando el derecho constitucional pretende explicar el origen del estado se remite a una pluralidad de causas. El estado es objeto de estudio de diversas disciplinas y en sus particulares formas de aproximarse al fenómeno de la estatalidad se puede percibir el sesgo que la deformación profesional hace inevitable. Así, el derecho constitucional se ve influido por estas aproximaciones y también por la intensa ideologización o politización de la cual es objeto, siendo muchas veces las hipótesis deslizadas epifenómenos de las tesis políticas preponderantes en cada momento histórico: por poner dos casos paradigmáticos, el marxismo que concibe al estado como una superestructura o como sostiene Marx en *El Capital* «violencia concentrada y organizada de la sociedad», o el fascismo que como exaltación y deificación del estado y politización integral de la vida del hombre se sintetiza en la famosa frase de Mussolini en el teatro de la Scala: «Nuestra fórmula es ésta: todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado».

En todas estas aproximaciones el estado es concebido desde una perspectiva que denominaremos «constructivista», que le atribuye elementos artificiales y un componente volitivo: el hombre construye el estado para no destruirse a sí mismo o bien para lograr la sociedad ideal, origen de todas las utopías. Así, el cambio ontológico producto de la irrupción en la historia de la modernidad tiene como correlato el surgimiento de una forma política que responda a los nuevos tiempos. La crisis de la metafísica

provocó un serio cuestionamiento a las visiones que consideran que el estado es una forma histórica de la sociedad política y cuyo origen es la naturaleza humana, una naturaleza humana ya no vista como una romántica idealización del hombre convertido en un ser alienado por las estructuras sociales, o como un ser ontológicamente perverso, sino como un ser complejo que necesita para poder sobrevivir, organizar la vida en comunidad.

Para el caso particular del Perú, según el discurso oficial del constitucionalismo vigente, el estado peruano aparecería con la independencia, que nos alejó del dominio colonial de la metrópoli. Ni la Historia del Derecho Peruano como subdisciplina jurídica (una mera compilación de las principales normas que abarca desde el inicio del proceso codificador) ni del Derecho Constitucional Peruano (o propiamente la historia constitucional, que se orientan a hacer una mera exégesis de constituciones y comentarios, conteniendo como único elemento de historia política la vetusta «Teoría del Estado» en tanto explicación abstracta y artificial) logran explicar con rigurosidad cual es el origen histórico, político e ideológico del estado peruano y cuál fue el contexto en el cual se gestó.

En este trabajo nos proponemos poner en cuestión la tesis vigente y formulamos una nueva hipótesis: la existencia de una continuidad de la estatalidad peruana que se mantiene desde fines de la colonia.

Es importante precisar que el análisis será jurídico más que historiográfico. Tomaremos dos fuentes, los documentos jurídicos de la época y fuentes historiográficas secundarias.

La relevancia política y jurídica radica en la redefinición de la conciencia jurídica dentro del Perú mediante el replanteo de algunos tópicos de la historia constitucional. Para lograr tal finalidad nos plantearemos explicar cuál fue el origen de la primera forma de organización política moderna en el Perú, cómo se gestó la transformación jurídico-política del virreinato a la república desde la exégesis de los textos constitucionales primigenios y la participación de la élites políticas, cuáles fueron sus factores condicionantes, sobre que ideas se asentó, y de qué forma afectó o influyó a la organización estatal actual. Es un «descuido» del derecho constitucional el eludir toda aproximación jurídico-política a este momento histórico fundacional.

II. Desarrollo

Dentro de la bibliografía actual existen escasos estudios sobre la transformación del virreinato a la república peruana desde una perspectiva jurídico-política. Los estudios de Belaúnde¹, Altuve²,

¹ Víctor Andrés Belaúnde, *La constitución inicial del Perú ante el Derecho Internacional*, Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Tercera Edición, Lima, 1997.

² Fernán Altuve-Febres Lores, *Los Reinos del Perú. Apuntes sobre la monarquía peruana*, Dupla Editorial S.R.L., Lima, 2001.

Ugarte del Pino³, Ruiz Peralta⁴, Chiaramonte⁵ y Sánchez Concha⁶ analizan el contexto, los fundamentos ideopolíticos y la interpretación de los primeros textos políticos que posteriormente se convirtieron en nuestras constituciones fundacionales. Los estudios sociológicos ayudan a la comprensión de la relación entre las élites criollas, matriz productiva y la situación de la población indígena en ese contexto. Los estudios históricos aportan el elemento fáctico al detallar los diversos acontecimientos que se sucedieron durante esos años. En el presente trabajo utilizaremos textos históricos que nos permitirán contextualizar los acontecimientos que se suscitaron en ese interregno, nos apoyaremos en la explicación que brinda la teoría política moderna sobre los conceptos que se utilizaron para legitimar el nuevo orden social, y tomaremos los documentos y cartas constitucionales para analizar los principios que inspiraron esos pactos políticos. Partiendo de lo histórico se analizará bajo la teoría política moderna los momentos fundacionales de la estatalidad, para luego realizar un análisis propiamente jurídico.

Para el desarrollo del presente trabajo partimos de la hipótesis de que el estado peruano surge materialmente en un contexto anterior al de la declaración de independencia, al actuar el virreinato peruano como una entidad contrarrevolucionaria, manteniendo la paz interior mediante la alianza del virrey y la élite criolla y con una política de confrontación militar internacional que llevó a los ejércitos del virreinato a luchar contra el bando independentista.

Proponemos la continuidad de la estatalidad: la primera forma estatal recicla la organización política de la última etapa del virreinato. Como consecuencia, se podría afirmar que no existe ninguna fundación ni material ni de facto de la estatalidad con la declaratoria de independencia, trasluciendo el carácter abstracto, racionalista y formalista de la forma política conocida como Estado-nación. Se pretende demostrar, finalmente, que las formas iniciales del estado peruano siguieron siendo virreinales.

Pretendemos demostrar la validez de esta hipótesis recurriendo a una relación dialéctica entre los hechos políticos y los textos constitucionales que se gestaron durante el desarrollo del proceso de derrumbe de la monarquía española y el surgimiento de la república peruana.

Antes de empezar el análisis objeto del presente trabajo, introduciremos sucintamente los eventos históricos o la cronología de

³ Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, 1978.

⁴ Víctor Peralta Ruiz, *La independencia y la cultura política peruana (1808-1821)*, IEP, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, Lima, 2010.

⁵ José Carlos Chiaramonte, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 2004.

⁶ Sánchez Concha, R. A. J. (2013). *Del régimen hispánico. Estudios sobre la conquista y el orden virreinal peruano*, (1ra Edición), Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica San Pablo. Centro de Estudios Peruanos.

los sucesos más relevantes de la transición.

III. Contexto histórico

El 18 de octubre de 1807, tropas francesas cruzan la Península Ibérica rumbo a Portugal. El objetivo es frustrar la alianza entre Portugal y Gran Bretaña para consolidar el bloqueo continental francés en contra de la isla para lo cual se debía ingresar un ejército a territorio español, deponer a la Casa Real Braganza de Portugal y repartirse el reino entre Francia y España (estipulaciones todas del Tratado de Fontainebleau, suscrito entre franceses y españoles). La ambición sin medida de un válido tan corrupto como torpe (Manuel Godoy), las pugnas entre los reyes (Carlos IV y su consorte María Luisa de Borbón-Parma) y el príncipe heredero al trono (Fernando VII) y cien mil soldados franceses en territorio español facilitaron la crisis de la monarquía española que provocó la posterior desmembración del otrora Imperio Hispánico.

España se encontraba en una crisis política superlativa. La monarquía se encontró acéfala por errores propios y por la acción de un usurpador. José Bonaparte era el gobernante de facto pero carente de legitimidad. En esta situación extrema las colonias debían decidir por jurar lealtad al rey legítimo⁷ o rendirse ante la violencia del conquistador revolucionario francés.

En América, las reformas borbónicas⁸ provocaron una profunda reorganización política dentro del virreinato. Al respecto, menciona Julio Cotler: «La reorganización político-administrativa emprendida por los Borbones fue mucho más allá de la redefinición de las jurisdicciones virreinales y el libre comercio. Ésta se propuso centralizar efectivamente «estos y esos reinos», implantando normas universales que atacaban, de diferente manera, los viejos y nuevos «derechos adquiridos» de todos y cada uno de los múltiples grupos que conformaban la sociedad estamental y corporativa, con la consiguiente limitación de los poderes locales. En una palabra, los Borbones pretendían constituir en España una monarquía absoluta —fenómeno avanzado en Inglaterra y Francia— atacando las bases patrimoniales sobre las que hasta entonces se apoyaba el Estado. En verdad esta política buscaba reconquistar las colonias para la Corona, que había perdido terreno a favor de quienes en ellas detentaban cargos patrimoniales, a fin de que el Estado español desempeñara un papel del primer orden en el juego internacional⁹».

Esta nueva situación política provocó la aparición de grupos insurgentes que reivindicaban derechos anteriores y que además se adherían a los principios de organización política del régimen anterior, el de los Habsburgos. O'Phelan Godoy coincide en que el

⁷ El Consejo de Castilla invalidó las abdicaciones de Bayona y proclamó rey en ausencia a Fernando VII. Las Cortes de Cádiz lo declararon como único y legítimo rey de la Nación española.

⁸ Los Borbones suceden a los Habsburgos y empiezan la imposición de una nueva forma de estatalidad, de centralización del poder y de la administración, todo lo contrario al orden estamental de los Habsburgos.

⁹ Julio Cotler, Clases, *Estado y Nación en el Perú*, IEP 2005, pp. 75-76.

descontento en las colonias tiene un origen anterior a la invasión napoleónica y que respondía básicamente a las reformas fiscales emprendidas por los Borbones realizadas entre los años 1771 y 1776¹⁰. Las Reformas Borbónicas se pusieron en práctica en las colonias hispanoamericanas durante el reinado de Carlos III de España, quien buscaba incrementar los ingresos de la Real Hacienda mediante la reforma de varias ramas del tesoro. Desde 1770 en adelante, las medidas fiscales se introdujeron gradualmente en las colonias. Las rebeliones de Urubamba (1777), contra las aduanas de La Paz (1777-1780), de Arequipa (1780), la conspiración de los plateros del Cuzco (1780), y la de Túpac Amaru, demuestran una situación de insatisfacción por las reformas fiscales que afectaban a la población, aunque hasta ese momento no se traducían en un intento de transformación del régimen político, manteniéndose la lealtad a la corona a pesar del descontento popular¹¹. Las reformas borbónicas impulsaron un crecimiento de los tejidos de la administración virreinal, sin considerar la aceptación o descontento de la población.

Estas medidas impuestas desde la metrópoli sólo buscaban contener un proceso que se estaba gestando desde hacía muchas décadas en España, el debilitamiento de España como potencia y el traslado del poder decisonal europeo a Francia. Se podría afirmar que bajo este intento de reformar administrativamente los virreinos con la finalidad de centralizar el poder imitando los modelos absolutistas ilustrados, subyacía una evidente debacle del imperio, debilitamiento político que facilitó las independencias de los países americanos.

Con la invasión napoleónica a España, muchas ciudades cons-

¹⁰ Cuadro cronológico de las reformas fiscales borbónicas:

1771: Ene. 21. Comienzan las averiguaciones que llevarán al establecimiento del virreinato del Río de la Plata.

1772: Mar. 30. Se establece por decreto real un incremento del impuesto de la alcabala del 2 al 4%.

1773: Los artesanos son llamados a contribuir con el 4% del impuesto de alcabala por ventas y reventas.

1774: Se establecen aduanas en Arque y Tapacarí (Cochabamba).

1774: Agos. 2. Revuelta en la aduana de Cochabamba. Se impone la alcabala sobre los granos.

1776: Mar. 11. José Antonio de Areche es nombrado por la Corona "Visitador General del Virreinato del Perú, Chile y Río de la Plata.

1776: Jul. 6. Un nuevo incremento del impuesto de alcabala de 4 al 6% es ordenado por un decreto real.

(Cuadro elaborado por Scarlett O'Phelan en O'Phelan Godoy, Scarlett, Un siglo de rebeliones anticoloniales, Perú y Bolivia 1700-1783, Tarea Asociación Gráfica Educativa, Segunda Edición en español, Lima 2012, p. 1999).

¹¹ Chambers menciona tomando como ejemplo el caso de Arequipa: «En 1780, el pueblo de Arequipa se levantó contra la imposición de nuevos impuestos (la alcabala y la amenaza de la extensión del tributo) que habrían causado penurias económicas a todas las clases sociales. Sin embargo, los rebeldes siguieron una fórmula común a las protestas coloniales: con el grito de que «viva el Rey y muera el mal gobierno», proclamaron su lealtad al monarca, quien jamás haría daño a sus súbditos, pero se opusieron a los actos de sus «desleales» funcionarios». Chambers, Sarah C., *De súbditos a ciudadanos: honor, género y política en Arequipa 1780-1854*, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, Lima, 2003, p. 246.

tituyeron juntas que se mantuvieron fieles a Fernando VII. En España, de todas las juntas que se establecieron en la península, fue la de Sevilla¹² la que asumió un papel preponderante al someter bajo su jurisdicción a las posesiones americanas al autodenominarse como «Suprema de España y de las Indias». La Junta de Sevilla envió comisionados a las colonias para comunicar el establecimiento de un gobierno soberano que actuaba en nombre de Fernando VII, la declaración de guerra al Emperador de los franceses y un armisticio con Inglaterra. A los virreinos del Río de la Plata y del Perú enviaron al brigadier José Manuel de Goyeneche, cuyos resultados de su gestión fueron contradictorios. Mientras que en el caso rioplatense su actuación derivó sucesivamente en un agrio enfrentamiento entre Buenos Aires y Montevideo, en la intromisión de la corte portuguesa en el conflicto dinástico y en la activación de una crisis virreinal que condujo al autonomismo de 1810, en el caso peruano su presencia reforzó la fidelidad de las provincias al monarca español y afianzó la autoridad del virrey. Así, a diferencia de Buenos Aires que reivindicó su derecho a la autonomía política, es decir, al autogobierno, declarándose independientes, en Perú la situación fue distinta ya que el virreinato peruano reafirmó su identidad realista demostrando ser el bastión del realismo hispánico. En Lima, Goyeneche fue agasajado como máxima autoridad española por el virrey, la Audiencia y el cabildo. A su vez, el comisionado respondió el apoyo incondicional brindado por el virrey con un elogio a su gobierno incluido en el informe presentado a la Junta Central el 28 de abril de 1809¹³.

En el Virreinato del Perú gobernaba José Fernando de Abascal y Sousa (1806-1816). Abascal tuvo la compleja tarea de mantener la unidad política del virreinato, la fidelidad al monarca depuesto, lidiar con el avance del pensamiento ilustrado, sortear con cierto liberalismo de las cortes y reprimir las sublevaciones dentro y fuera del virreinato. El mérito del virrey fue lograr establecer como una necesidad para la identidad y el despliegue del virreinato, la continuidad con la estructura monárquica española. Bajo esa visión logró que los criollos limeños no exigieran la separación del virreinato peruano de la monarquía española sino solo reformas necesarias para el ejercicio de algunos derechos (básicamente económicos y políticos).

En España las juntas locales ceden su poder a la Junta Suprema Central, encargada de aglutinar todas las juntas de gobierno y gobernar en nombre del rey ausente, prisionero en Francia. Dentro de las finalidades de la Junta estaba organizar la defensa frente a los franceses y convocar de manera extraordinaria a cortes, decisión política revolucionaria ya que el derecho a convocar a cortes solo recaía en la corona. Las Cortes de Cádiz también introdujeron las elecciones de ayuntamientos constitucionales y diputaciones provinciales en el Perú. En Lima y Cuzco se establecieron

¹² Hasta la constitución de la Junta Suprema Central, integrada por diputados de las provincias.

¹³ Víctor Peralta Ruiz, *La independencia y la cultura política peruana (1808-1821)*, IEP, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, Lima, 2010, pp. 52-53.

mecanismos de elección (la selección de diputados provinciales fue limitada debido a una votación indirecta en cuatro grados, que pasaba por elegir compromisarios, electorales parroquiales y electores provinciales) que actuó como filtro y garantizó a las autoridades peninsulares el control del proceso de conformación de representantes de los gobiernos regionales. Así se explica cómo los diputados provinciales electos de Lima y Cuzco refrendaron de manera unánime la actuación política y militar del virrey¹⁴.

Esta situación permitió a Abascal mantener la cohesión de las élites y por lo tanto del territorio, situación que continúa con la independencia, simplemente con algunos cambios de personas o reformas nominales.

El Virrey Abascal (1806-1816) procedió rápidamente a convertir a Lima en el principal bastión del poder real en América del Sur, enviando expediciones militares para suprimir las juntas patriotas que habían tomado el poder en La Paz, Quito y Santiago de Chile. El momento más trascendental y decisivo para comprobar la lealtad criolla fue cuando el Alto Perú fue ocupado por fuerzas provenientes de Buenos Aires. El brigadier Juan Manuel de Goyeneche y Barreda (1776-1846) reunió un ejército y encabezándolo logró derrotar a los bonaerenses y devolver el Alto Perú al dominio realista¹⁵. Goyeneche se distinguió en la Batalla de Guaqui, hecho que le valió el título de Conde de Guaqui y Grande de España.

Al estallar la revolución, Abascal incorporó al virreinato del Perú las provincias de Córdoba, Potosí, La Paz y Charcas. Asimismo luchó contra los movimientos independentistas: ocupó el Alto Perú y, tras sofocar la insurrección en Chile (1814) y el levantamiento de Quito, reincorporó la capitanía y esta audiencia al Virreinato del Perú.

Desde la perspectiva de la construcción del Estado, Abascal fue el primero en concebir una idea de Estado¹⁶ (Peruano) al mantener la unidad política en el interior, tratando de conciliar los intereses en pugna de los criollos y al generar una política de anexiones y de hegemonía militar en el exterior¹⁷ (Campañas de Reconquista),

¹⁴ Víctor Peralta Ruiz, *La independencia y la cultura política peruana (1808-1821)*, IEP, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, Lima, 2010, p. 270.

¹⁵ David A Brading, *De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, Fondo de Cultura Económica, México DF, p. 596.

¹⁶ Abascal percibió que la revolución produjo nuevas unidades políticas. En tal sentido, en una importante decisión prefirió no resurgir el Imperio sino constituir una estructura estatal que pudiese hacer la distinción schmittiana amigo-enemigo. Fernán Altuve-Febres, *Los Reinos del Perú*, Dupla Editorial S.R.L., Lima, 2001, pp. 276-277.

¹⁷ En la conceptualización de la estatalidad como unidad política nos adherimos al realismo político, en este caso tomando como referencia el desarrollo que realiza Julien Freund: «¿Cómo definir lo más brevemente posible la política? Podemos basarnos en las relaciones y correlaciones entre diversas cosas que se presuponen con respecto al mando y la obediencia, lo privado y lo público, del amigo y del enemigo. Sin embargo, la mejor manera nos parece la que caracteriza por encadenamiento de las dialécticas que mandan esos presupuestos. Entonces es la actividad social la que se propone garantizar por la fuerza, generalmente basada en el derecho, la seguridad externa y la concordia interna de una unidad políti-

política a la que denominó de «Concordia». En síntesis, el Estado proyectado por Abascal era un estado contrarrevolucionario que buscó fortalecer la posición del Perú como Estado/Bastión de la monarquía, aplacar la rebelión de los liberales y luchar contra las ideas de la Ilustración. En 1816, Abascal fue relevado de su cargo voluntariamente y sustituido por el general Joaquín De La Pezuela.

La labor de De La Pezuela como virrey (1816-1821) consistió en apoyar al ejército del Alto Perú mientras aguardaba el ataque de San Martín al mando de la Expedición Libertadora desde Chile. No continuó la labor emprendida por Abascal de construir un Estado Peruano contrarrevolucionario. Sin mucha perspectiva política, De La Pezuela se concentró en las labores militares y no en la elaboración de una estructura política.

El 4 de septiembre de 1820 llegó a Lima la orden procedente de la metrópoli de proclamar y jurar la Constitución de Cádiz de 1812. El virrey ordenó que se cumpliera y que se anunciara. De La Pezuela se dispuso a negociar con el General José De San Martín el fin de las hostilidades haciéndole saber que el Perú juró la Constitución de la Monarquía Española promulgada en el año 1812. Firmó el pliego en su calidad de jefe político superior y no como virrey. San Martín saludó el reconocimiento de la Constitución de 1812 pero recordó que el Rey y el Virrey reconocían la Constitución por un sentido de supervivencia, y que la Constitución de las Cortes era un medio fraudulento de mantener el sistema colonial. San Martín cuestionaba la constitución gaditana por la desproporción a favor de España de la representación de las cortes, el espíritu de partido que dominaba en las cortes donde incluso liberales eran defensores de la dependencia colonial americana y la imposibilidad de la representación americana influyera en el destino de su territorio.

De La Pezuela es destituido por el pronunciamiento de Aznapuquio¹⁸. Lo sucede La Serna quien traslada la sede del gobierno de Lima a Cuzco. Entonces la guerra civil se agudizó entre los

ca garantizando el orden en medio de luchas que nacen de la diversidad y de la divergencia de las opiniones y los intereses». Julien Freund, *¿Qué es la política?*, Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires, 2003. Esta aproximación tiene una mayor proximidad a la visión aristotélica de la política que a la especulación ideológica del racionalismo. Así, en la misma orientación: «Más cerca de Aristóteles que de la visión hobbesiana, recupera la antigua tradición europea de la política como arte arquitectónico que ordena la comunidad de los hombres libres, en vivo contraste con el racionalismo constructivista que al considerar que todo es artificial, niega la naturaleza humana y su politicidad, a la que hace depender de la existencia de un ente artificial, el Estado». Ricardo Sebastián Piana, *El gobierno y la administración en Julien Freund après une lecture de Max Weber* en Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (Compiladores), *El valor de lo político. Estudios sobre Julien Freund*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010, p. 76.

¹⁸ Los oficiales cuestionaron la estrategia de De La Pezuela de concentrar todo el ejército real en la defensa de Lima dejando sin fuerzas la sierra del Perú (el objetivo sería continuar la guerra hasta el arribo de refuerzos de la metrópoli). De La Pezuela fue depuesto por La Serna que traslado la capital del virreinato al Cuzco y continuó la guerra en la sierra.

republicanos (afincados en Lima) y los realistas (establecidos en Cuzco). Asimismo se generó una situación particular en el Perú: la aparición de nueva autoridad virreinal surgida por decisión de una facción militar que inauguraba una situación inédita. Su legitimidad no solo dependía de que Fernando VII lo confirmara en el cargo, sino de su capacidad para cumplir con la legalidad establecida por la Constitución de 1812. En Lima el cabildo constitucional (mediante la lectura de una carta anónima) critica el estado de anarquía que imperaba en la capital, cuestionaba el poder que detentaba La Serna (al haber depuesto a la única autoridad que podía gobernar en nombre del Rey) y exigía la inmediata celebración de un cabildo abierto y la firma inmediata de paz con el ejército libertador del General San Martín.

IV. Análisis jurídico-político

En 1820 estalla la Guerra Civil en el Perú. El arribo de San Martín coincide con la rebelión liberal en España. La Expedición encabezada por el General José de San Martín se enfrenta a un régimen jurídicamente constituido, «la monarquía¹⁹». Surge aquí una discusión jurídico-política: El régimen de San Martín, denominado «El Protectorado» no era un régimen legítimo, sino de facto²⁰. Esto consta en los diversos documentos de la época:

1.- El Reglamento de Huaura de 12 de febrero de 1821: «...el cual debe emanar en todas circunstancias de la suprema autoridad que existe de hecho, aun prescindiendo del derecho en que se funde...²¹».

¹⁹ La forma política del virreinato tomó particulares características: "A la luz de las ideas esbozadas, del derecho natural y de la cadena del ser, el Cuerpo de República tenía su origen en Dios, y su gobierno terrenal comenzaba por los monarcas españoles, debajo de los cuales se situaba toda la sociedad bien concertada. Aquella misma concepción se proyectó en las posesiones españolas de América después de la fase conquistadora. La nueva sociedad hispanoamericana participó del mismo orden y constituiría parte del Cuerpo de República del imperio de los Austrias, como dos miembros del organismo humano: la República de los españoles y la República de los indios. La primera encerraba tanto a peninsulares como a criollos, convirtiéndose en la conductora del orden en las Indias y emulando a las instituciones u autoridades del imperio. La segunda incluía a toda la población aborigen organizada bajo sus propias potestades locales, y también a algunas instituciones que procedían del mundo prehispánico y que, dada su eficacia, se habían integrado al ordenamiento virreinal peruano". Sánchez-Concha Barrios, Rafael, *Del Régimen Hispánico. Estudios sobre la Conquista y el Orden Virreinal Peruano*, Fondo Editorial de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa 2013, Lettera Gráfica S.A.C., p. 153.

²⁰ En este caso hacemos referencia a la legitimidad de origen, es decir, al título del gobernante que ejerce el poder, al modo regular o legal como ha llegado al poder, y no a cómo lo ejerce. Cuando se accede al poder de acuerdo con el procedimiento previsto en la Constitución o en la ley; entonces es un gobernante de derecho o "de jure". Cuando se llega al poder por usurpación o existe un defecto o vicio en su investidura, se denomina gobierno de hecho o "de facto". Bidart Campos, Germán, *Lecciones elementales de política (Sociedad, Estado y Derecho)*, Editora y Distribuidora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., Lima 2002, p. 218.

²¹ <http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1821a.htm>

2.- El Estatuto Provisorio del 8 de octubre de 1821, el artículo 1 de la Sección Segunda, establece un gobierno de facto:

«Sección Segunda:

Art. 1.- La suprema potestad directiva de los departamentos libres del Estado del Perú, reside ahora en el Protector; sus facultades emanan del imperio de la necesidad, de la fuerza de la razón y de la exigencia del bien público».

La forma política del protectorado tiene muchas similitudes con la monarquía, dado que se concentra en un solo hombre los poderes y privilegios de la soberanía. Esta forma de gobierno no es extraña. Existía la intención de continuar la forma de gobierno virreinal y hasta se pensó en un príncipe para el Perú. En la Conferencia de Punchauca San Martín planteó al Virrey La Serna la transición del virreinato a una monarquía constitucional encabezada por un pariente de Fernando VII.

Con la permanencia de San Martín en el Perú, entre 1820 y 1822, hubo dos gobiernos inspirados en principios monárquicos, el virreinato y el protectorado.

Con respecto a la obra del Protectorado, lo más importante de San Martín fue iniciar la organización del nuevo país: nombró ministros, promulgó en Huaura un Reglamento Provisional y convocó a una asamblea constituyente. El Perú tuvo bandera y escudo. El 12 de agosto se dicta la "libertad de vientres", o sea de los nacidos de esclavos después de la independencia: fórmula transaccional porque los esclavos eran no sólo patrimonio de los terratenientes sino necesarios para tener una mano de obra barata. El tributo a los indígenas quedó abolido así como la horca, la pena de azotes y las servidumbres.

Se comenzó a organizar la Biblioteca Nacional, el Museo Nacional y las escuelas lancasterianas. Todo ello, aunque el Protector no controlaba sino una parte del antiguo virreinato, es importante como significación de soberanía²² en un sentido *schmittiano*, como decisión política.

Para Fernán Altuve, es discutible definir el acto político de San Martín como «la independencia del Perú», ya que, y siguiendo en este punto a Víctor Andrés Belaunde, la monarquía española no era una nación, sino en realidad una confederación de reinos; la Independencia puede explicarse como la desintegración de esa enorme unidad política. Por lo tanto, en términos más apropiados, no hubo Independencia, sino separación, o en otras palabras, una secesión de los componentes del mosaico político que reunía el rey hispánico²³. Sintetizando, el Protectorado no fue una República. Tuvo más elementos monárquicos que republicanos.

Después de la partida del San Martín, la Asamblea Constituyente elaboró la Ley de Bases de la Constitución Peruana de 1822. En este documento se proclamó:

²² *Compendio Histórico del Perú*, Editorial Milla Batres, 1993, pp. 88-89.

²³ Altuve-Febres, Fernán, *Los Reinos del Perú*, Dupla Editorial S.R.L., Lima, 2001, p. 275.

«Art. 1 Todas las provincias del Perú reunidas en un solo cuerpo forman la nación peruana.

Art. 2 La soberanía reside esencialmente en la Nación: ésta es independiente de la Monarquía española y de toda dominación extranjera, y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia.

Art. 3 La Nación se denominará República Peruana.²⁴»

Los fundamentos de este documento constitucional tenían ya una impronta ilustrada. Se hace referencia como elemento de legitimación política a la nación. Dentro de la teoría política liberal-ilustrada que dio como producto la estatalidad, la nación ocupaba un lugar central: «el estado moderno es nacional: la conciencia de construir una nación surgió en España, en Francia y en Inglaterra en el tránsito del siglo XV al XVI, años en los que aquellos tres pueblos habían alcanzado su unidad territorial y humana: la reconquista de España por los reyes católicos, los triunfos de Francia sobre el imperio y la Iglesia y la unidad auspiciada por el aislamiento de las Islas Británicas, provocaron en cada pueblo la conciencia de que poseía un pasado y un destino histórico común. Y de verdad, el sentimiento de la nacionalidad vivió en el interior de las conciencias individuales y en el alma de los pueblos, de ahí que sea individualista y universalista. La idea nacional, dice Hermann Heller, despertó en los años últimos del siglo XVIII, como una hija del espíritu de ese siglo: es idealista y cosmopolita, y alcanzó importancia política en la Revolución francesa. Fue el siglo XIX el que se encargó de elaborar el concepto, y lo hizo en una conferencia de 11 de marzo de 1882, una obra de arte por la hondura del pensamiento y por la belleza del lenguaje; Ernesto Renan pronunció ahí unas frases que es preferible reproducir, porque la glosa mejor les arrebataría una parte de su belleza:

Una nación es un alma, un principio espiritual, dos cosas que a decir verdad son una sola; una está en el pasado, la otra en el presente: una es la posesión en común de un rico legado de recuerdos, la otra es el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de continuar haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa... Una herencia de glorias y de dolores y un mismo programa por realizar... Haber hecho grandes cosas, querer hacerlas en el futuro, he la condición esencial para ser un pueblo.

La nación, explica Renan, es una manifestación de libertad del espíritu, porque «el hombre no es esclavo ni de su raza, ni de su idioma, ni de su religión, ni del curso de sus ríos, ni de la dirección de las cadenas de sus montañas». En un resumen magnífico, expresa el pensador francés que «la nación es una gran solidaridad construida sobre el sentimiento de sacrificios cumplidos, que se está todavía en disposición de hacer». Y concluye con la fórmula que se ha tornado clásica: «La nación es un plebiscito de todos los días, en el mismo grado en que la existencia individual es una afirmación perpetua de vida²⁵».

²⁴ <http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1822.htm>

²⁵ Mario de la Cueva, *La idea del Estado*, Fondo de Cultura Económica, 1996,

Para De Maistre, desde una posición reaccionaria, el concepto de nación adquiere validez en tanto «las naciones, como los individuos, tienen su carácter, y también su misión; y así como, en la sociedad de los individuos, cada hombre recibe de la naturaleza los rasgos de su fisonomía moral y una esfera de actividad dentro de la cual actúa para alcanzar un objetivo secundario de cualquier índole, hacia el cual avanza sin conocerlo, de igual modo, en la sociedad de las naciones, cada una de ellas ofrece al observador un carácter indeleble, producto de todos los caracteres individuales, y marcha en su conjunto hacia un objetivo más general y no menos desconocido²⁶».

La nación en cuanto se vuelve sujeto de legitimación del nuevo orden social cobra una dimensión ideológica. Pero el asunto se problematiza cuando surge la figura de la soberanía o soberanía nacional. Inicialmente conceptualizada por Bodino, fue la concepción rousseauiana la que terminó imponiéndose. Rousseau parte de un presupuesto antropológico y moral: la bondad natural del hombre. Es un ser moral, no político. El fin que persigue Rousseau no es el Estado ni la Sociedad, es la Comunidad, en la que prevalecen los sentimientos y no la razón. Si existe un fundamento para instituir la Comunidad es el amor a la patria. En este punto, Rousseau articula los conceptos de nación y soberanía para crear su gran ficción, la soberanía popular, y que se puso en práctica en la Revolución Francesa. Menciona Negro Pavón: «La Nación, o el sentimiento comunitario de la Nación, como mediadora entre la Sociedad y el Estado, tal como ocurrirá en la revolución francesa. En ella la Nación histórica se transformó en la Nación politizada, moralizada. Se le atribuyó la titularidad de la soberanía, sin perjuicio del importante matiz de Lorenz von Stein de que se trataba en realidad de la sociedad burguesa²⁷».

La soberanía reside, pues, esencialmente y absolutamente en el pueblo, en la masa amorfa de todos los individuos tomados en conjunto. Y puesto que el estado de sociedad no es natural sino artificial, la soberanía tiene su primer origen, no es Dios, sino en la libre voluntad del pueblo mismo.

Al respecto, menciona Neira: Los Libertadores desembarcan con un mensaje y una práctica que proviene de Rousseau. «Por la voluntad general de los pueblos», dice San Martín en el norte peruano, proclamando la Independencia. Es Rousseau, pero parcial, a mitad. El credo del ginebrino era conciliar el individuo natural con el individuo social vuelto ciudadano por el pacto o contrato social. La voluntad general va entonces junto a un mundo de individuos, cuyas responsabilidades los vuelve sociables. Esos principios son inoperantes en un mundo holístico como el de la América española del Antiguo Régimen²⁸.

²⁶ Joseph De Maistre, *Fragmentos sobre Francia*, Tecnográfica Impresora, Buenos Aires, 1979, p. 175.

²⁷ Negro Pavón, Dalmacio, *Separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LVIII, Número 83, Curso académico 2005-2006, Madrid, 2006.

²⁸ Neira, Hugo, *Las independencias*, Fondo Editorial Universidad Inca Garcilazo

Rafael Gamba²⁹ y Osvaldo Lira³⁰, SS. CC., recuperando el legado de Vázquez de Mella, retoman la visión dual de la soberanía, la social y la política. Denuncia el peligro que produce un modelo de soberanía esencialmente política que puede tornarse totalitaria³¹. Frente a ella contraponen el modelo de soberanía social, como la única forma de establecer límites naturales al poder: «Frente a la soberanía política señalamos —dice— la verdadera autonomía social que la limita, erizada, por decirlo así, de libertades y de derechos que empiezan en los personales, que se afirman en la familia y siguen por sus prolongaciones en la universidad, el gremio, el municipio, la región, formando una jerarquía de personas colectivas que amuralla la soberanía del Estado central, contenida por esa serie escalonada de baluartes que marca en derredor de ella un círculo sagrado que no puede traspasar el poder soberano sin convertirlo en tiránico³²».

Desde una perspectiva constitucional, hubo una reversión de la soberanía política del monarca depuesto (Fernando VII) hacia el pueblo. Esta fue la doctrina que sirvió para las proclamaciones en las provincias de Venezuela, de Nueva Granada, Quito, de los universitarios de Chuquisaca y de la Junta Revolucionaria de La Paz, en Montevideo, Buenos Aires y en Asunción. También en los Cabildos del Cusco, Huamanga, Puno y Arequipa. Las provincias, dirigidas por Cabildos revolucionarios, unidades de soberanía, van a unirse, a federarse, para constituir las unidades nacionales. La política de San Martín al llegar al Perú va en la misma línea. Buscaba un pronunciamiento en masa de la población. La costa peruana responde positivamente, al pronunciarse los cabildos de Trujillo, Lambayeque y de Piura. A estos se sumaría Maynas y Guayaquil. El pronunciamiento de la capital del Perú por obra de su cabildo tiene lugar cuando ya gran parte de su territorio se ha declarado, en virtud de los movimientos de unidades de soberanía, por la independencia nacional³³.

La Capitulación de Ayacucho puso fin al régimen monárquico en el Perú y al Imperio Español. Según la Capitulación de Ayacucho nos encontramos ante una sucesión de estados:

de la Vega, Lima, 2010, p. 68.

²⁹ Gamba, Rafael, *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, Ediciones Nueva Hispanidad, 2ª ed, Alba Impresores S.R.L., Buenos Aires, 2011.

³⁰ Osvaldo Lira, SS.CC., *Nostalgia de Vázquez de Mella*, Ediciones Nueva Hispanidad, Alba Impresores S.R.L., Buenos Aires, 2007.

³¹ Teóricos como Donoso Cortés, Tocqueville y Burke ya habían criticado los efectos nefastos de la soberanía popular que puede terminar pervirtiendo la democracia como modelo político. Ver *Discurso de la dictadura en Juan Donoso Cortés, Obras Completas*, vol. II, Madrid 1970; Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, libro II, parte IV, cap. Primero; Edmund Burke, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa y otros escritos*, Ediciones Dictio, Buenos Aires, 1980.

³² Vázquez de Mella, *Discurso en el Parque de la Salud de Barcelona el 17 de mayo de 1903*, Obras, t. XV, p. 170.

³³ Belaunde, Víctor Andrés, *La Constitución Inicial del Perú ante el Derecho Internacional*, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1997, p. 60.

El artículo 1 declara la entrega del territorio y dependencias que poseían las fuerzas realistas a los independentistas (1. El territorio que guarnecen las tropas españolas en el Perú, será entregado a las armas del ejército libertador hasta el Desaguadero, con los parques, maestranza y todos los almacenes militares existentes.). También se da una amnistía: Art. 3 Cualquier individuo que conforme el ejército español será admitido en el Perú, en su propio empleo si lo quisiere.

La República Peruana nace como una sucesión de la Monarquía Peruana, que como anteriormente mencionamos, adquiere su forma política plena bajo el gobierno del Virrey Abascal. Con la república aparece el caos, la anarquía y el poder es usurpado por la fuerza militar, dando lugar a la primera etapa de militarismos en el Perú. A su vez, la parte importante de la clase política peruana, la aristocracia criolla, feneció temerosa en los castillos del Callao.

Es un tópico dentro de las discusiones sobre el proceso independentista que hubo un total respaldo de la población por lograr la independencia nacional. Sólo, se piensa convencionalmente, se resistían los pocos españoles que aún quedaban en suelo patrio (como el General Ramón Rodil que se mantuvo atrincherado en la Fortaleza del Real Felipe en el Callao).

Pero esta apreciación es inexacta. No existió un consenso total sobre el nuevo régimen. Un ejemplo fue la guerra de los iquichanos. El general Antonio Huachaca, indio huantino y General del Ejército Real del Perú siguió combatiendo contra la República junto con todo el pueblo huantino y hasta con los Húsares de Junín que en un tiempo lo secundaron. La guerra contra la República terminó el 15 de septiembre de 1839 cuando sus fuerzas firmaron el tratado de Yanallay.

La Independencia origino una crisis de legitimidad dentro del nuevo régimen. En el antiguo régimen la autoridad absoluta e indiscutida era el Rey, de él dependían la ley y la administración. Con la república los gobernantes carecían de toda «autoritas», sanción moral o legitimidad. Se trató de imponer como elemento legitimante la soberanía popular, que en el caso peruano mostró sus evidentes limitaciones, mostrando su carácter de mito y no su eficacia como concepto político.

El modelo de república que se instauró fue una forma política con elementos ilustrados pero no jacobina. Una mezcla de presidencialismo norteamericano³⁴ con centralismo francés (departamentos y prefectos). Al respecto, menciona Bernales Ballesteros:

«Pero con mayores o menores restricciones, lo que se impone en nuestras constituciones es la concepción liberal del Estado y la sociedad, tomando instituciones que provenían unas de la cons-

³⁴ Amplios poderes al presidente, con un gabinete que carece de atribuciones y no forma cuerpo político ni frente al Congreso ni frente al Jefe del Estado, pues es éste quien lo preside. Raúl Ferrero R., *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Octava Edición, Grijley, Lima, 1998.

titución norteamericana como el sistema presidencial, otras del constitucionalismo francés, como todo lo referente a la separación de poderes. Una tercera fuente fue la constitución española de 1812, que, según comentario de Pareja, contribuyó a fortalecer en los patriotas americanos, la fe en la soberanía nacional y en las libertades individuales. Los constituyentes liberales dominaban la teoría liberal y combatieron las tendencias autoritarias con debates doctrinarios basados en las virtudes de la libertad, pero la alternancia de constituciones unas más liberales que otras tienen poco que ver con la situación concreta del país, con las escasas posibilidades de la oligarquía regional y los pequeños núcleos de la burguesía urbana para articular un bloque que se consolidase en el poder y desarrollarse entonces la capacidad de integrar la población y poner en movimiento la economía nacional. Antes bien, liberales y conservadores se encierran en una discusión doctrinaria y propugnan, según Basadre, un «despotismo ilustrado» que se refleja en las constituciones, pero que no resuelve el caos institucional, la ocupación precaria del poder por los caudillos militares y las alianzas igualmente precarias que a nivel provincial acuerdan los sostenedores de las posiciones liberales o conservadoras, no en función de la defensa de los preceptos constitucionales, sino de intereses más concretos de tipo particular.»

De este modo, la implantación del constitucionalismo liberal europeo caía en el vacío, pues la ausencia de condiciones materiales y la lucha política impedían su real aplicación. De conformidad con el patrón europeo, las constituciones peruanas del siglo pasado consagraron que los hombres eran libres y tenían garantizado el acceso a la propiedad; no existía por consiguiente la enajenación personal, los tributo de sumisión, las diferencias por razón de los ingresos. En la práctica subsistía sin embargo la esclavitud, el pago del tributo para los indígenas, las restricciones a la libertad de contratar. Es decir, se prologaban las prácticas del sistema colonial. Situación ésta que prevaleció hasta 1854 por lo menos³⁵.

La inviabilidad del Perú como república no sólo se debió, como sostiene Bernales Ballesteros, a la falta de una élite y la inexistencia de condiciones materiales, explicación que sostuvieron los marxistas moderados (la necesidad de una vanguardia que lidere los cambios revolucionarios mediante la vía democrática y la construcción de una industria nacional productiva). Existía también una inadecuación entre los textos constitucionales iniciales y la situación real del país. Este distanciamiento entre el texto constitucional y la realidad ha sido una constante durante nuestra historia republicana, consagrándose derechos que finalmente no son protegidos o promovidos. La constitución y el positivismo decimonónico reafirman su carácter de artificio, de estructura for-

³⁵ Enrique Bernales y otros, *Burguesía y Estado Liberal*, DESCO, 1979, pp. 264-265.

mal, sin ningún tipo de vinculación con las condiciones sociales, económicas y políticas vigentes.

V. Conclusiones

- El Virreinato del Perú fue la excepción a la euforia independentista. Por entonces el virreinato se encontraba gobernado por José de Abascal, destacado militar y político que logró reprimir a los insurgentes manteniendo la paz interna y una presencia militar permanente en la periferia del virreinato. En este contexto de convulsión revolucionaria, el Virreinato del Perú constituyó una forma estatal en tanto entidad contrarrevolucionaria y bastión de la monarquía hispánica en América.

- Desde la perspectiva de la construcción del Estado, Abascal fue el primero en concebir una idea de Estado Peruano al mantener la unidad política en el interior, tratando de conciliar los intereses en pugna de los criollos y generar una política de anexiones y de hegemonía militar en el exterior. El modelo de Estado proyectado por Abascal era una entidad reaccionaria que aplacase las irrupciones liberales foráneas fortaleciendo su autoridad interna como gobernante del virreinato del Perú. Así, esta primera configuración del Estado Peruano, dentro de una forma de gobierno virreinal, es la estructura político-estatal originaria y contra ella se levantaron los insurgentes.

- Con la independencia, la República Peruana sucedió a la Monarquía Peruana. Es decir, existe una continuidad de la estatalidad de fines del Virreinato a la República. Varía la forma de gobierno pero se mantiene esa forma primigenia y fundacional de estatalidad visionada en su momento por el Marqués de la Concordia Española del Perú. La transición se efectuó en cuanto a la conducción política o gobierno, pasando de un régimen cuyo elemento de legitimación es la "autoridad" del monarca a uno republicano cuya legitimidad es el principio ilustrado de la soberanía popular. Así, el origen del Estado Peruano se encuentra en la centralización política gestada en los estertores del virreinato para enfrentar a los movimientos revolucionarios, una maquinaria legitimista y conservadora del régimen monárquico que se mantuvo hasta los primeros años de la República, en el cual fue desmontado y convertido en un botín de guerra en la pugna de los generales que lucharon por lograr la emancipación del Perú.

- Con la independencia no se realiza ninguna fundación de la estatalidad. Al contrario, las formas iniciales del Estado Peruano fueron virreinales.

EL FIN DEL UNILATERALISMO NORTEAMERICANO Y SUS INCIDENCIAS EN EL PANORAMA DEL HEMISFERIO OCCIDENTAL

Andrés Alonso Zúñiga Najarro

I. Introducción

A inicios del siglo XIX, el *Hemisferio Occidental o Continente Americano*, experimentaba distintos procesos de conformación, evidenciándose notables diferencias entre el norte y el sur del continente. Ambos extremos se vieron inmersos en la integración interestatal, producto de los procesos de independencia y consolidación de las incipientes *Entidades Estatales*, que surgían en aquella época¹. El historiador Jorge Basadre precisa que en el Norte la independización duró solamente 6 años; mientras que en el Sur se requirieron 14 años. Este hecho es atribuido a distintos factores geográficos que jugaron en contra de los que llama "Estados desunidos" (en clara alusión a los países latinoamericanos principalmente). Entre ellos se destaca la existencia de extensas colonias españolas distanciadas entre sí, la presencia de cordilleras, amplios desiertos y una selva tropical; todos estos elementos inexistentes en las pequeñas colonias inglesas del norte, cohesionadas

¹ Esta postura es explicada con mayor detalle por el historiador Jorge Basadre, quien señala textualmente: "Las colonias inglesas de América, dirigidas por protestantes, enemigos de la jerarquía eclesiástica y secular, fueron, al emanciparse, a la unidad política, o sea a los Estados Unidos. En cambio, las colonias españolas de América, gobernadas directamente por la monarquía e imbuidas durante tres siglos en los principios político-religiosos de ella, se sumieron en la dispersión, o sea formaron los Estados desunidos" En Basadre, Jorge. 1998 [1939]. *Historia de la República del Perú 1822-1933*. 16 Volúmenes. Octava Edición. Perú: Editada por el diario *La República* de Lima y la Universidad Ricardo Palma, p. IX.

y unidas. Basadre hace referencia a la incesante preocupación de los *Estados Unidos* por el desarrollo de su riqueza, para lo cual se acogieron a un marco de expansión hacia las zonas de su alcance; lo que describe como "expansión de pleno tipo capitalista" frente a lo cual el aislamiento resultaba poco conveniente². De esta manera, Estados Unidos fue construyendo un perfil histórico, político, militar y comercial, que lo condujo a la consolidación como potencia mundial. Los medios conducentes a su posicionamiento se alimentaron de doctrinas, corrientes y políticas de larga data y tradición basadas en el dominio y crecimiento territorial; bajo la consigna permanente de redimir al mundo, lo que además despertó rechazo y descontento por parte de muchos países latinoamericanos. Sin embargo, hacia los últimos años, se han producido manifestaciones diplomáticas que evidencian la pérdida de vigencia de estas políticas y revelan un cambio significativo en el perfil norteamericano que merece ser analizado en aras de identificar el rumbo que adoptará el continente en los próximos años.

II. La doctrina del "Destino manifiesto"

Para los historiadores e internacionalistas es evidente que mucho de lo ocurrido en la historia del continente occidental durante los siglos XIX, XX y XXI, en materia de *Derecho Internacional* y *Multilateralismo Regional*, ha sido fuertemente condicionado por la política exterior del poderoso país de los *Estados Unidos*. En ese sentido, habiendo hecho referencia a las condiciones favorables que orbitaron en torno a su desarrollo económico e industrial desde su independencia, es menester ahora mencionar la política que vino aplicando dicho país progresivamente y su impacto en el hemisferio.

Según el investigador Víctor Acuña³, el *Destino Manifiesto* es una corriente que postula la existencia de un mandato divino que encargaba a los Estados Unidos el control territorial del *Nuevo Mundo*, dada su superioridad frente a las sociedades del resto del

² Cabe subrayar que el profesor Basadre explica brevemente el proceso de cisión acaecida en los Estados Unidos a mediados del siglo XIX, con la guerra entre el Norte Unionista y el Sur Separatista. Superada esta etapa, los Estados Unidos desarrollan exitosamente sus medios de comunicación con la ausencia de las dificultades geográficas que si existían en Hispano-América. El comercio, la industria, la producción y el mercado crecen en el Norte del continente. Por el contrario los Estados Desunidos experimenta un aislamiento comercial entre ellos, con la dependencia del extranjero para la obtención de sus productos. También identifica la existencia de un contraste entre el Brasil e Hispanoamérica en cuanto a su desarrollo, como se cita textualmente: "Roto el sistema mágico de relación religioso-monárquico entre España y América, las antiguas provincias del imperio se desmembraron porque al emanciparse no encontraron otra fe u otra idea que las mantuviera a todas juntas. El Brasil, en cambio, evitó ese fenómeno de balkanización y conservó y afirmó su unidad por la emigración del monarca de Portugal y de su corte ante la invasión napoleónica con el apoyo británico; y por haber guardado, al independizarse, la realeza y el imperio que conservó hasta 1889" Como se expone en Basadre, Jorge. *Ibidem*.

³ Asociado del Instituto de Historia de Nicaragua y Centroamérica de la Universidad Centroamericana de Managua, profesor e investigador de la Universidad de Costa Rica entre 1978 y 2008.

Continente⁴. Dicha superioridad se fundaba en rasgos étnicos y raciales, así como la creencia de que los demás pueblos de América presentaban defectos y debilidades, por lo que estaban destinados a ser conquistados y salvados por los estadounidenses^{5 6}. La difusión de esta corriente impregnó su esencia en las distintas esferas de la sociedad norteamericana desde antes de su independencia; al punto de pasar de ser una ideología, a ser un elemento de sentido compartido⁷. Cabe mencionar que distintos hechos históricos a nivel mundial han sido marcados indiscutiblemente por un intervencionismo de parte de los Estados Unidos, emanado de su política exterior como estado y sus deseos expansionistas de control. Precisamente, uno de los soportes ideológicos de dicha política fue el *Destino Manifiesto*. Esta corriente ideológica sufriría un proceso de metamorfosis.

⁴ Acuña Ortega, Víctor Hugo. 2011: *Destino Manifiesto, filibusterismo y representaciones de desigualdad étnico-racial en las relaciones entre Estados Unidos y Centroamérica*, desigualdades.net Working Paper Series, No. 6, Berlin; desigualdades.net Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America. The paper was produced by Víctor Hugo Acuña Ortega during his fellowship at desigualdades.net from 09/2010 to 12/2010. p. 13.

Consultado el 19 de Enero de 2015, a las 21:43 h., en el siguiente link: <http://www.desigualdades.net/Resources/Working_Paper/WP_Acuna_Online.pdf>

⁵ El profesor Acuña cita a Albert K. Weinberg quien otorga fundamento a este análisis señalando literalmente: "Manifest destiny the once honored expansionist slogan, expressed a dogma of supreme self-assurance and ambition – that America's incorporation of all adjacent lands was the virtually inevitable fulfillment of a moral mission delegated to the nation by Providence itself." (Weinberg, Albert K. *Manifest Destiny. A study of nationalist expansionism in American history*. Chicago: Quadrangle Books, 1963, (Primera edición 1935), pp.1-2). Citado por Acuña Ortega, Víctor Hugo. 2011: "Destino Manifiesto, filibusterismo y representaciones de desigualdad étnico-racial en las relaciones entre Estados Unidos y Centroamérica". Loc. Cit.

⁶ Para complementar esta idea, se tiene también el aporte presentado por la Universidad de Castilla – La Mancha, en colaboración con la Universidad de La Habana, en el cual se postula un importante concepto del "Destino Manifiesto" como se detalla a la letra: "Junto a la doctrina Monroe, y por lo que afecta especialmente a las relaciones con el área caribeña, fue de vital importancia el Destino Manifiesto, otro pilar ideológico básico del expansionismo norteamericano. (...) Bajo la denominación de Destino Manifiesto (debida al periodista John L. Sullivan) se encierra toda una concepción filosófica sobre el propio ser histórico del norteamericano. Este pensamiento hunde sus raíces en el anterior periodo colonial, durante el cual se fue acentuando la autoconfianza del pueblo norteamericano y forjando la idea de superioridad del hombre blanco anglosajón, así como su misión (su "destino") mesiánica: creerse el pueblo elegido por la providencia divina en pro de la humanidad, especialmente si parte de ella es considerada inferior, como en efecto sería el caso de la población iberoamericana. A partir de la década de los cuarenta encontramos ya una utilización política de este razonamiento que cristalizará en la expansión hacia el Sur, a costa del territorio y la soberanía mejicanos: anexión de Oregón, Texas, Nuevo México y Alta California (Tratado de Guadalupe-Hidalgo, 1848)." En Universidad de Castilla – La Mancha. 1998. *Un Siglo de España, centenario 1898-1998*. Coordinador, José G. Cayuela Fernández. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cortes de Castilla-La Mancha, 1998. En colaboración con la Universidad de la Habana. Colección COEDICIONES N° 32. 1era. Edición: Enero de 1998. Realiza: Río Henares Producciones Gráficas S.L. Impreso en España. p. 405.

⁷ Acuña Ortega, Víctor Hugo. Loc. Cit.

III. La "Doctrina Monroe"

El 02 de diciembre de 1823, el quinto presidente de los Estados Unidos, James Monroe, pronunciaba su Séptimo Discurso ante la Nación, en Washington D. C. En este discurso, el presidente postuló los principios de lo que se denominó como *La Doctrina Monroe*; doctrina que constituye uno de los temas más desarrollados, en materia de Relaciones Internacionales en el hemisferio occidental. La investigadora Rocío Casanueva de Diego⁸, resume en forma precisa las circunstancias que dieron lugar a la creación de la *Doctrina Monroe*, así como su desarrollo y aplicación, siendo parte esencial de la política exterior estadounidense. Casanueva hace un repaso de los registros históricos que dieron lugar a esta doctrina⁹. Como es bien sabido, en 1815 el brillante estratega militar francés, *General Napoleón Bonaparte*, es derrotado en la batalla de *Waterloo* en *Bélgica*, por una alianza de potencias europeas entre las que destacaron Inglaterra, Rusia, Prusia y Austria. Las potencias vencedoras se reunieron en la capital del imperio austriaco para la restauración de la Europa pre revolucionaria y para la firma de la Paz de Viena¹⁰. Precisamente en este momento, Estados Unidos se aparta de Europa y le da las espaldas al Atlántico, en claro rechazo a las políticas europeas¹¹. Posteriormente, en el marco de los congresos instaurados en Europa a raíz del *Congreso de Viena de 1815*¹², el cuarto de ellos se lleva a cabo en Verona entre Octubre y Noviembre de 1822. En este se llega al consenso de que el triunfo del gobierno liberal en España¹³, signi-

⁸ Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Iberoamericana. Académica del Departamento de Estudios Internacionales en la Universidad Iberoamericana desde 1996. Docente en las materias de Historia de las Relaciones.

⁹ Casanueva de Diego, Rocío. *La Doctrina Monroe: Su Significado y Aplicación Durante el Siglo XIX*. La Doctrina Monroe – Universidad Iberoamericana. Publicación consultada el 21 de Enero de 2015, a las 12:22 h., en el siguiente link: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.uia.mx%2Fdepartamentos%2Fdpt_estudinterna%2Fdiálogo%2Fword%2Fanticuario.doc&ei=kta_VKH3LOaBsQTzi4GoDw&usg=AFQjCNGU6OWIaGgy-aPcl8ol8wgp846zbA&bvm=bv.83829542,d.cWc>

¹⁰ Es importante destacar que en 1815 se llevó a cabo el Congreso de Viena, el cual tuvo como propósito el restablecimiento de las fronteras entre las potencias europeas de aquel entonces luego de la caída de Napoleón Bonaparte. Una cuestión importante que se produjo en el marco de este acontecimiento fue la creación de la Santa Alianza, iniciativa que protagonizaron el rey Federico Guillermo III de Prusia, el Zar Alejandro I de Rusia y el emperador Francisco I de Austria. Más tarde, esta Alianza de talante eminentemente religioso, sería reemplazada por otra de corte estrictamente político y militar denominado la Cuádruple Alianza por haberse sumado Inglaterra (Francia se uniría luego en 1818). El objetivo de esta alianza era preservar el absolutismo como política de Estado y conformar una fuerza que permitiera hacerle frente a las amenazas del liberalismo. Este fue el inicio de la etapa de Restauración en Europa.

¹¹ Eliot Morison Samuel, et. *Breve Historia de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, 1980. Como se cita en Casanueva de Diego, Rocío. Loc. Cit.

¹² El desarrollo de estos encuentros significaron una nueva etapa del viejo continente, conocida como la etapa de la "Europa de los Congresos".

¹³ Tal como lo señalan los historiadores, la revuelta de Rafael del Riego en España trajo consigo el Trienio Liberal comprendido entre 1820 y 1823; etapa durante la cual los liberales restablecieron la Constitución de Cádiz de 1812 y desplegaron distintas reformas.

ficaba una amenaza a los ojos de los líderes de la Restauración en Europa¹⁴. Para ello, las fuerzas militares francesas al mando del Duque de Angulema, serían autorizadas a ingresar al territorio español para la restitución del soberano Fernando VII en el poder¹⁵. En este punto, las posiciones de distintos autores coinciden en que los hechos ocurridos se dieron de la siguiente manera:

“(...) tras la agitación internacional causada tanto por las revoluciones liberales de 1820 en Cádiz, Oporto, Nápoles y Turín como por el desarrollo de las independencias de Grecia y de la América española, la reunión del Congreso de Verona entre el 20 de octubre y el 14 de diciembre de 1822 colocó la cuestión española en el centro de la diplomacia de las grandes potencias. Muy poco después, el 7 de abril de 1823, un ejército francés de unos 90.000 hombres —los cien mil hijos de San Luis— atravesó la frontera de los Pirineos y, tras una rápida campaña militar, restableció a Fernando VII en la soberanía absoluta de la que le habían privado los liberales españoles tras la revolución de 1820”¹⁶.

La profesora Casanueva señala, que estos acontecimientos fueron vistos con temor por Inglaterra, dado que las potencias de la Santa Alianza podrían promover una recuperación de las colonias en América por parte de los españoles¹⁷; lo cual perjudicaría el naciente comercio que tenían los británicos con las recién independizadas colonias. Para ello, propone a Estados Unidos la elaboración de una “declaración conjunta de oposición contra la

¹⁴ Casanueva de Diego, Rocío. Loc. Cit.

¹⁵ Este episodio histórico también es relatado por la profesora Rosario de la Torre del Río, de la Universidad Complutense de Madrid, quien cuestiona la existencia de este tratado, argumentando que se trataría de una falsificación periodística posterior a la intervención francesa en España; y que no existió ninguna decisión de la Santa Alianza (alianza conformada por Inglaterra, Rusia, Prusia y Austria) para la ocupación de Francia.

¹⁶ De La Torre Del Río, Rosario. 2011. *El falso tratado secreto de Verona de 1822*. Cuadernos de Historia Contemporánea, Vol. 33, 277-293. Universidad Complutense de Madrid. Artículo consultado el 21 de Enero de 2015, a las 12:48 h., en el siguiente link: <<http://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/viewFile/37950/36713>>

¹⁷ Esta situación repercute profundamente en el continente Americano. En aquel escenario, se destaca la presencia de Bernardo O'Higgins, José de San Martín y particularmente la figura de Simón Bolívar; todos ellos propulsores del proceso de consolidación de la independencia de las colonias españolas en América. Es menester mencionar que en 1825 (apenas un año después de la victoria total de las fuerzas patriotas al mando del General Antonio José de Sucre, sobre las fuerzas españolas al mando del virrey La Serna, en Ayacucho en 1824), el general Simón Bolívar es alertado sobre una situación preocupante de amenaza de invasión de la Santa Alianza en el istmo de Panamá. Frente a tal circunstancia, Bolívar adoptó 2 decisiones importantes. En primer término, la decisión militar de enviar un contingente militar al istmo de Panamá, al mando del general Antonio Valero de Bernabé; y en segundo lugar la decisión diplomática de convocar a un Congreso Anfictiónico en Panamá el año 1826, para concertar una alianza capaz de hacerle frente a la amenaza pro absolutista de la Santa Alianza. Este Congreso es el principal antecedente de lo que hoy conocemos como la Organización de los Estados Americanos (OEA).

intervención europea en América"¹⁸. En este punto, cumple un papel preponderante el ministro inglés G. Canning, quien habría liderado la iniciativa británica orientada al logro de la declaración conjunta¹⁹.

Ergo, el 02 de Diciembre de 1823 es una fecha histórica en la Política Exterior de los Estados Unidos. El discurso del presidente de los Estados Unidos James Monroe tuvo una acogida positiva en el pueblo estadounidense, aunque muy pocos entendieron en ese momento el valor contenido en este. Se trataba de la postulación abierta y revelada entre líneas de la *Doctrina Monroe*²⁰. Casanueva, citando al profesor Eliot Morison, trae a colación 4 fragmentos del discurso que revelan la doctrina materia de análisis²¹:

a. "Los continentes americanos... no podrán considerarse ya como campo de futura colonización por ninguna potencia europea."

b. "El sistema político de las potencias aliadas es esencialmente distinto... del de los Estados Unidos de América. Considerando todo intento de su parte por extender su sistema a cualquier porción de este hemisferio como peligroso para nuestra paz y seguridad."

c. "No nos hemos entrometido ni hemos de entrometernos con las actuales colonias o dependencias de ninguna potencia europea."

d. "Nunca hemos intervenido en las guerras de las potencias europeas sobre cuestiones concernientes a ellas, ni se aviene a nuestra política hacerlo." (Eliot, et Al 1980, 239).

En este discurso resalta la famosa frase *America for the Ameri-*

¹⁸ Casanueva de Diego, Rocío. Op. Cit. p. 2.

¹⁹ Al respecto, el texto titulado *Un Siglo de España: Centenario 1898-1998* de la Universidad de Castilla-La Mancha, hace una aproximación al tema del origen de la doctrina Monroe y el papel que cumplió el mencionado ministro inglés G. Canning, señalando: "En relación con el papel de Gran Bretaña en el concierto internacional y frente a las potencias absolutistas, encarnadas en ese momento por la Santa Alianza, hay que mencionar el proyecto del ministro inglés G. Canning. En agosto de 1823 (meses antes, por tanto, de que Monroe pronunciara su discurso de Navidad en el Congreso), Canning elevó, por conducto diplomático, ante los Estados Unidos la propuesta de firmar una declaración conjunta cuya finalidad sería frenar las ambiciones territoriales de Francia, Rusia e incluso el posible intento restaurador español. Esta iniciativa diplomática quedó frustrada ante la oposición contundente del secretario de Estado John Quincy Adams (luego presidente de la Nación), pues habría interpretado que la propuesta de Canning iba contra la Santa Alianza sólo aparentemente, pero que en realidad se trataba de impedir que los Estados Unidos extendieran sus dominios a expensas de las colonias españolas en América. Esta creencia le movió a convencer al presidente Monroe para que lanzara su famoso discurso, convirtiéndose, así pues, el propio Adams en el responsable ideológico último de la Doctrina". En Universidad De Castilla - La Mancha. 1998. op. cit. p. 404.

²⁰ Un aspecto que debe subrayarse es la determinación de los Estados Unidos para defender los principios explicados en esta Doctrina. Dicha determinación se ve reflejada en la disposición del pueblo estadounidense para acudir a la guerra frente a las amenazas extranjeras.

²¹ Casanueva de Diego, Rocío. op. cit. p. 2.

*cans*²². La orientación de la Doctrina Monroe era fundamentalmente expansiva y complementaba la política exterior estadounidense desde su independización; pues la consigna, a partir de su postulación en el mencionado discurso, dejó de ser únicamente la no participación en los asuntos de las potencias europeas, para sumarle luego el objetivo claro de expandir su dominio territorial. Así se advierte en el trabajo de la profesora Rocío Casanueva cuando señala:

“En efecto, desde sus inicios los Estados Unidos buscaron la expansión en el continente americano “con extraordinaria fijeza de propósito”. Antes de terminar el siglo XVIII habían firmado una serie de tratados para fijar los límites con Canadá y la Florida en su favor; habían abierto el río Mississippi al comercio norteamericano y empezaron a establecer intereses comerciales en las Indias Occidentales británicas. Esta primera etapa culminó en 1803 con la compra a Francia de la Louisiana, que dio a la joven nación un inmenso territorio sin fronteras definidas al oeste del Mississippi, así como reclamaciones de territorios españoles de Florida y de Texas.”²³

Asimismo, la expansión al Oeste de América del Norte, era algo asumido como parte de la ideología del destino manifiesto:

“(...) el Destino Manifiesto está claramente implícito de igual modo en la conquista y colonización del “Lejano Oeste”, cuyo resultado final es desde luego la consolidación de unos límites territoriales mucho más amplios que aquellos otros de los que partían las antiguas trece colonias tras su guerra con la metrópoli británica en el último cuarto del siglo XVIII. Se conformó, desde luego, una poderosa nación, territorialmente hablando”²⁴.

Retomando la línea histórica, el discurso de 1823 fue entonces una manifestación unilateral de rechazo a cualquier intento de ocupación de las potencias Europeas. La *Doctrina Monroe* quedaría impregnada en el perfil del ciudadano estadounidense, pues esta corriente ideológica sería parte de su formación personal junto a la del *Destino Manifiesto*.

IV. Las respuestas al unilateralismo norteamericano

Durante el siglo XX, la política exterior de los Estados Unidos,

²² Al respecto, el traductor Gustavo A. Silva, del servicio de Traducciones - Organización Panamericana de la Salud, Washington, D.C., presenta un artículo titulado *America for the Americans: las consecuencias que una visión geocéntrica tiene para la traducción*, en el que señala que esta frase “(...) es el resumen de la doctrina Monroe, enunciada por el presidente estadounidense de este apellido en 1823 con el fin de poner freno a la intervención de las potencias europeas en el Nuevo Mundo”. En Silva, Gustavo A. Artículo *America for the Americans: las consecuencias que una visión geocéntrica tiene para la traducción*. Consultado el 22 de Enero de 2015, a las 11:12 h., en el siguiente link: <http://cvc.cervantes.es/lengua/esletra/pdf/04/056_silva.pdf>

²³ Casanueva de Diego, Rocío. op. cit. p. 2.

²⁴ Universidad de Castilla – La Mancha. 1998. op. cit. p. 406.

influenciada por la *Doctrina Monroe* y el *Destino Manifiesto*, sufriría adecuaciones coyunturales y cambios en su aplicación, emanados de las distintas gestiones de los presidentes estadounidenses. Tal es el caso de las ocupaciones militares unilaterales que se realizaron en distintos países del continente americano. Sin duda, esta política constituyó una herramienta fundamental para abrirse paso en el escenario internacional y fue una corriente lo suficientemente maleable para adaptarse a la situación que lo hubiera requerido. En respuesta a esta llamada "Política Imperialista", surgirían luego movimientos e ideologías de resistencia, cuyo discurso denunciaría el imperialismo estadounidense. En referencia a este tema, Raúl Bernal de la Universidad de Buenos Aires señala:

"El tema del multilateralismo y el unilateralismo en la política mundial es fundamental para abordar la "agenda latinoamericana de la política exterior". Los países latinoamericanos, débiles de poder en la estructura de poder mundial, están fuertemente limitados en sus márgenes de autonomía de decisión internacional. Dependen de la concertación de alianzas y de las negociaciones internacionales, del funcionamiento de foros, instituciones y regímenes para poder conseguir algunos de sus objetivos de política exterior vinculados con el desarrollo y su seguridad. Obviamente esas posibilidades dependen de la estructura de poder existente y del papel y la posición que adopta la principal potencia en éstos"²⁵.

Específicamente con respecto a lo que ocurre en el continente Americano, la hegemonía en el plano del multilateralismo ha sido siempre ejercida por los Estados Unidos. Al respecto Raúl Bernal expresó:

"Desde fines de 1989 los Estados Unidos se han enfrentado al desafío de cómo proceder para ejercer la hegemonía global. La cuestión central para la potencia ha sido cómo resolver el tema del liderazgo: con multilateralismo o unilateralismo, en la medida que la agenda de la política exterior norteamericana también está siendo transformada por los cambios globales y transnacionales"²⁶.

Ineludiblemente debemos mencionar que la aplicación de la *Doctrina Monroe* y el *unilateralismo norteamericano*, son el insumo principal del discurso del actual régimen Bolivariano en Venezuela. Desde la entrada al poder que hiciera el fallecido presidente Hugo Rafael Chávez Frías en 1998 hasta la actualidad con

²⁵ Bernal-Meza, Raúl. 2004. *Multilateralismo y Unilateralismo en la Política Mundial: América Latina ante el Orden Mundial*. Publicado en Historia Actual online. Revista Electrónica. (ISSN: 1696-2060). Área de Historia Contemporánea. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Cádiz. 11003 Cádiz (España). Editada por la Asociación de Historia Actual. p. 83. Consultado el 02 de Noviembre de 2014, a las 11:05 h. Recuperado de: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/996052.pdf>

²⁶ *Ibidem*.

el gobierno del presidente Nicolás Maduro Moros, el gobierno venezolano ha denunciado las consecuencias y efectos de la política exterior norteamericana. Los argumentos anti imperialistas se pusieron de manifiesto en distintos escenarios nacionales e internacionales. Así por ejemplo en el Discurso de orden del Canciller Nicolás Maduro ante la *Asamblea Nacional*, en la sesión solemne realizada en el *Hemiciclo Protocolar* en la que se conmemoró el 201 aniversario de la firma del Acta de la Independencia de Venezuela, se expresó textualmente:

“Durante los siglos XIX y XX se batieron en duelo las ideas y el proyecto de emancipación de los libertadores y la herencia que nos dejaron con el proyecto de Monroe, de “América para los americanos”. El proyecto de la elite imperial estadounidense, heredera directa de la visión colonialista británica. Incluso, antes de ser formulada formalmente como tal, la nefasta Doctrina Monroe comienza a ser practicada por el gobierno de los Estados Unidos especialmente contra Bolívar, antes de su celebración, y durante su transcurso el Congreso de Panamá fue saboteado sistemáticamente por los Estados Unidos. Apenas asomaba en el horizonte nuestro americano, la Constitución y consolidación de la anfictionía propuesta por el Libertador, Estados Unidos llevaba a su máxima y casi perfecta expresión, el principio aquel de divide y vencerás, en tal sentido, fueron giradas instrucciones a los agentes diplomáticos, en toda nuestra América, para que impidieran a toda costa la realización del proyecto unitario bolivariano. Estos agentes se dedicaron no sólo a difamar políticamente a Bolívar, sino a intentar asesinarlo moralmente”²⁷.

Estas declaraciones, sumadas a la política exterior actual de Venezuela han conducido a distintas fricciones con los Estados Unidos en diversos escenarios del Multilateralismo regional y Mundial. Lo que Venezuela persigue es cumplir con la tarea histórica de Bolívar de lograr una alianza de países latinoamericanos capaz de hacer frente a las potencias mundiales y hegemónicas, principalmente al vecino país del norte.

V. Los cambios actuales en la política exterior norteamericana y su incidencia en América

Muy a pesar de que este tema aún forma parte de acaloradas discusiones, y de infinidad de manifestaciones de crítica y rechazo en el ámbito del estudio del contexto internacional; lo cierto

²⁷ Discurso de orden del Canciller Nicolás Maduro ante la Asamblea Nacional, en la sesión solemne realizada en el Hemiciclo Protocolar de la Asamblea Nacional, en la que se conmemoró el 201 aniversario de la firma del Acta de la Independencia de Venezuela, el 05 de Julio de 2012. Véase: sucreranda Hugo Chávez Venezuela. 2012. *Discurso del Canciller Nicolás Maduro ante la AN. 5 Julio 2012, 201 años Independencia Venezuela* (transcripción). Video grabación del 05 de Julio del 2012. Consultado el 20 de Abril de 2015, a las 10:06 h., en el siguiente link: <https://www.youtube.com/watch?v=CUI8spVnPNQ>

es que en la actualidad el discurso de los Estados Unidos se ha venido adecuando a los principios del derecho internacional, que se desarrollan en el marco del respeto a la soberanía y el principio de no intervención estatal. Este argumento encuentra sustento en lo expuesto por el diplomático peruano Germán Vera Esquivel, quien en su obra recientemente publicada en octubre del año 2014, señala literalmente²⁸:

“El año 2013 en la sede de la OEA, en Washington, el Secretario de Estado de los Estados Unidos John Kerry manifestó una frase que motivó los aplausos de los asistentes. El senador Kerry señaló que: “la era de la doctrina Monroe ha terminado”²⁹.

Este hecho evidentemente representa un hito en la historia de la política exterior practicada y proclamada por los Estados Unidos, pues se presume que cierra un capítulo de casi 200 años en los que el Mundo observaba flamear la bandera de esta doctrina, con sus consecuentes efectos expansionistas y la aplastante fortaleza del gigante del norte.

Tampoco se debe soslayar el hecho de que, a pesar de que estas corrientes alimentan un perfil históricamente sólido y que reviste cierta rudeza en los Estados Unidos como estado, es innegable que ese país ha sufrido duros golpes a través de su historia; dificultades que ha sabido superar con gran destreza. Tal es el caso de la terrible crisis económica derivada de la Gran Depresión originada en Estados Unidos a partir de la caída de la Bolsa en 1929; o la derrota norteamericana en la Guerra de Vietnam iniciada en 1955; o más recientemente hablando, el episodio que caló en las memorias del pueblo estadounidense y de la comunidad internacional en general, con el atentado terrorista del 11 de Septiembre en la ciudad de Nueva York y otras localidades del país.

El rostro de las Américas viene sufriendo fuertes cambios, dando paso a una apertura ideológica producto del manto democrático que envuelve a todos sus Estados. Muestra de ello es el diálogo y el restablecimiento de la diplomacia entre Cuba y Estados Unidos, suceso que sienta precedente en el proceso de cambio del escenario internacional. Como muestra de ello, el 21 de Enero del 2015, la Página Web de la BBC Mundo informaba sobre el discurso del actual presidente de los Estados Unidos, Barack Obama con las siguientes palabras:

“En su discurso del Estado de la Unión, el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, le pidió al Congreso que empiece a trabajar para acabar con el embargo a Cuba. Además, dijo que es hora de probar una nueva política hacia la isla, porque -según afirmó- la que se ha aplicado en los últimos 50 años ha fracasado. Por otra

²⁸ Vera Esquivel, Germán, 2014, *La Carta Democrática Interamericana y el Rol de la OEA en el siglo XXI*. 1era. Edición: Septiembre de 2014. Lima. Instituto de Estudios Social Cristianos, pp. 25-26.

²⁹ “Noviembre de 2013, en: <http://www.state.gov/secretary/remarks/2013/11/217680.htm>”. Como se cita en Vera Esquivel, Germán. *Ibidem*.

parte, Obama dio la bienvenida al contratista estadounidense Alan Gross, quien fue liberado por Cuba el 17 de diciembre y que se encontraba presente en el Congreso.”³⁰

Estas muestras de cambio y respeto por la autonomía y soberanía de los países que forman parte del continente Americano, impelen hacer una profunda reflexión sobre la base de las necesidades que urgen en la agenda hemisférica. El hecho de superar episodios históricos y ponderar el valor del respeto entre los Estados, como se denota en los últimos gestos de los Estados Unidos, es una circunstancia saludable que debe empujar a los *Estados Progresistas* de Latinoamérica (como Venezuela), a dejar de lado los rencores políticos e históricos y estrechar lazos más sólidos de confianza y respeto para trabajar en las prioridades regionales como la lucha contra la pobreza, la seguridad multidimensional, la lucha contra la corrupción, entre otras tareas.

El *Derecho Internacional* en América no debe encontrar obstáculos en la política exterior áspera de los Estados; sino más bien, resulta prioritario fortalecer las instituciones jurídicas de gran valor que constituyen un importante capital para los países de las Américas, como lo es el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Esperemos que efectivamente la nociva *Doctrina Monroe* haya perdido vigencia; no solo en el discurso diplomático, sino también en el quehacer de los Estados que forman parte de la comunidad Americana y Mundial.

³⁰ BBC Mundo. Noticia “Lo que dijo Barack Obama sobre el embargo a Cuba”. Publicado el 21 de Enero de 2015. Última actualización: 10:30 GMT. Consultado el 22 de Enero de 2015, a las 16:28 h., en el siguiente link: <http://www.bbc.co.uk/mundo/video_fotos/2015/01/150121_video_eeuu_cuba_obama_discurso_fin_embargo_ms>

¿QUIÉN ES VIGIL?

Juan Carlos Valdivia Cano

Siempre me sorprendió que don Manuel González Prada («El primer instante lúcido de la conciencia peruana» según Mariátegui) en sus célebres y libérrimas *Páginas Libres* se ocupara elogiosamente solo de dos peruanos, en artículo o ensayo especial y con nombre propio: Miguel Grau y Francisco de Paula González Vigil. ¿Por qué de ellos no más? ¿Por casualidad? Y si no es por casualidad ¿qué tiene que ver con ellos y qué hay entre ellos? Durante muchos años no se me ocurrió pensar siquiera como podían vincularse esos dos personajes peruanos en el alto espíritu de don Manuel, que en esos años me parecían tan dispares (un cura y un marino). Hoy ya no me lo parecen tanto, por no decir nada, porque en lo esencial son idénticos. De esa identidad queremos tratar aquí.

Por lo menos ahora tenemos una hipótesis: a esos dos personajes aparentemente disímiles los une la grandeza, la generosidad, la potencia; un mismo sentido vital de lo heroico —sin discurso sobre el heroísmo— de la aventura, metafísica, literaria, marítima o política, cada uno en su mismidad, en su diferencia. Grau en el anchuroso mar en algún punto del Pacífico sur. Vigil en la brega teológica y filosófica, política y social de este “tierno y cruel país” (Basadre) y con toda el alma. De Grau dice el célebre autor de “Horas de lucha”: “disfrutó como Washington la dicha de ser el primero en el amor de sus conciudadanos. El Perú le apostrofaba como Napoleón a Goethe: Eres un hombre... Y lo era tanto por el valor como por las otras cualidades morales. En su vida, en su persona, en la más insignificante de sus acciones, se conformaba

el tipo legendario del marino". *Mutatis mutandis*, se puede decir exactamente lo mismo de Vigil, aquí en la tierra: "Bastaba contemplar una sola vez su fisonomía para convencerse que había matado el odio en su corazón. Pero no hay que atribuir su impertertable mansedumbre a timidez o cobardía: bajo la apacibilidad del semblante, ocultaba la fortaleza del hombre manso. Él supo encararse con Santa Cruz, Gamarra y Castilla cuando muchos enmudecían y temblaban. Como escritor figura entre los osados y valientes". ¿Cómo hablar de timidez y cobardía con un cura que encaró directamente al mismo Papa?

Para volver a él, me gustaría poner en consideración del amable lector, algunas opiniones muy puntuales de algunos peruanos sobre la persona y la obra de Vigil, (gracias a la excelente biografía de Alberto Gonzales Marin, el ensayo sobre Vigil de Jorge Basadre y el de don Manuel). Allí se usa atinadamente más de una vez, tácita o expresamente, el adjetivo "heroico" a propósito de Vigil. Intento mostrar que no era ninguna exageración. Sin embargo, son legión los peruanos para quienes el nombre de Vigil es solo eso, un nombre que han escuchado por ahí, que "les suena", pero no saben claramente quién es, qué pensaba, cómo pensaba, su cosmovisión, su persona. Y eso no es grave para Vigil (que debe seguir luchando y escuchándose si está en algún lugar). Es grave para la educación cívica de los peruanos que sufren de una carencia fundamental: mitos o paradigmas republicanos vivientes. Para reemplazar a los de hoy, como Gisela, Manco, Pizarro, Gutu, Melissa Loza, Peluchin, la Urraca, la Bozzo y otros modelos. Solo tenemos un Vigil. Y nos damos el dudoso lujo de menospreciar ese ejemplar único de demócrata republicano de carne y hueso, hasta el último día de su vida. No estaba en su destino volverse bombero. No murió en su ley, sino que murió y vivió por la ley, es decir por el derecho de los pueblos que aspiran a la libertad.

Por eso como Grau solo hay uno: Francisco de Paula Gonzales Vigil. Y de ahí la asociación de estos nombres en don Manuel. Perd de Grau por lo menos tenemos referencias por el colegio. Por no decir del estereotipo con el que nos sub alimentan y el rito mecánico que solo funciona una vez al año: el 8 de octubre. Y las fuerzas armadas, así como están en nuestro tiempo, se han apropiado de su figura, como si todos sus miembros fueran como Grau. Lo digo porque no parece que esas ceremonias anuales estimulen mucho el sentido del heroísmo en la población, sobre todo en la juventud y la niñez. Lo importante y simpático para ellos es que el 8 de octubre es feriado todo el día. Y el heroísmo es algo que no se puede meter a la mala, en el extraño caso que eso se intentara. Yo solo creería en un héroe capaz de darme un ejemplo (como decía *don Fede* del filósofo) y que se evitara el ridículo de fingirlo. Y don Manuel decía: "Pocas vidas tan puras, tan llenas, tan dignas de ser imitadas, como la de Vigil".

Otra opinión sobre Vigil que merece ser conocida y meditada si el amor a la patria no es una ficción romántica, es la de un peruano de lujo, algo olvidado y ninguneado, Raúl Porras Barrenechea, que ha propósito de Vigil dijo muy clara y contundente

mente: "El Perú comenzó a existir materialmente como patria, no cuando Gamarra dio el primer cuartelazo a La Mar, sino cuando la voz de la libertad se encarnó en las arengas de Vigil, contra el poder anti constitucional del Presidente de la República, para decir el primer *yo acuso* de nuestra historia". Hoy día diríamos defensa del estado de derecho o, mejor aún, del estado constitucional de derecho, en nuestro caso de la democracia republicana. Vigil fue el primero que defendió esos valores a voz en cuello, con una fuerza y una serenidad que conmueven, motivan e incitan a poner el brazo.

Y por eso la pasó bastante mal durante la mayor parte de su larga vida adulta, aunque terminara siendo reconocido por una multitud que lo acompañó en su último viaje. Porque se enfrentó solo a los poderes ideológicos y políticos de un país *inmaduro*: un nombre más justo que *sub desarrollado* tal vez. Pero en ambos casos se trata de un hombre genuinamente moderno en una situación o contexto de pre modernidad. Si hay un paradigma integral y pleno de un peruano viviendo veinticuatro horas al día conforme a sus principios y a sus valores, ese es Vigil en la nascente República, que aún está lejos de consolidarse y que en su época estaba aún más lejos de tolerar y aceptar las ideas de un personaje como él: primer apóstol de la libertad y el estado laico en Hispano América.

Pero quien ha necesitado menos palabras aun para decir de manera más completa, clara y rotunda quien es Vigil es su paisano Jorge Basadre, y no por serlo, sino por un justo reconocimiento a la grandeza humana, sobre todo cuando hay evidente grandeza humana. Basadre (otro "héroe de nuestro tiempo") jamás hubiera dicho algo si no lo hubiera creído con toda su espléndida inteligencia y con todo su corazón: "Tuvo la pureza del santo, la ingenuidad del niño, el cerebro del sabio, el espíritu luchador del héroe, la abnegación del apóstol, la visión del profeta. Fue un cerebro. Pero sobre todo fue una conciencia".

Empecemos por "la pureza del santo". Su carácter (no su temperamento, aparentemente manso) es otro de los rasgos que lo hace único en su siglo. No se trata de mal o buen genio, ni de poderío intelectual o de una gran erudición (como en el caso de Vigil, que era un portento) sino de una humanísima experiencia mística, que está más allá de lo intelectual, de lo teórico abstracto y de la erudición, comparable con la experiencia de Mariátegui en el siglo veinte. A pesar de las claras diferencias de estilo y de siglo, con una cierta ventaja referencial para Mariátegui. Es preferir la vida al intelecto, pero no cualquier vida sino vida cualitativa, que no teme morir sino traicionarse a sí misma. Es llevarla más allá de lo posible, y de lo decible, es seguir sin tregua el camino agustiniano de la perfección espiritual, que no descuida ni menosprecia el cuerpo porque no lo distingue del alma. Esa perfección espiritual que puede ser entendida y vivida de diversas maneras, por ejemplo como un aumento de potencia, de capacidad de actuar, de producir, de crear.

Con respecto a "la ingenuidad del niño", por lo menos hay que descartar la confusión con la bobería o la tontera. A eso no parece referirse. Creo que se trata más bien de una virtud, es decir, de la expresión de una potencia, de una fuerza. *Virtus* es fuerza. Y no es tan simple de explicar ni fácil de lograr, porque se trata de lo que, según un libro de Fernando Savater, podría entenderse como *una recuperación de la infancia*. Tal vez los niños no son genios, pero tienen todas las características del genio. Y se manifiesta artísticamente, filosóficamente, etc. Un niño sano y muy normal de cinco años me hizo dos preguntas: ¿las hormigas duermen?, ¿de dónde sale el viento? No se diferencian mucho de la pregunta por la caída de la manzana de Sir Isaac Newton. Pero el niño no la plantea en tanto genio sino en tanto niño, porque todos los niños son en general geniales. Y eso es lo que se pierde con la adultez, la genialidad, y por eso luego se puede plantear la tarea de recuperarla: es también, en cierta manera cómo la proustiana recuperación del tiempo perdido, de la memoria creativa y del salubre olvido. Y es la genialidad de Vigil, justamente, lo que lo hace un niño.

Don Manuel lo explicaba así: "Acusen a Vigil por exageración de las buenas cualidades, no por exceso de las malas. Era un altruista con subido color de optimismo. Poseía sencillez infantil que no le dejaba ver el ridículo de ciertas acciones o palabras". *Gran defecto de Vigil*. Pero lo que ganamos como adultos, con la madurez y la aceptación de la realidad, lo pagamos con la pérdida de algunas capacidades y potencias infantiles y juveniles, después reprimidas, menospreciadas, rechazadas, negadas, consciente o inconscientemente, debido a un conjunto de prejuicios propios de la edad adulta y que a veces los adultos lo vemos coma virtud. Y pueden serlo desde el punto de vista de la razón, pero no desde el punto de vista de la vida. No se recupera la infancia con un cursillo de cuatro semanas. Hay un cierto instinto, un aspecto de la animalidad, bien entendida, es decir, sin complejos de superioridad antropomórficos, que perdemos en el proceso de adaptación a la civilización y con ello la fuerza para vivir más allá de la mediocridad. Solo que algunos seres parecen no haberla perdido nunca. Y todo indica que Vigil era uno de ellos. Así pudo mantener el alma limpia y pura del niño hasta el último día de su vida.

La sabiduría de Vigil, que reconoce Basadre, no es la sabiduría del político cazarro que no da puntada sin hilo y calcula hasta el mínimo movimiento. Es la sabiduría del hombre pleno y generoso que, como el niño, no vive calculando (muchas veces pierde hasta la vida por no calcular) porque carece de la suficiente sensatez adulta para medir las consecuencias de sus actos y de los actos de los demás frente a él, para ver qué le conviene personalmente y qué no. Pero puede ver la realidad integralmente y por encima de los intereses parciales de sus compatriotas. Sabía que lo que tenía que decir y hacer no podía dejar de decir y hacer de ninguna manera, aunque le haya sido muy inconveniente, aunque no les haya gustado a sus poderosos enemigos o a la mayoría de amigos y compatriotas, como ocurrió con Luna Pizarro y el Dean Valdivia frente a su ex compañero y ex amigo Vigil. *Él acusaba, él debía*

acusar. Y para eso le bastaba con existir, ya que su existencia misma era una acusación contra todos los bomberos de este mundo.

Es una sabiduría (es lo mínimo que puede decirse) inseparable del coraje y hasta de la audacia política e ideológica, «el espíritu luchador del héroe», como dice Basadre, la del ser humano que ha escrito cinco mil páginas de historia del papado y de alegatos en defensa de los gobiernos civiles contra la *Curia romana*, con esa sapiencia, con esa asombrosa erudición y ese jurisprudente manejo de los argumentos, de las buenas razones que le costaron la ex comunión a él, y a su texto ser considerado en el índice de los libros prohibidos o censurados por el Vaticano del Papa Pío IX, es decir, su voluminosa y aplastante tesis: "Defensa de la autoridad de los gobiernos contra las pretensiones de la Curia romana" (junto al discurso contra el celibato del Dean Valdivia). Y don Manuel comenta: "Dos condenaciones seguidas: no bastó más para que Vigil se convirtiera en objeto de admiración para unos y materia de escándalo para otros. Un hereje que, en lugar de amilanarse con los anatemas, erguía la cabeza y se encaraba con el Sumo Pontífice, era cosa nunca vista en el Perú... Soportando los insultos y calumnias de la *gente santa*, sin protección alguna de los Gobiernos, atenido a sus propias fuerzas, Vigil continuó por más de 25 años en su obra de propagandista y defensor del Estado contra la Iglesia". Tal vez será más exacto decir "propaganda y defensa" de la separación republicana de los asuntos eclesiásticos y estatales.

El "espíritu luchador del héroe" es evidentemente inseparable de "la abnegación del apóstol": 30 años casi sin parar en la contienda política e ideológica, y miles de hojas defendiendo la vida republicana. Vigil es el héroe civil, el héroe discreto, el héroe "sin énfasis", para decirlo savaterianamente. Y don Manuel recuerda la trayectoria de ese espíritu: "Vigil, en su evolución religiosa se despojó de las creencias católicas, para vivir confinado en una especie de cristianismo liberal o vago teísmo cristiano. Al decir que "dejó al clérigo entregado a los teólogos y se quedó de hombre", tuvo por conveniente agregar, "aunque siempre cristiano, porque el Evangelio es la religión de todo hombre de bien, pero como estaba en la cabeza y el corazón de Jesucristo". Él espíritu, no la letra: "La letra mata, el espíritu vivifica".

Pero también Francisco Mostajo, el más libre de los arequipenos, ha dado su opinión sobre Vigil, a quien leía y admiraba profundamente. Él sabe que a Vigil no le faltan los enemigos: «Os han mentido quienes os dijeron que fue blasfemo el más puro de los sacerdotes y el más bondadoso de los laicos. En los labios del filósofo nunca hay blasfemia. Solo hay verdad. Os han mentido también quienes os dijeron como un baldón para su ceremonia, que fue apóstata. ¿Apóstata? ¿Acaso la humanidad que progresa no lo es? Vigil, que en su conciencia luminosa no confundía los trastos primitivos con el sentimiento religioso que circunda a la naturaleza y al hombre, puso constantemente en libertad a la conciencia de los pueblos de los trastos de los que el había liberado a la suya». Cuantas mentiras, incompreensión, envidia, odio y

canalladas debe soportar el hombre superior por distinguirse de la mayoría, del rebaño, que jamás va aceptar y entender un pensamiento y una manera de ser consistente con ella, incompatible con sus creencias y valores tradicionales y conservadores.

Y también «el tunante», Abelardo Gamarra, al recordar a Vigil, a quien conoció personalmente, coincide básicamente con las opiniones anteriores e incluso con términos muy parecidos. Y no parece casualidad o un complot a favor de Vigil. El complot fue en contra de él más bien. Y sigue aún. De las opiniones, como sabemos, hay que ver de quien vienen, nada más: «Aquel hombre, (Vigil) se adueñó de nuestro corazón. Lo vimos algunas veces, y con nuestro respeto creció nuestro cariño, porque no admiramos tanto su saber cómo nos prendamos de su carácter. A nadie hemos conocido más benévolo: fue un hombre completo, en el sentido moral de la palabra. Fue el primer hombre superior que nos enorgullecemos de haber conocido».

Y Jorge Guillermo Leguía (a quien Basadre llamaba hermano) agrega por si fuera necesario: «Vigil es uno de los orgullos más legítimos del Perú. Como un Mariscal Domingo Nieto nos redime de las vergüenzas del caudillaje militar, y como el heroísmo de los próceres de Angamos y de Arica nos hace olvidar el bochorno de los infames, traidores y cobardes que nos condujeron al desastre del 79, el gran tacneño reivindicó el honor de nuestra política y la dignidad de nuestra Iglesia y nos proporcionó el consuelo de saber que no es país completamente perdido el que, como el Perú, produce un espíritu de sus excelsas cualidades y de su inmaculada conducta». Y eso habla también de su tierra, de su *patria chica*.

Y también opina Félix Denegri Luna, opinión que es interesante porque, aparte de sus calidades humanas, se trata de alguien que, coma él mismo lo señala, no comulga ideológicamente con Vigil, como creo si se da en el caso de Basadre y Mostajo, aunque entre seres autónomos y libres no haya nunca coincidencia absoluta: «El prócer tacneño fue uno de los hombres del siglo XIX que dedicó su vida al culto de la libertad, no obstante las renunciaciones personales y sacrificios sin fin que su actitud le significó... Estando en un terreno ideológico, no solo distante sino adverso al que en vida se situara Gonzales Vigil, hoy, con la serenidad que da el alejamiento en el tiempo, no queda otro camino que reconocerlo como una de las insignes figuras peruanas del siglo XIX». Y yo diría también del siglo XXI, donde Vigil es aún más vigente que nunca. Porque, coma señalaba Jorge Basadre, tuvo también «la visión del profeta»: construir la República por la justicia y la libertad de los pueblos.

Y como hemos comenzado y seguido a don Manuel en su largo, hermoso y documentadísimo ensayo sobre Vigil, tenemos la honrosa necesidad de terminar con él porque nadie puede ser más afinado para hablar sobre él: «En fin, por la fortaleza de su carácter, por la sinceridad de convicciones, por lo inmaculado de la vida, Vigil redime las culpas de toda una generación. No tuvo rivales ni deja sucesores, y descuella en el Perú como solitaria columna de mármol a orillas del río cenagoso».

EL CRIMEN DE SANGRE EN LA INTENDENCIA DE AREQUIPA. ANÁLISIS DE LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA EN AREQUIPA 1784 - 1796.

César Belan¹

1. Ataques a la indemnidad corporal: *heridas y homicidios*

1.1 Incidencia. En esta etapa, y ya como CONDORI y CHAMBERS² han documentado, la mayor incidencia de delitos estaba constituida por las ofensas al honor, siguiendo en número las ofensas contra la integridad física (lesiones y los asesinatos). Los crímenes contra la propiedad, y aún más, contra el Estado eran los menos. A pesar que Chambers no ha contabilizado ningún delito contra la vida, el cuerpo o la salud en la época que nos toca analizar (1784-1796)³, como resultado de la presente investigación se han verificado la existencia de siete procesos por lesiones que en la actualidad conocemos como leves o levísimas; cinco por lesiones graves o muy graves —como las que derivan de la fractura de un hueso, o que comprometen un órgano vital, poniendo incluso en peligro la vida— y que en aquel tiempo eran denominadas gene-

¹ El presente artículo se ha llevado a cabo bajo el auspicio del "Concurso de bonos para investigaciones breves - 2014" de la Universidad Católica San Pablo. Asimismo, el autor agradece el apoyo de los profesores Dante Zegarra López, Víctor Condori y Enrique Silvestre García Vega.

² Condori, Víctor, 2010, *Crimen y castigo en Arequipa a fines de la colonia*, en Revista de Derecho. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM, Año 3, núm. 3, Noviembre 2010. Arequipa : Adrus D&L Editores S.A.C.; Chambers, Sarah, *De súbditos a ciudadanos: Honor, género y política en Arequipa, 1780 - 1854*. Lima : Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú - Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 153 y ss.

³ Chambers, Sarah. opus cit. p. 160.

ralmente como *heridas*; cinco tentativas de homicidio; y finalmente tres homicidios propiamente dichos⁴.

Cuadro 1		Total de agresiones físicas por delitos				
Años	Lesiones simples	Lesiones graves (heridas)	Tentativa de homicidio	Homicidio	Total	
1784-1785	2 (50%)	1 (25%)	1 (25%)	0 (0%)	4	
1786-1787	1 (50%)	0 (0%)	1 (50%)	0 (0%)	2	
1788-1789	1 (25%)	1 (25%)	1 (25%)	1 (25%)	4	
1790-1791	0 (0%)	0 (0%)	1 (100%)	0 (0%)	1	
1792-1793	3 (50%)	2 (33.33%)	1 (16.66%)	0 (0%)	6	
1794-1796	0 (0%)	1 (33.33%)	1 (33.33%)	1 (33.33%)	3	
Total	7 (35%)	5 (25%)	5 (30%)	2 (10%)	20	

Fuente: ARA. Intendencia/Criminal. Legajo 85. (1784-1796).
Elaboración propia.

1.2 Las causas.- Por otro lado, aunque sólo existen tres expedientes completos en el ARA⁵, y uno de ellos⁶ fue finalmente desestimado por no haberse encontrado el *corps delicti*, excepto un caso⁷ todos los delitos parecen efectivamente cometidos, tanto por la relación de pruebas presentadas en la sumaria, como también porque en todos los casos se dictó mandamiento de prisión y embargo contra los procesados.

Abundando en este punto, la ausencia de expedientes completos se parece deberse a dos situaciones: la primera se explica por la pérdida de parte de los legajos. Así pues existen una serie de expedientes mutilados, asunto que se muestra palpable por la súbita discontinuación de los actuados. La segunda causa puede

⁴ La omisión de Chambers, suponemos, se debió al particular criterio de clasificación de los delitos por ella utilizado. Así pues, al parecer la investigadora habría considerado únicamente como agresiones físicas a las denominadas "heridas", y no a las que concurrían con una injuria verbal, también conocidas como "injurias reales".

⁵ ARA/Intendencia/Criminal (16-VIII-1785) "Esclavo Andrés Zegarra por el homicidio de Ramón Mantilla"; (10-VII-1796) "Dionisio Cáceres por el homicidio de Thomas de Soto"; y (4-XI-1796) "Eulalia Rosado y Matheo Rosado por la tentativa de uxoricidio por veneno en contra de Thomas Valdivia".

⁶ ARA/Intendencia/Criminal (16-VIII-1785) "Esclavo Andrés Zegarra por el homicidio de Ramón Mantilla".

⁷ ARA/Intendencia/Criminal (27-VIII-1792) "Don Tadeo Rospligiosi por heridas contra la negra María Castillo de Portales". En este proceso todos los testigos desconocen el hecho, y más bien se presentan descargos que señalan la mala conducta de la supuesta agraviada y de su cónyuge.

deberse al abandono o desistimiento de los procesos, lo se comprueba al observarse que muchas de las causas de *heridas* —de naturaleza insignificante— denunciadas de parte (*querella*) y concurrentes con injurias, se interrumpen al finalizar la sumaria; y siendo que los procesos podían durar tres⁸, cuatro⁹ y hasta seis años¹⁰ es lógico presumir que muchos de aquellas causas impulsadas de forma privada, podrían haber quedado en el abandono. Asimismo, el abandono de la causa se pudo deber también a las constantes fugas de las Reales Cárceles que se sucedían con cotidianidad como CONDORI señalará¹¹.

Un ejemplo de estos hechos será la fuga de la Real Cárcel de la ciudad perpetrada por Ignacio Zegarra en 1789, quien luego de “llevar arpa y guitarra” al edificio de la prisión para celebrar el onomástico de su Alcaide Buenaventura Velásquez —y tal como él mismo refiere en su propia declaración— hizo fuga por la puerta principal que permanecía abierta aprovechando del cansancio de sus carceleros, quienes estuvieron haciendo música y bailando hasta las dos de la mañana¹². De igual manera, en el proceso seguido contra Eulalia Rosado y su concubino se dará cuenta de la fuga de ésta rea del hospital de San Juan de Dios donde estaba reclusa¹³.

1.3 Descripción de las agresiones.- Las agresiones simples más frecuentes se consumaban por medio de una gresca o riña, y estaban generalmente asociadas a una querella por *injurias verbales y reales*. Muestra de esto será la protagonizada entre las hermanas Bustamante y su concuñada Gertrudis Almagro por una disputa por el pago de una reparación de una acequia en la casa común¹⁴. Según el reconocimiento practicado por el cirujano Andrés Tinagero de la Escalera, la víctima tendría “toda la cara llena de insisiones hechas al parecer con las uñas de las manos, y que estas no son gravosas ni de peligro”. Similares agresiones sufrirán María López a manos del zambo Marcos Torrelío¹⁵. A Lorenzo Aguirre, quién luego de mediar en una disputa doméstica, Manuel Dávila le infligiría las siguientes lesiones:

“la parte superior de la cabeza una herida hecha con un instrumento obtuso sobre el gueso parietal derecho

⁸ ARA/Intendencia/Criminal (16-VIII-1785) “Esclavo Andrés Zegarra por el homicidio de Ramón Mantilla”.

⁹ ARA/Intendencia/Criminal (4-XI-1796) “Eulalia Rosado y Matheo Rosado por la tentativa de uxoricidio por veneno en contra de Thomas Valdivia”.

¹⁰ ARA/Intendencia/Criminal (10-VII-1796) “Dionisio Cáceres por el homicidio de Thomas de Soto”.

¹¹ Condori, Víctor (2006) *La Real Cárcel de Arequipa a fines de la Colonia: 1780-1824*. Artículo presentado para publicación. p. 2.

¹² ARA/Intendencia/Criminal (15-VII-1789) “Ignacio Zegarra por fuga de la Cárcel”.

¹³ ARA/Intendencia/Criminal (4-XI-1796) “Eulalia Rosado y Matheo Rosado por la tentativa de uxoricidio por veneno en contra de Thomas Valdivia”.

¹⁴ ARA/Intendencia/Criminal (3-X-1792) “Manuela Bustamante y hermanas por heridas contra Gertrudis Almagro”.

¹⁵ ARA/Intendencia/Criminal (1-VI-1792) “Marcos Torrelío por heridas contra María López y otros”.

con total destrucción de superiosio, y gran laseracion de las vecinas partes carnosas”,

tal como resulta del análisis practicado por el cirujano Francisco Guzmán¹⁶.

Las *heridas*, término que aludía generalmente a las agresiones graves, es decir aquellas que –tal como lo reconocerían los cirujanos en sus respectivas revisiones de las víctimas– ponían en compromiso la vida por el daño generalizado en el organismo, la gravedad de las lesiones, o el compromiso o mutilación de un órgano. Ejemplo de ello podemos citar la paliza que recibió Marcos Pérez, indio del solar de San Lázaro, de parte de Lucas Severiche y sus hermanos, luego de un altercado en una fiesta en la que le:

“maltrataron con puñadas, patadas y otros golpes de modo que me dejaron sin habla y que a fuerza de sangre que eché por boca y narices a causa del crecido golpe que recibí en varias partes me tuvo casi ahogado e incapaz de movimiento”¹⁷.

El efecto de muchas de estas agresiones graves quedarían detalladas en los documentos suscritos por cirujanos, como el elaboró don Gaspar de Salazar, comisionado por el Intendente para revisar las heridas de Francisco Xavier Henríquez, sometido a tratos crueles por el Alcalde Mayor del valle de Chaca en el curato de Arica, y a la sazón también pariente suyo, don Luis Yáñez. En el documento se refiere:

“sele allaron una cicatriz echa en la misma sien según parece de pedrada y en la parte del ojo un cardinal echo según parece de pedrada y los brazos de las muñecas acardenalados según parece de ataduras o ligaduras: otro golpe en el mismo codo entre el laganto con mucha parte de el negro, y magollado al parecer de peligro: en las espaldas, y plumones iguales golpes con inflamaciones de dichos plumones y correspondencia de dolor a pecho según indica el paziente y patentiza las contriciones”¹⁸.

1.4 Las armas. Los medios más comunes utilizados para provocar las lesiones fueron las vías corporales, es decir patadas, golpes de puño y arañones (45%), seguidos del uso de palos (35%); medios ambos que corroboran el carácter privado e incidental de las disputas que desencadenaron las agresiones físicas antes señaladas. En cuanto los homicidios, los medios más comunes para perpetrarlos era haciendo uso de arma blanca (75%). De entre ellas la más común era el puñal o cuchillo, usándose en algunos casos elementos punzocortantes propias de la actividad del agre-

¹⁶ ARA/Intendencia/Criminal (23-X-1787) “Manuel Dávila por heridas en contra de Lorenzo Aguirre”.

¹⁷ ARA/Intendencia/Criminal (20-I-1785) “Lucas Severiche y hermanos por heridas graves en contra de Marcos Pérez”.

¹⁸ ARA/Intendencia/Criminal (25-VIII-1786) “Don Luis Yáñez por tentativa de homicidio contra Francisco Xavier Henríquez”.

sor, como la segadora usada por el peón agrícola Tomás Ortiz, contra su acreedor, don Vicente Mantilla¹⁹.

Cuadro 4	Armas utilizadas														
	Años	Lesiones						Homicidio (y tentativa)						Total	
		Arma blanca	Palo / Piedra	Látigo	Vías corporales	Arma blanca	Veneno	Arma de Fuego							
1784-1785	0 (0%)	1 (25%)	0 (0%)	3 (75%)	1 (100%)	0 (0%)	0 (0%)	4	1						
1786-1787	0 (0%)	2 (50%)	1 (25%)	1 (25%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	4	0						
1788-1789	1 (50%)	1 (50%)	0 (0%)	0 (0%)	1 (100%)	0 (0%)	0 (0%)	2	1						
1790-1791	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	1 (100%)	0	1						
1792-1793	1 (13%)	2 (25%)	1 (13%)	4 (50%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	8	0						
1794-1796	0 (0%)	1 (50%)	0 (0%)	1 (50%)	1 (50%)	1 (50%)	0 (0%)	2	2						
Total	2 (10%)	7 (35%)	2 (10%)	9 (45%)	3 (75%)	1 (25%)	1 (25%)	20	4						

Fuente: ARA. Intendencia/Criminal. Legajo 85. (1784-1796)
Elaboración propia.

Asimismo, las causas dan cuenta de uso de ciertas armas de uso prohibido, como el sable corto con que don Mariano Villanueva, alias "El Tunti", cercenó parte de la mano de la vendedora ambulante de colación, María Zeballos vda. de Nicolás Vello, por recriminar al sobrino del primero la sustracción de una rosca. Ella misma, en su querrela criminal aludirá al carácter prohibido del arma²⁰. Las armas ilegales, por otra parte, estaban prescritas en la Ley ix. Libro vii. Título viii de la *Recopilación de Indias* que señalaba:

"Mandamos, que ninguna persona, de qualquier calidad, y condicion, que sea, pueda traer, ni traiga, estoque, verdugo, ó espada de mas de quartas de vara, de cuchilla"²¹.

Finalmente, podemos dar cuenta de dos casos verdaderamente excepcionales. El primero se trata del uso de arma de fuego en la tentativa de homicidio efectuada por don Ignacio Enrique Portales en contra del Escribano Público y del Cabildo de Arica, don José Santos Tagle, luego de una disputa verbal. El referido Portales sería acusado "por las heridas que con un trabuquillo de faltriquera²² le infringió en la cara (...) disparándole un tiro de pistola con acción directa, y no logrando efecto (...) y consecuentemente intentando repetir nuevo tiro"²³.

Otro medio singular será el uso de veneno, medio letal que su-

¹⁹ ARA/Intendencia/Criminal (19-XII-1789) "Tomás Ortiz por tentativa de homicidio contra don Vicente Mantilla".

²⁰ ARA/Intendencia/Criminal (3-VIII-1789) "Don Mariano Villanueva por heridas graves contra María Zeballos".

²¹ Archivo digital del Congreso de la República del Perú, *Recopilación de las Leyes de Indias* [Recurso Electrónico]. <http://www.leyes.congreso.gob.pe/leyes_indias.html> [Consultado: 18.08.2014]

²² Pequeña pistola de avancarga muy usada en el S. XVIII, en este caso de bolsillo (faltriquera).

²³ ARA/Intendencia/Criminal (22-III-1791) "Don Ignacio Enrique Portales por homicidio frustrado en contra de don José Santos Tagle".

ministró Eulalia Rosado, en combinación con su amante y primo Matheo Rosado, a su cónyuge Thomas Valdivia. A pesar que el tósigo no le causaría la muerte, el agricultor de Tambo querellaría a su mujer y al amante de la misma refiriendo los estragos ya hechos en su cuerpo²⁴. En esta causa, el médico cirujano titular de la ciudad: don Pablo Documet, certificaría la composición de los polvos contenidos en tres pequeños sobres incautados a los procesados. El referirá:

“certificó en forma y conforme a derecho que son tres sales las que ha reconocido, y el uno es según el vulgo solimán²⁵ crudo, y en su arte sublimado corrosivo; el otro, en el vulgo rejalgar²⁶, y en el arte arsénico blanco; el último, color negro, no se ha podido aberiguar que cosa sea por las muchas cosas de que esta compuesto; y en que son venenos activos los dos así el sublimado corrosivo²⁷, como el arsénico blanco; y habiendo hecho varias experiencias con el papelito con polvos negros, que no se sabe su composición. Halló el certificante tener mucha parte de corrosivo y que también puede matar”.

1.5 Circunstancias del delito.- Encontramos, asimismo, que muchos de los autores, partícipes y víctimas de los hechos criminales habían realizado actos o poseían condiciones personales —permanentes o temporales— que podían incidir en el juicio de reproche de su conducta, haciéndola más o menos reprobable. Aludimos a situaciones que eran tomadas en cuenta en aquel entonces como parte del criterio de justicia, según se leen los argumentos y deposiciones del Promotor Fiscal y el Abogado Defensor²⁸; circunstancias que son análogas a las actuales circunstancias —agravantes y atenuantes— modificatorias de la responsabilidad penal.

Del total de agresiones físicas documentadas, se han encontrado cincuenta y seis circunstancias dignas de ser mencionadas. Cuarenta y ocho de ellas harían más grave la conducta, y ocho la atenuaban. Así pues, catorce (32%) de las infracciones se cometieron mediando injuria previa; en siete (15%) la violencia ejercida también recayó sobre tercero; y finalmente en cuatro (5%) de los casos revisados las víctimas poseían una relación familiar con su víctima.

²⁴ ARA/Intendencia/Criminal (4-XI-1796) “Eulalia Rosado y Matheo Rosado por la tentativa de uxoricidio por veneno en contra de Thomas Valdivia”.

²⁵ Según *Diccionario de la RAE*: Solimán. (Del lat. cient. sublimatum, infl. por el ár. sulaymān, n. p.). 1. m. sublimado corrosivo. 2. m. desus. Cosmético hecho a base de preparados de mercurio.

²⁶ Ya en el s. XI se conocían tres clases de arsénico: blanco (trióxido de arsénico), amarillo (trisulfurato de arsénico) y rojo (disulfurato de arsénico, o rejalgar: con el significado persa y después árabe de “polvo de caverna”). El dorado oropimente (aureopigmentum de Galeno e Hipócrates) era utilizado por ellos externamente para curar las úlceras.

²⁷ Según *Diccionario de la RAE*: 1. m. Quím. Cloruro mercuríco. Sustancia muy venenosa utilizada en medicina como desinfectante.

²⁸ Tómese en cuenta como ejemplo arquetípico la responsabilidad atenuada de los indígenas por su condición de “menores de edad” en la legislación indiana.

Entre las atenuantes contabilizadas encontramos cinco casos (63%) en los que medió agresión —en menor proporción— de parte de la víctima; dos casos (25%) en el que la agresión fue resultado de la defensa de bienes patrimoniales, como ocurrió con el esclavo del coronel Fernando de Pielago, Andrés Zegarra, acuchillaría a Ramón Mantilla, luego que él intentara sustraerle una carga de guñapo; y en un solo caso (13%) —el único en que aparecen indios como inculpados— medió el consumo de alcohol (chicha) en el incidente²⁹.

Cuadro 2	Total de agresiones físicas por ámbito de perpetración					
Años	Personal (privado)			Público		Total
	Familiar/Amistad /Sentimental	Vecindad	Comercial	Ejercicio de autoridad	Delincuencia estable	
1784-1785	2 (50%)	0 (0%)	2 (50%)	0 (0%)	0 (0%)	4
1786-1787	0 (0%)	2 (100%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	2
1788-1789	0 (0%)	1 (25%)	2 (50%)	0 (0%)	1 (25%)	4
1790-1791	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	1 (100%)	0 (0%)	1
1792-1793	2 (25%)	3 (37.5%)	0 (0%)	3 (37.5%)	0 (0%)	8 (*)
1794-1796	2 (66.66%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	1 (33.33%)	3
Total	6 (27.27%)	6 (27.27%)	4 (18.18%)	4 (18.18%)	2 (9.09%)	22(*)

Fuente: ARA. Intendencia/Criminal. Legajo 85. (1784-1796). Elaboración propia.

(*) En el Proceso seguido en contra de Luís Yáñez y su esposa por tentativa de homicidio en contra de Francisco Xavier Henríquez (25-VIII-1786) concurren elementos de delito cometido en el ámbito del Ejercicio de la autoridad y por conflictos de vecindad y/o límites. Asimismo, en las heridas e injurias cometidas por las hermanas Manuela, Inés y María Bustamante en contra de Gertrudis Almagro y Antonia y Josefa Bustamante concurren aspectos de delitos perpetrados en el ámbito familiar y el de vecindad.

1.6 El crimen y el espacio privado.- Por otro lado resulta importante dar cuenta del ámbito de ocurrencia de las agresiones contra la integridad física. Se evidencia que la mayoría de los delitos de esta clase se han perpetrado en un ámbito "privado" (72.72%), es decir como producto de un altercado entre familiares, amigos, amantes, vecinos y clientes.

1.6.1 La violencia doméstica. Así pues, las más frecuentes disputas serán las que se aquellas desarrolladas en el contexto de las casas de vecindad, donde además vivían parientes más o menos cercanos (54.54%). Ejemplo de ello son las ya aludidas lesiones leves producidas por las hermanas Manuela, Inés y María Bustamante contra sus tías Josefa y Antonia Bustamante y la nuera de la última, Gertrudis Almagro, por negarse a cancelar la reparación de la acequia de la casa; o las graves heridas sufridas por el menor Pedro Linares a manos de Josefa y Manuel Corso, a causa de una riña entre sus hermanos menores ocurrida en el contexto de los juegos infantiles que se llevaban a cabo en la casona de la que todos eran moradores³⁰.

Se hace patente pues, que como ocurre en la actualidad³¹, el

²⁹ ARA/Intendencia/Criminal (20-I-1785) "Lucas Severiche y hermanos por heridas graves en contra de Marcos Pérez".

³⁰ ARA/Intendencia/Criminal (11-VI-1792) "Manuel y Josefa Corso por heridas graves en contra de Pedro Linares".

³¹ Según estudio de Ciudad Nuestra sobre los homicidios en Lima investigados

ámbito privado, y en especial el doméstico o familiar es aquel donde se cometen las mayores infracciones contra la integridad física. Lavallé³² y Amado han descrito también en sus análisis de los expedientes eclesiásticos en el Archivo Arzobispal de Arequipa (AAA) diversos hechos de violencia familiar. La última autora referirá que “en el trámite del divorcio [léase: separación de cuerpos], la causal invocada con mayor frecuencia es la de sevicia contra la mujer”³³.

Así pues, en el período que nos toca analizar, encontramos dos acusaciones por agresiones físicas. Se tratarán de las interpuestas por Isabel Vizcardo y Guzmán en contra de Lorenzo Saldaña, por “sevicia mortal y falta de alimentos”. Asimismo, en febrero de 1788 María Magdalena Carballo demandará la separación de Apolinar Balencia al verse:

“notoriamente hostilizada y demasíadamente vilipendiada con los ultrajes que ha hecho de mi persona así de obra como de palabra y muchas veces por la alta providencia he podido libertar la vida”³⁴.

Una referencia de la violencia doméstica en el S. XVIII también se puede encontrar indirectamente en el proceso por *heridas seguidas* en contra Manuel Dávila en contra Lorenzo Aguirre, quién en calidad de vecino se aprestó a socorrer a la mujer del primero de la violencia que ejercía contra ella³⁵.

1.6.2 La violencia y las relaciones sentimentales.- Otras agresiones en el ámbito privado usualmente serán causadas por disputas amorosas y en contextos festivos. Como ejemplo de ello tenemos la citada causa contra Lucas Severiche seguida por Marcos Perez, ambos indios del solar de San Lázaro. Ambos, luego de beber chicha en la casa del cuñado del último disputaron por causa de Sebastiana, mujer de Pérez, a quien acusaban de alcahueta. Por móvil sentimental también sufriría agresión el jovenzuelo Lucas Quiróz, golpeado por el mulato Franco —alias “el ñato”— acusándolo de haber embarazado a su hermana María. En su querrela, la madre el menor —Cathalina Lazo, viuda de don Nicolás Quiróz— aludirá por su parte a la mala reputación de dicha mulata, señalando que se dedicaba al “comercio ilícito”, y refiriendo que

por la Dirección de Investigación Criminal y Apoyo a la Justicia de la Policía en dicho período da cuenta de que la delincuencia —común y organizada— no fue la principal perpetradora de homicidios (31,0%). Lo fueron las violencias interpersonal —peleas y riñas— e intrafamiliar (41,0%). Casi la mitad de los homicidios se cometieron por personas a quienes la víctima conocía. Gushiken, Alfonso; Costa, Gino; Romero, Carlos y Privat, Catherine (2010). *¿Quiénes son asesinados en Lima? ¿Cómo, cuándo y por qué?* Lima: Ciudad Nuestra, pp. 48-49.

³² Lavallé, Bernard (1999) *Amor y opresión en los andes coloniales*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos (IEP).

³³ Amado, Ana María (2011), *Desamores femeninos en los tribunales de Arequipa del Siglo XVII*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María de Arequipa. p. 39.

³⁴ Amado, Ana María. opus cit. p. 80-83.

³⁵ ARA/Intendencia/Criminal (23-X-1787) “Manuel Dávila por heridas leves contra Lorenzo Aguirre”.

la golpiza sufrida por su hijo obedecerá a la negativa de éste a aceptar los inmorales servicios de la mujer³⁶.

Sin embargo, el caso paradigmático de este tipo de violencia será el ya referido intento de uxoricidio perpetrado por Eulalia Rosado y de su amante Matheo Rosado en contra de Thomas Valdivia, suministrándole veneno. Ambos contratarían a ciertas mujeres —como a Cipriana Alcócer y a la India Josefa Yáñez— para que elaborasen el tósigo. Luego, encomendarían a Thomasa Benavente, India natural de Puquina, para que suministre estos polvos como 'medicina' para la víctima. Ella, luego de conocer las intenciones de los homicidas, comunicaría de los hechos a Valdivia quien se puso a resguardo para finalmente denunciar a los adúlteros ante las autoridades.

1.7 *Ámbito público y bandolerismo.* Tan sólo una mínima expresión (9.09%) de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud perpetrados entre 1784 y 1796 en Arequipa serán cometidos por delincuentes habituales o a causa del crimen organizado. Esta situación evidencia el carácter apacible de la ciudad en comparación, por ejemplo, con la capital del Virreynato. En Lima, en palabras de Flores Galindo, "a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX este fenómeno [el cimarronaje y el bandolerismo] se tornará endémico en los caminos y valles de la costa (...) las actas del Cabildo de Lima recogen con frecuencia los temores de comerciantes y viajeros, para quienes salir de la ciudad significa correr el riesgo inminente de un asalto"³⁷. En el marco de lo revisado tan sólo se ha encontrado un delito que reúna las características de lo que se conoce como bandolerismo. Se trata del homicidio del comerciante español Thomas de Soto, arriero de la ruta del Cuzco y Lima, quien fue asesinado por Dionisio Cáceres, natural de Condoroma, en el camino hacia Callalli. El cadáver de De Soto será encontrado por los Alcaldes Ordinarios del valle, superficialmente enterrado a la vera de la ruta, presentando "doce heridas puñaladas, una de ellas en la cabeza". Luego se encontraría al asesino y a su hijo de doce años tratando de ocultar los bienes sustraídos —piñas de plata y otras joyas que tenía empañadas³⁸. De igual manera, y de forma incidental, se acusará al citado Ignacio Zegarra de varios robos y de dos homicidios —también perpetrados en el valle del Colca— en el proceso que por fuga de la Real Cárcel de Arequipa figura en los archivos³⁹.

Otro aspecto digno de resaltar es el hecho que un porcentaje nada despreciable (18.18%) de los ataques contra el cuerpo en aquellos años se consumaba en el ámbito del ejercicio de la autoridad

³⁶ ARA/Intendencia/Criminal (1-VII-1785) "El mulato Franco (a) 'el ñato' por heridas contra don Lucas Quiróz".

³⁷ Flores Galindo, Alberto. *La ciudad sumergida. Aristocracia y plebe en Lima, 1750 - 1830*. En: Obras completas. Tomo III. Parte II. Lima : Sur. Casa de Estudios del Socialismo. p. 136; 159.

³⁸ ARA/Intendencia/Criminal (10-VI-1796) "Dionisio Cáceres por el homicidio de Thomas de Soto".

³⁹ ARA/Intendencia/Criminal (15-VII-1789) "Ignacio Zegarra por fuga de la Cárcel".

local. Estas agresiones podían darse tanto a consecuencia del abuso del poder, o como producto de agresiones de los súbditos efectuando resistencia a los representantes de la Corona. Así pues del total, dos denuncias harán mención del ejercicio abusivo de la autoridad:

- Las graves heridas infligidas —incluida fractura de brazo— por Don Tadeo Rospigliosi, Alcalde ordinario del Valle de Locumba contra la negra libre María del Castillo de Portales, el 27-VIII-1792. Querrela que, por otra parte, resultará manifiestamente calumniosa, ya sea por las pruebas de descargo aportadas, ya sea por la inexistencia de pruebas de cargo y por su aparente abandono; y

- La tentativa de homicidio contra don Francisco Xavier Henríquez y las heridas simples causadas a su esposa por parte de su vecino y pariente lejano, don Luís Yáñez y en consorcio con su esposa Manuela Jiménez. Este último, aprovechando su condición de Alcalde Ordinario del Valle y Curato de Chaca, en el Partido de Arica, y luego de haber disputado con la víctima por un reparto de aguas, fue sometido arbitrariamente a la jurisdicción del propio Yáñez quién lo condenó a ser azotado y cargado de grillos, y al final pretendió quitarle la vida, como expone su apoderado: “Y no restando ya otra cosa que acabar con la vida de mi parte sacó un cuchillo de la cinta para quitarle a puñaladas, pero fue detenido por una samba que a ese tiempo se hizo presente”. Las heridas descritas quedarán suficiente acreditadas del Reconocimiento del Cirujano Gaspar de Salazar, dos testigos y el capitán Don Juan Navarro, Comisionado del Intendente. Finalmente el Alcalde sería puesto en prisión [preventiva] y se embargarían sus bienes.

De otro lado, encontramos dos denuncias en las que se refieren agresiones a funcionarios de la Corona en el ejercicio de su función. Como ejemplo de ellas tenemos:

- La agresión (lesiones leves) cometida contra don Nicolás Briceño y Dávila, Ayudante Mayor del Regimiento de la Villa de Camana y Alcalde de Aguas por parte de Juan de Rivas, su hermano Mariano y su esposa Rosa González, quienes acusaban a este de imposición de multas injustas y malversación de fondos. El Alcalde Mayor de Aguas los acusará por su parte, en su *contraquerrela*, de “hasta llegar a herirme con un cuchillo y darme de palos”⁴⁰; y

- El homicidio frustrado cometido por don Ignacio Enrique Portales en contra del Escribano Público y del Cabildo de Arica, don José Santos Tagle, al que se ya aludió en líneas precedentes.

1.8 Víctimas y victimarios. Sobre los actores involucrados en los delitos y sus calidades personales, podemos manifestar que en los documentos judiciales únicamente se señala el grupo racial en el caso de los indios y de las castas (zambos, mulatos, negros). A pesar de esto en determinados casos se puede deducir si el sujeto era considerado blanco o mestizo por las declaraciones que al respecto

⁴⁰ ARA/Intendencia/Criminal (1793) “Juan, Mariano Rivas y Rosa González, esposa del primero por heridas contra Don Nicolás Briceño y Dávila”.

se hacen de manera incidental. Esto configura un panorama difícil —como se ha mencionado anteriormente— para establecer la identidad de los pobladores de la Ciudad Blanca; clasificación que no estaba sujeta a criterios meramente raciales, sino que en los que intervenían aspectos esencialmente culturales.

Cuadro 3

Sujetos involucrados por casta

Años	Sujeto activo				Sujeto Pasivo				Total	
	Negros y otras castas	Indios	Blancos / Mestizos	Desconocido	Negros y otras castas	Indios	Blancos / Mestizos	Desconocido		
1784-1785	2 (50%)	1 (25%)	1 (25%)	0 (0%)	0 (0%)	1 (25%)	2 (50%)	1 (25%)	4	4
1786-1787	0 (0%)	0 (0%)	3 (100%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	3 (100%)	0 (0%)	3	3
1788-1789	1 (25%)	0 (0%)	2 (50%)	1 (25%)	0 (0%)	1 (33.34%)	2 (66.67%)	0 (0%)	4	3
1790-1791	0 (0%)	0 (0%)	1 (100%)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	1 (100%)	0 (0%)	1	1
1792-1793	3 (21.43%)	0 (0%)	10 (71.43%)	1 (7.14%)	2 (14.29%)	0 (0%)	12 (85.71%)	0 (0%)	14	14
1794-1796	0 (0%)	0 (0%)	8 (88.89%)	1 (11.11%)	0 (0%)	0 (0%)	6 (100%)	0 (0%)	9	6
Total	6 (17.14%)	1 (2.86%)	25 (71.43%)	3 (8.57%)	2 (6.45%)	2 (6.45%)	26 (83.87%)	1 (3.23%)	35	31

Fuente: ARA. Intendencia/Criminal. Legajo 85. (1784-1796)
Elaboración propia.

Con todo, señalamos que las características de los sujetos involucrados en las agresiones personales resultan muy variadas. A pesar de esto, resalta el hecho que esa masa bien indiferenciada de mestizos y blancos que componía el grueso de la población de la ciudad será también la protagonista —como víctima o victimario— de los hechos de violencia física ocurridos en Arequipa. Asimismo, y como ocurrió también en Lima⁴¹, se evidencia que la casta con menor incidencia de delitos era la correspondiente a los indios. Asimismo, en proporción a su número, los negros y las demás castas africanas se verán muchas veces envueltas en actos criminales las más de las veces en calidad de perpetradores⁴².

2. Las penas

2.1 Clases de penas. Las penas impuestas fueron las siguientes:

- Andrés Zegarra fue condenado por homicidio y otros, en primera instancia a:

“Perpetuo destierro de la ciudad y de la comprehension de esta provincia. [Y se le entregará a su amo] con la expresa condicion que por ningún titulo ni con pretexto alguno consienta o de lugar a que regrese a esta ciudad, y su provincia; y con la que de inmediatamente sea pasado a un obraje u otro destino donde satisfaga el monto total a que assiendan las costas de este proceso”.

Luego de pasar en consulta en la Real Audiencia, se le reformaría

⁴¹ Flores Galindo, Alberto opus cit. p. 164.

⁴² En seis ocasiones serán involucrados negros, zambos y mulatos como agentes activos de un delito contra la integridad física, frente a las dos causas en donde miembros de estas castas serán víctimas.

la condena por reincidencia en la fuga y robos a mano armada, a:

“...doscientos azotes y cuatro años de presidio además condenándolo a que sea vendido a una de las haciendas de Ica o Moquegua con la calidad que trabaje bajo prisión o a que el amo si tiene alguna finca de esta clase en que pueda ocuparlo, lo mantenga en la misma forma, bajo el apercibimiento si esto no lo beneficia se le destinaría a un presidio por el término de seis años”.

-Eulalia y Matheo Rosado fueron absueltos del uxoricidio y condenados:

“...sólo por apercibimiento en la imprudencia que se divisa en sus procedimientos a guardar toda la escrupulosidad debida en el sucesivo manejo; imputándoseles la carcelería como en parte de ella; con más la necesidad de no habitar Matheo en el lugar que Eulalia bajo la pena de carcelería y nuevo expediente de oficio con agregación de este [...] y mancomunidad en las costas del proceso”.

-Dionisio Cáceres fue condenado a:

“...seis años de destierro al presidio del Callao a que sirva en las obras del Rey a ración y sin sueldo”.

Condena que no se pudo purgar en vista que el reo moriría antes de viajar a Lima, en el Hospital de San Juan de Dios de esta ciudad.

Como es evidente, la totalidad de éstas condenaron a los reos. A pesar de esto, la que recayó sobre el esclavo Andrés Zegarra absolvió al inculpado de la acusación de homicidio que pendía sobre él, disponiendo pena únicamente sobre los de robo y fugas reiteradas. De igual forma, se absolvió a Matheo y Eulalia Rosado del uxoricidio condenándolos únicamente por homicidio por imprudencia.

De otro lado resultaría peculiar que todos los delitos que merecieron sentencia fueron penados con el destierro o por el tiempo de la carcelería ya purgada, a pesar que en las causas se evidenció la comisión de delitos graves como el homicidio, al que algunas leyes imponían la pena capital. Esto cobra sentido teniendo en cuenta que “el eje del orden jurídico medieval no estaba en la ley sino en la Justicia como el valor supremo”⁴³, entendiéndolo a esta como una realidad pre-jurídica y universal, y que estaba expresada las más de las veces por la tradición (costumbre) y las opiniones versadas de los juristas.

Tan sólo como referencia al marco legal que regía en aquel tiempo, podemos señalar lo siguiente: a) Si bien el Título Ocho de la *Recopilación de Indias* trata en su Libro VII los “Delitos y penas”, las leyes allí consignadas se orientan a medidas muy con-

⁴³ De la Puente, José (2008). *La cultura jurídica en el Perú virreinal*. En: Alpanchis. Revista del Instituto de Pastoral Andina, número: 71 – Año: Primer semestre de 2008. Lima: Instituto de Pastoral Andina. p. 57.

cretas de orden procedimental, y en ella no figuran presupuestos típicos penales. De otro lado según lo dispuesto por la propia Recopilación⁴⁴, y siendo la legislación indiana una de carácter recopilado y no codificado, se aplicaban cuerpos normativos más antiguos, y en específico la última (Partida VII) de las SIETE PARTIDAS DE ALFONSO XVII, ya que “los trabajos legislativos penales posteriores a las Partidas son de escaso valor”.⁴⁵

Entre el muestrario de penas que proponen las VII Partidas para los delitos contra la integridad corporal, podemos establecer la siguiente clasificación: a) homicidas voluntarios; b) homicidas justificados; c) homicidas por imprudencia y d) homicidas agravados. A los primeros les aguardaba la pena capital, los segundos son exonerados de pena, tanto que los terceros serán condenados al destierro perpetuo. Los parricidas, hoy considerados homicidas calificados, serían penados con la sanción más severa, el *Cueillum Romano*⁴⁶. Así pues, a excepción de este cuerpo legal y del llamado Ordenamiento de Montalvo (1484) —también conocidas como Leyes de Castilla— no encontramos disposiciones penales de carácter relevante.

Finalmente, sobre la mención a las leyes en las causas estudiadas podemos mencionar que, las únicas alusiones a una ley se encontraron en el escrito de acusación planteado por el Fiscal Acusador Nicolás Ambrosio López, en el proceso contra Dionisio Cáceres:

“Que por lo expuesto en el omicidio perpetrado por Cáceres concurren las asechanzas y la traición para conseguir el robo premeditado. Fue assi se deven tener presentes las leyes 2, 3, 6, 7 y 10 del Tit. 23, Lib. 8 de las de Castilla que previenen que los hombres que asechan para herir o matar a otros aunque se siga la muerte mueran por ello”⁴⁷.

Y en la querrela presentada por Ignacio Enrique Portales en contra de don José Santos Tagle. En ella se invocarán la “ley xv, tit. vi. libro vii [y la] ley iii, libro v”⁴⁸ de la Recopilación de Leyes de Indias. Ambas versarían sobre la condena y proceso en ausencia.

Se hace palpable, pues, que el criterio legal para emitir sentencia era uno de los menos importantes. Es así que, a pesar que el viraje —en todos los ámbitos, que incluía el jurídico— que re-

⁴⁴ Basadre, Jorge. (1986) *Historia del Derecho Peruano*, Lima, EDIGRAF S.A., p. 238.

⁴⁵ En este cuerpo normativo fechado del 1256 al 1265 inclusive “se define el delito, se enumeran causas de exención, de atenuación, de agravación de la penalidad, tratase de modo rudimentario las materias de la tentativa y de la complicidad, y no se olvida el problema de la prescripción” Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal*. Novena edición, México D.F, Editora Nacional, pp. 125-126.

⁴⁶ Sanchez-Prieto, P; Díaz, Rocío y Trujillo, Elena (2006) *Ley de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio*. En: Edición de textos alfonsíes en Real Academia Española: Banco de datos (CORDE). [Recurso Electrónico]. Corpus diacrónico del español <<http://www.rae.es>> [Consultado: 18.08.2014] p. 1241.

⁴⁷ Fjs. 36 y ss.

⁴⁸ Fjs. 3; 5.

sultó de la asunción de la dinastía borbónica, y que buscó reducir la Justicia a lo legal, es decir a la norma escrita emanada del monarca, es patente —tal como se observa del análisis— que se siguió dando preferencia a una solución casuística y no legal. Luego, esto se condice con el tenor de los pedidos de los querellantes que se basarán en su mayoría en una exigencia lata de Justicia, entendiéndose ella como la conservación y retrotracción al orden previo. Como ejemplo podemos citar las afirmaciones del mismo José Santos Tagle quien reclama el mandato de prisión contra su adversario:

“en cuya virtud y para que no se deje impugne un delincuente de esta naturaleza ni queden ilusorias los decretos de la Justicia, ocurro a la justificación de Vuestra Merced para que en obsequio a la vindicta pública en justo desagravio mío y en fuerza de la criminalidad cometida (...)”⁴⁹.

De manera similar depondrá Manuel Dávila exigiendo también la “bindicta pública” contra su agresor⁵⁰, entre otros.

2.2 Criterio de aplicación. Las penas aplicadas estaban sujetas al arbitrio judicial⁵¹. Dictadas por el Intendente, autoridad militar y administrativa y muchas veces lego en Derecho⁵², éste tenía como misión principal asegurar la paz y el bienestar de los súbditos en su jurisdicción, ejercitando funciones de Guerra, Justicia y Baja Policía⁵³. Su discrecionalidad estaba garantizada por un sistema jurídico como el medieval, por el cual se daba preeminencia a la figura del Juez sobre cualquier fuente de Derecho⁵⁴. Siendo él el garante de la Justicia (confundiéndose incluso la persona del Intendente con su atributo personal⁵⁵) emitía fallos sin motivación alguna, más allá de los amplios argumentos jurídicos presentados y desarrollados por el Fiscal y la Defensa oportunamente⁵⁶.

El Juez tomará distancia de los pareceres del Abogado Defensor

⁴⁹ ARA/Intendencia/Criminal (22-III-1791) “Don Ignacio Enrique Portales por homicidio frustrado en contra de don José Santos Tagle” fjs. 5.

⁵⁰ ARA/Intendencia/Criminal (23-X-1787) “Manuel Dávila por heridas leves contra Lorenzo Aguirre”.

⁵¹ Galo Sánchez en Cuello Calón, Eugenio (1968) opus cit., pp. 96 y ss.

⁵² Razón por la cual existía la figura del “Asesor letrado” del intendente, quien generalmente impartía la justicia ordinaria en nombre del Intendente. En la presente investigación se ha tomado cuenta de la actuación de estos funcionarios suscribiendo decretos y autos en conjunto con el Intendente. Dougnac Rodríguez, Antonio (1994) *Manual de Derecho Indiano*. México D.F. : Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

⁵³ *Ibidem*, pp. 219 y ss.

⁵⁴ “La justicia no residía en el Derecho, sino que nacía en el juez” Garriga, Carlos (1994) *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*. En: De la Puente, José, opus cit., p. 65.

⁵⁵ En la mayoría de los escritos presentados por los querellantes, se dirigían a las autoridades con el genérico apelativo de “justicias”.

⁵⁶ Sobre la ausencia de motivación léase: Garriga, Carlos y Llorente, Marta (1997) *La vinculación del juez a la ley*. En; *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, pp. 97-142; y De la Puente, José, opus cit., p. 61 y ss.

y del Promotor Fiscal y de sus pretensiones de sanción, aplicando penas que, al parecer, responden más a criterios de seguridad o conservación de la paz social entendida como tranquilidad pública, que a los estrictamente jurídicos, entendiéndose a éstos como la aplicación de instituciones o leyes. Sobre este punto es pertinente citar a Agüero: “[el juez podía] modular la justicia, templar el rigor de las penas impuestas por las leyes, dispensar la observancia de ciertas formas procesales, valorar determinadas condiciones de oportunidad y conveniencia para fundamentar una decisión”⁵⁷

Esta perspectiva *concreta* en cuanto a la aplicación de la Justicia quedará de manifiesto por la clase de sanciones impuestas. Penas que, como la de destierro, la prohibición de alejarse de una jurisdicción, y la de presidio en el Callao, aparentan tener por objeto aislar al reo por el potencial peligro que representa, más que buscar la expiación o purga del mal causado⁵⁸. Por otro lado, estas sanciones diferirán —como señalará el letrado don Thadeo Córdova en la causa— “de la composición de la pena ordinaria [es decir a] que se le condene al último suplicio”⁵⁹, pena que había sido la propuesta por el Promotor Fiscal.

De igual manera, y al parecer, el Juez privilegiará en sus fallos lo que conocemos actualmente como *reparación social* de la conducta criminal. Así pues, y concurrentemente a la pena de destierro, se impondrá la accesoria de embargo y en algunos casos la de trabajos forzados para beneficio económico del agraviado (denominándose en los documentos: *costas del proceso*) y de la Cámara⁶⁰.

Finalmente, es necesario remarcar que las pocas causas sentenciadas corresponderán a las impulsadas *de oficio*, y aquellas *de parte* que versan sobre delitos escandalosos o muy dañosos al espectro público (V. gr. los homicidios). De esta manera, se puede entrever que la Justicia en la Intendencia más que sancionar todos los ilícitos según un criterio plenamente retributivo⁶¹, estaba más

⁵⁷ Agüero, Alejandro, 2007, *Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional*. En De la Puente, José opus cit. p. 66.

⁵⁸ Efecto atribuible comúnmente a los azotes o la pena capital.

⁵⁹ En su informe, el abogado de la Real Audiencia señalará que los hechos cometidos por el reo “no merecen, con atención a la equidad, y conmiseración que los Derechos recomiendan, el que se le condene al último suplicio, composición de la pena ordinaria” ARA/Intendencia/Criminal (16-VIII-1785) “Esclavo Andrés Zegarra por el homicidio de Ramón Mantilla”.

⁶⁰ Las penas de Cámara eran sanciones de carácter económico impuestas en el ámbito de un proceso judicial: “El importe de estas penalidades solía cederse a las poblaciones por una disposición real, como se hizo con Buenos Aires a fin de ayudarla en la construcción de la fortaleza, la del Cabildo y otras obras”. Molina, Raúl A., 1950, *Las penas de Cámara en los Libros Reales (1586-1606)*. En: Revista de Historia del Derecho: Ricardo Levene. N° 2. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires. p. 139. Otras veces sería utilizadas para costear el patrocinio de los pobres. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, 1994, opus cit.

⁶¹ Según el Derecho Medieval la transgresión penal (delito) se da contra la Justicia en un sentido lato y metafísico; Justicia que tiene correspondencia plena con la realidad y, por lo tanto, debe ser adecuada a ella. Así pues, muchas veces se podrá

bien orientada a un sentido *concreto* de Justicia, atendiéndose luego al impacto real de la sentencia en la realidad.

No obstante esto, señalamos que, si bien el Intendente o el Juez que hacía sus veces no emitía fallo motivado según la perspectiva de la época⁶², en casi la totalidad de las sentencias señalará que estas proceden de la "conformación de su parecer con la del informe precedente" es decir la del Asesor Letrado o Abogado. Es posible, por lo tanto, que esta práctica evidencie un primer desarrollo del criterio de motivación de las sentencias que caracterizará al Derecho Moderno.

3. Aspectos procedimentales

3.1 El procedimiento. De las veinte causas analizadas, sólo tres (15%) se promovieron *de oficio*, las seguidas contra Dionisio Cáceres por homicidio, contra Ignacio Zegarra por Fuga de Cárcel, y el seguido contra Andrés Zegarra por homicidio, fuga y robo. En un solo caso, el de Eulalia y Matheo Rosado por homicidio frustrado por veneno, el proceso que se iniciaría de parte sería posteriormente impulsado de oficio a pedido de la víctima, en vista de las carencias económicas que para solventar los gastos del proceso.

En los impulsados *de parte*, los procesos se iniciaban con la "*querrela criminal*", especie de relación detallada de los hechos delictivos (*notitia criminis*) en los que a la vez se ofrecían medios probatorios como testimoniales, y certificaciones o informes de cirujanos, a la vez que se solicitaba a la justicia se trabe *mandato de prisión*⁶³ y de *embargo contra los bienes* del denunciado. Esta querrela criminal estaba suscrita por el denunciante bajo juramento, y redactada a la vez que firmada por escribano. En acto seguido, mediante un auto simple el Intendente o su Asesor Letrado disponían la apertura de la sumaria mediante la *admisión de querrela*. Los variados argumentos que sustentan las querrelas varían desde la invocación de la honorabilidad del denunciante⁶⁴, al perjuicio patrimonial que sobrelleva el querellante a consecuencia de la imposibilidad de laborar por las heridas sufridas⁶⁵, a la —si la circunstancia lo requiere— dejar sin sanción un delito a pesar de tener certeza de su comisión. Por otro lado, según el Derecho Moderno o Ilustrado se entiende que el delito vulnera a la Ley, es decir una construcción teórica que, de otro lado, por su condición abstracta siempre reclamará ejercicio de la acción penal, por ser la consecuencia silogística de un delito. Este criterio reclamará por tanto la persecución y punición de todas las causas más allá de su trascendencia real.

⁶² "En un contexto en el que el juez era considerado representante del rey, y aún del mismo Dios, y en el que además se le consideraba un hombre bueno —*iudex perfectus*—, que iba a discernir justicia de acuerdo a las circunstancias de cada caso —y en último caso, según conciencia—, la no motivación protegía la sentencia, y protegía al juez frente al posible error de la causa. Precisamente el gran temor era que se descubriera un gran error del juez en la causa". De la Puente, José, opus cit., p. 63.

⁶³ Similar a la actual Prisión Preventiva.

⁶⁴ ARA/Intendencia/Criminal (1793) "Juan, Mariano Rivas y Rosa González, esposa del primero por heridas contra Don Nicolás Briceño y Dávila". El denunciante presentará pruebas para comprobar su cuna, empleo, honor y buen proceder.

⁶⁵ Y que actualmente conocemos como el lucro cesante. ARA/Intendencia/Criminal (20-1-1785) *Lucas Severiche y hermanos por heridas graves en contra de Mar-*

verosimilitud en los hechos (*fumus bona fide*⁶⁶), y sobre todo al ya aludido criterio lato de Justicia, apelándose al mantenimiento de la paz social. Finalmente, como se ha mencionado previamente, únicamente en una causa se haría alusión a leyes concretas.

Por otro lado los procesos impulsados de parte se iniciaban con el *auto cabeza de proceso*, documento por el cual el Intendente o la autoridad que hacía las veces de primera instancia⁶⁷, abría la sumaria ordenando se actúen una serie de pruebas —fundamentalmente las testimoniales— a la vez que el prendimiento del sospechoso.

La sumaria terminaba, en ambos casos, con la recolección de las pruebas dispuestas u ofrecidas, según el caso, y en especial con la *confesión*. Asimismo, en los procesos de parte la sumaria concluía con el *mandato de prisión* de carácter preventivo, con el *embargo de los bienes* del reo.

Debemos manifestar, por otro lado, que en tres ocasiones figuran *contraquerellas*, es decir una querrela dirigida en contra una persona que anteriormente interpuso una querrela criminal. En este caso, en la contraquerrela se solicita accesoriamente la revocación del mandato de prisión o embargo, si este ya había sido expedido en contra de la parte⁶⁸. Asimismo, de manera especial en la sumaria, si el denunciado era una autoridad en ejercicio era removido temporalmente del cargo y trasladado a otra jurisdicción (partido, provincia), para que —como lo señalan los propios mandatos— no interfiriera con la actividad probatoria.

Ya en la etapa de juicio, se designaba al Promotor Fiscal y al Abogado Defensor, quienes hacían sus respectivos descargos —*Acusación y Defensa*—. Sólo de manera excepcional intervinirá antes de la sumaria un Defensor de Indios, tal como solicita Marcos Perez en su querrela criminal contra Lucas Severiche.

3.2 La deliberación: Jueces y asesores. Los fallos y demás resoluciones fueron emitidos en su mayoría por dos de los tres Intendentes que gobernaron la ciudad en esos años: Antonio Álvarez Jiménez (1785-1796) y Bartolomé María de Salamanca (1796-1811). Dos de las dos sentencias fueron suscritas y pronunciadas por este último, y rubricadas también por sus asesores letrados: Diego de Alave y Valencia⁶⁹ y don Ignacio Fernández⁷⁰, respectivamente. Adicionalmente podemos mencionar que el Intendente *Gobercos Pérez*, fjs. 1 y (11-VI-1792) "Manuel y Josefa Corso por heridas graves en contra de Pedro Linares" fjs. 1.

⁶⁶ ARA/Intendencia/Criminal (22-III-1791) "Don Ignacio Enrique Portales por homicidio frustrado en contra de don José Santos Tagle" fjs. 5.

⁶⁷ Subdelegado de Partido, Asesor Letrado, etc.

⁶⁸ ARA/Intendencia/Criminal (3-X-1792) "Diego Llerena, esposa e hijos por tentativa de homicidio en contra de Antonio Acosta"; y (25-VIII-1786) "Don Luis Yáñez por tentativa de homicidio contra Francisco Xavier Henríquez"; (28-II-1795) "Melchor, Paula, Yeanet Goyzueta por heridas leves contra Paula Portugal y su hija".

⁶⁹ ARA/Intendencia/Criminal (10-VI-1796) "Dionisio Cáceres por el homicidio de Thomas de Soto".

⁷⁰ ARA/Intendencia/Criminal (4-XI-1796) "Eulalia Rosado y Matheo Rosado por la tentativa de uxoricidio por veneno en contra de Thomas Valdivia".

nador se *conformaría* con el parecer del Asesor Letrado don Diego de Alave y Valencia en la causa antes señalada. Finalmente, un sólo fallo será expedido por el Alcalde Ordinario de la ciudad, el teniente coronel don Francisco Suero, previo informe en asesoría del abogado de la Real Audiencia⁷¹.

Abundando sobre este punto, el de la causa contra el esclavo Andrés Zegarra en la que se pedirá un "Informe en asesoría" a Lima previa a la expedición de sentencia, podemos señalar lo siguiente: el documento sería elaborado por don Miguel Thadeo de Córdova, abogado de la Real Audiencia de los Reyes. El Alcalde, luego, emitirá el fallo *conformándose con el precedente informe*. No obstante esto, luego de pronunciada y notificada la sentencia, ésta se elevaría nuevamente *en consulta* a la Real Audiencia, que la reformaría en parte⁷².

No obstante lo expresado anteriormente, en ninguno de los tres expedientes finalizados se observará un pedido de *Apelación*. Esto último —la ausencia de este recurso— se apreciará también de la búsqueda realizada en el Fondo Real Audiencia - Causas Criminales del Archivo General de la Nación (AGN), depósito en el cual no se encontrará procesos procedentes de la Intendencia de Arequipa en el período de investigación.

4. Conclusiones

Primera. A diferencia de lo que ocurría en la capital del Virreinato —y según el análisis del contexto, de los sujetos involucrados y medios utilizados— los ataques contra la integridad física en Arequipa corresponden a un carácter privado o doméstico. Contrario sensu, se evidenciará un mínimo índice de bandolerismo o criminalidad endémica.

Segunda. Se evidencia que la participación de los Asesores Letrados y de los Abogados de la Real Audiencia será decisiva para la expedición de las correspondientes sentencias, siendo que en la mayoría de los casos el Juez (muchas veces lego en Derecho) "conformaba" su decisión a la del precedente informe. De esta práctica resultará un posible primer intento de motivación de las sentencias, en tanto el tenor de éstas quedará fundamentada no por la íntima convicción del Juez, sino por los argumentos del letrado que asesora.

Tercera. Del análisis de las sentencias podemos observar que las penas impuestas se dictaron, esencialmente, en conformidad a criterios de estabilidad y seguridad, y ateniéndose sobre todo al impacto social de los fallos. Siendo también, por lo tanto, que dichas disposiciones se apartaron muchas veces del criterio esencialmente teórico-jurídico del Promotor Fiscal y del Abogado Defensor por una aproximación de tipo más pragmático.

⁷¹ ARA/Intendencia/Criminal (16-VIII-1785) "Esclavo Andrés Zegarra por el homicidio de Ramón Mantilla".

⁷² Dicha sentencia sería pronunciada en audiencia pública el señor teniente coronel don Francisco Suero, Alcalde Ordinario de Arequipa.

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

EL ÁRBITRO Y SU ROL EN LA EFECTIVIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

Diego Bustamante Meléndez

I. Introducción

Actualmente, existe una creciente tendencia respecto de la utilización del arbitraje como alternativa para la resolución de controversias¹. Y es que en definitiva, del arbitraje se derivan grandes ventajas para las partes, puesto que, entre muchas otras, les ofrece la certeza de que obtendrán un resultado justo, imparcial y acertado; les brinda a las partes la oportunidad de nombrar a los árbitros en orden a sus cualidades y capacidades específicas, y además, el arbitraje en sí mismo, se manifiesta como una alternativa al accionar del poder judicial que a menudo se torna lento y arbitrario.

Tanto en el Perú como en muchos otros países, existe una justicia en crisis, saturada de expedientes, con una sobrecarga procesal, con normas procesales que originan desgaste a los abogados, funcionarios y partes; siendo además una justicia cara y lenta². Así surge el arbitraje como una respuesta rápida, flexible, y certera; y que también significa un ahorro de tiempo y dinero.

Lamentablemente, cuando nos trasladamos del plano de la teoría y nos situamos en la práctica, la alternativa más ágil es posible convertirse en un gran y pesado elefante, que si bien goza de gran experiencia, frecuentemente adolece de flexibilidad, dinamismo y eficiencia.

¹ Galindo Cardona, Álvaro, *Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos*. Iuris Dictio, Año II, núm. 4, Agosto, 2001, p. 123.

² Feldestein De Cardenas, Sara y otro, *El Arbitraje*, Editorial Abeledo-Perrot.

¿Realmente, es el arbitraje, la alternativa que representa mayor eficacia? Esta pregunta deviene en válida puesto que si uno escucha hablar respecto del resultado de distintos procedimientos arbitrales, se podría llevar la impresión de que el arbitraje no representa ahorro, ni efectividad.

En este punto surge otra pregunta de igual relevancia: ¿Cómo es que las diferentes personas que participan en el arbitraje pueden ayudar a mejorarlo?

Muchos son los autores que le atribuyen a las partes y sus representantes, el que los procedimientos arbitrales devengan en ineficientes. Sin embargo, las nuevas posturas le otorgan a los árbitros su cuota de responsabilidad. Dicho de otra manera, de la intervención de los árbitros y los centros de arbitraje, dependerá también que un procedimiento arbitral sea exitoso y eficaz.

De este modo, podemos advertir que el tema de la efectividad en el arbitraje merece ser objeto de debate. Lo importante aquí es saber que la ineficiencia de los procedimientos arbitrales, no es un factor imposible de superar. La clave radica en la flexibilidad del procedimiento, la prevención de errores comunes y un dialogo abierto entre el árbitro y las partes. Es en este sentido que el presente trabajo buscará describir cómo es que un adecuado desempeño del rol de árbitro puede ser determinante para el logro de objetivos y la superación de expectativas en cuanto al arbitraje se refiere.

II. Problemáticas en el arbitraje

Verdaderamente, no existe una razón por cual, la calidad y la celeridad, deban ocupar posiciones antagónicas. Sin embargo, en cierta medida parece idealista el pensar en un procedimiento capaz de brindarnos resultados acertados, rápidos y económicos; y que a su vez sean el reflejo de una gran experticia y alta preparación:

El éxito o fracaso de un procedimiento arbitral puede estar supeditado a aspectos tan simples como una mayor diligencia, o una mejor asesoría por parte de los abogados, inclusive la sola redacción de la cláusula de convenio arbitral puede ser óbice de inconvenientes que pudieron ser fácilmente evitados. Y es que menudo seremos testigos de cómo un sinnúmero de problemas pueden originarse a partir de una cláusula de convenio arbitral, que, en el mejor de los casos, es inadecuada para un determinado procedimiento arbitral. Así por ejemplo, vemos situaciones en las que a pesar de tratarse de bajos montos los que se hallan en disputa; las partes optan por nombrar a un tribunal arbitral colegiado en vez de a un árbitro único, lo que indubitablemente conducirá a un incremento de costos, una menor flexibilidad y una inevitable pérdida de tiempo.

Si una inadecuada cláusula de convenio arbitral es capaz de originar graves inconvenientes, tan solo imaginemos cuanto perjuicio puede ocasionar aquella que es redactada de forma obscura o ambigua. Así, un tribunal arbitral puede tardar meses tan solo en establecer cuáles son sus facultades y atribuciones.

En este sentido queda claro que una cláusula de convenio arbitral ambigua, defectuosa, o simplemente inadecuada puede costarle a las partes mucho tiempo y dinero.

Sin embargo, y como se mencionó anteriormente las partes no son las únicas responsables de que los arbitrajes no cumplan con las expectativas de efectividad que ostentan, sino que el árbitro y su labor también pueden contribuir a la ineficacia del procedimiento arbitral.

Una vez que el tribunal arbitral se ha constituido, los árbitros se convierten en receptores de una inconmensurable cantidad de paquetes de documentos que supuestamente contienen información crucial del asunto en controversia. Para el tribunal, este enorme cúmulo de documentos es comparable a la búsqueda de una aguja en un pajar. De este modo, los árbitros se ven en la obligación de invertir incontables horas tratando de hallar aquellos documentos que son realmente relevantes, dentro de un conglomerado de mil páginas. Este tipo de práctica retrasa el procedimiento arbitral de manera significativa. En el caso de arbitraje ad hoc, esto además, genera un aumento desmesurado en los costos, especialmente cuando a los árbitros se les está pagando por horas.

Frente a ello y buscando anticiparse a este tipo de circunstancias, algunos árbitros, solicitan que las partes organicen la documentación a presentar de un modo particular (cronológicamente, por ejemplo). Inclusive pueden requerir a las partes que presenten todos documentos en un formato determinado. Como consecuencia de ello, surge una descomunal tarea de transformación, que puede tener a todo un equipo de secretarios en una extenuante labor que puede tardar varios días.

Son muchos los factores que generan que un tribunal arbitral deba superar el calendario inicialmente propuesto, lo que de igual manera ocasiona costos adicionales.

Así por ejemplo, existen también ciertos árbitros que plantean la opción de acelerar el procedimiento mediante la presentación por escrito de las declaraciones de los testigos. Sin embargo, muchas veces estas declaraciones testimoniales se encuentran tan mal redactadas, que los árbitros se ven en la necesidad de convocar nuevas audiencias orales. Finalmente lo que se postuló como una alternativa de celeridad deviene un mecanismo que entorpece y dilata el procedimiento.

El manejo de fechas límite también puede constituirse en una espada de doble filo, si bien en principio son una herramienta de suma utilidad para organizar adecuadamente el calendario procesal; una incorrecta aplicación de las mismas puede ocasionar complicaciones inesperadas y problemáticas de gran envergadura como el que alguna de las partes haga alusión a que no se está respetando su derecho a la contradicción.

Otro elemento que puede llegar a condicionar la eficacia del

procedimiento arbitral está relacionado con el lenguaje a utilizarse dentro del arbitraje. En este sentido, advertiremos con frecuencia que la lengua utilizada en el procedimiento suele ser distinta a la de la documentación presentada. Tampoco será raro observar que las partes en litis hablen distintos idiomas entre sí. En esta línea de ideas, y para evitar que se produzcan malentendidos o interpretaciones erróneas, ineludiblemente se requerirá de la presencia de un traductor que garantice que las actuaciones arbitrales se desarrollen de la manera más adecuada. En el mejor de los casos, un árbitro bilingüe se constituye como un verdadero auxiliar para la eficiencia.

No sólo los aspectos vinculados a uno u otro idioma, hacen que los procedimientos arbitrales sean más complicados y menos eficientes. También la selección de árbitros que no están familiarizados con la legislación aplicable provoca costos adicionales y prolonga el procedimiento.

Las distintas problemáticas que afronta hoy en día el arbitraje podrían ser enumeradas indefinidamente. Y en realidad, cualquier persona que haya tenido, aunque sea, un contacto sucinto con el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, estará en la posibilidad de brindar gran detalle de como una institución instaurada para facilitar la resolución de conflictos, a menudo puede tornarse estéril.

Lo cierto es que todos los involucrados en un procedimiento arbitral pueden convertirse en actores potenciales de la ineficiencia, ya que, en el corto plazo, los intereses pueden diferir mucho. Pero salvo el caso en el que una de las partes busca entorpecer el procedimiento arbitral, todo el mundo está interesado en procedimientos eficientes. Es aquí donde, el árbitro, juega un rol fundamental; y es que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen³.

III. El rol de los árbitros

Probablemente nada es más importante que la elección del árbitro... ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales⁴.

La verdadera eficiencia de las actuaciones arbitrales recae directamente en el accionar del árbitro y su capacidad para poner en práctica distintos mecanismos orientados a la celeridad y a la razonada resolución de controversias. Dentro de este marco, la aplicación de medidas tan simples como advertir por adelantado el tema de la disponibilidad del árbitro se manifiestan como aspectos capaces de dar celeridad al procedimiento. Así, en caso de que el árbitro sepa que en determinada fecha será incapaz de tomarse el tiempo adecuado para avocarse a los procedimientos arbitrales, será importante que informe a las partes de su disponibilidad restringida.

³ Pieter Sanders, *Quo vadis arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law, International, The Hague, Netherlands, 1999, p. 224.

⁴ Thomas Clay, *L'Arbitre*, Dalloz, París, 2001, p. 374.

Una vez que ha sido nombrado un árbitro o se ha constituido el tribunal arbitral colegiado, es de gran importancia para el procedimiento arbitral el asegurar un equilibrio adecuado entre el orden y la flexibilidad. Por un lado no es idóneo, cuando se habla de la eficiencia en los procedimientos arbitrales, que el árbitro conceda a cada parte la posibilidad de hacer uso de una tercera, cuarta o quinta oportunidad para hacer sus declaraciones, o ejercitar su defensa; en vez de fijar fechas límite concretas. Sin embargo, el arbitraje no debe ser un procedimiento excesivamente riguroso en que se deje de lado la eficacia, la flexibilidad y la adaptabilidad. Por lo tanto, es claro que la voluntad que tenga el árbitro respecto de los deseos y sugerencias de las partes, debe conjugarse con una mesurada disciplina, de modo que se pueda contribuir con la eficacia de las actuaciones arbitrales.

No hace falta decir que, los árbitros tienen la tarea de identificar previamente las cuestiones fundamentales que constituyen el tema sobre el cual las partes presentan un conflicto. Por tanto, el primer deber de todo árbitro será el de asegurarse de tener una comprensión global de todo el contenido del caso, para así estar debidamente preparado para la primera audiencia. Un antelado y extenso análisis de la documentación respectiva garantiza que tanto el procedimiento como quienes lo conducen puedan adoptar una dirección clara sin tener que desperdiciar tiempo tratando con cuestiones irrelevantes.

Si desde un principio, el árbitro, señala cuáles serán las fechas límite a aplicarse; y de igual forma, se establece un máximo respecto de la remisión de escritos y del número de veces en que las partes podrán intervenir en los distintos actos arbitrales, se logrará un mayor esfuerzo por parte de los intervinientes y de ese modo se asegurará también que sus argumentos sean claros; excluyéndose de este modo todo dato irrelevante. En consecuencia dicha acción proporciona un alivio para el tribunal desde el inicio del procedimiento.

Restringir el número de páginas que deben tener los escritos a presentarse, o limitar el total escritos que podrán presentarse podría parecer una solución. Sin embargo, ello puede resultar contraproducente. Esto debido a que se podría provocar que por ejemplo, las partes, busquen ajustar los márgenes o el tamaño de fuente, con el fin de asegurarse de que sus escritos se ajusten al número requerido de páginas. Por otro lado, esto podría afectar negativamente los derechos de las partes en el procedimiento. Por ejemplo, tales medidas pueden impedir que una parte sea capaz de referirse a un asunto de vital importancia puesto que ya que ha superado el límite establecido.

Otro factor a considerar son los pros y contras que el tribunal arbitral puede generar al determinar de forma antelada que argumentos y detalles que son importantes. Tal clasificación previa tiene la ventaja de proporcionar, en un espacio relativamente corto de tiempo, una visión general de la controversia. Además evita un inútil desgaste en deliberaciones sobre las cuestiones poco

transcendentes o de menor significación. Sin embargo, cuando se determina si algo es relevante o no, el riesgo de formarse una decisión preliminar es relativamente alta.

Otra manera de dar celeridad a los procedimientos arbitrales es restringiendo el número de testigos. Evidentemente, un tribunal arbitral es libre de rechazar testigos cuando estos son irrelevantes para el procedimiento.

El requerir que las declaraciones de los testigos se den por escrito, es un método de gran valor en el aumento de la eficiencia del procedimiento arbitral. Sin embargo, en determinados casos, los procedimientos orales tradicionales deben ser concebidos como una alternativa más económica. Durante el interrogatorio a los testigos, el árbitro deberá evitar preguntas poco relevantes para el procedimiento o que refieran a cuestiones ya contestadas. De esta manera, se podrán eludir repeticiones y preguntas innecesarias que únicamente obstaculizan la eficiencia del procedimiento. Es importante tener en cuenta que el papel del árbitro es el de guiar a las partes y a los testigos, a lo largo de la audiencia, identificando y limitando conductas que puedan devenir en dilatorias.

Con el fin de evitar los procedimientos ineficientes se utilizan a veces sanciones económicas. Mediante el uso de este tipo de sanciones, el árbitro puede "castigar" a las partes que adopten conductas manifiestamente dilatorias. De igual manera, estas sanciones pueden ser aplicadas a los árbitros que actúen de forma ineficiente. En este caso, será el respectivo centro de arbitraje, el que impondrá las sanciones al tribunal arbitral y podría, por ejemplo, reducir los honorarios del árbitro. Respecto de ello, las sanciones, pueden ser evitadas fácilmente mediante la adopción de un calendario procedimental claro y a través de un adecuado manejo y dirección del procedimiento. Las sanciones financieras deberían ser la excepción. Sin embargo, si es necesario, deberán ser impuestas.

Así como se debe castigar el accionar ineficiente de los árbitros, también podría ser beneficioso el recompensar una correcta conducción de los procedimientos arbitrales. Ello podría ser una práctica interesante que los centros de arbitraje podrían desempeñar, aunque con ciertas restricciones. De este modo se lograría estimular a que los árbitros realicen un esfuerzo adicional e inviertan un poco más de su tiempo en la búsqueda de la decisión más acertada.

IV. Conclusión

La eficiencia en lo que respecta al arbitraje no sólo es importante para las partes que buscan alivio y una respuesta rápida a través de los procedimientos arbitrales, sino que también es de gran valor para los propios árbitros, ya que ellos mismos se verán beneficiados por la mayor acogida del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos.

A través de los años, determinados acontecimientos han con-

llevado a que actualmente nos preguntemos si realmente el arbitraje es una alternativa viable frente a los procesos judiciales, en razón a un ahorro de tiempo y costos.

En tal sentido, no todas las críticas respecto del arbitraje pueden ser fácilmente desvirtuadas. No hay duda, de que en determinados casos ciertos arbitrajes han resultado poco eficientes, e inclusive más onerosos que determinados procesos judiciales. En esta línea es importante entender que la efectividad en el arbitraje depende de las partes, sus representantes; pero también de los propios árbitros. Así, es preciso indicar que del comportamiento y las decisiones tomadas por los individuos involucrados dependerá si un arbitraje deviene en caro e ineficiente.

UN REMOTO ANTECEDENTE: EL REAL AMPARO EN EL VIRREINATO PERUANO

Alexandra Melissa Valdivia Salazar

¿Es México, inexorable e irrefutablemente la cuna de esta garantía constitucional? ¿Existe algún antecedente histórico e instrumental de fuente nacional? ¿Reales amparos en el virreinato peruano como auténticos procesos de amparo? ¿Existirá vinculación alguna entre este remoto antecedente y la vigente connotación de la acción de amparo contemplada en nuestro Nuevo Código procesal Constitucional?

La acción de amparo, es hoy indudablemente uno de los recursos procesales más utilizados por los abogados en el Perú, prueba de ello es que durante el ejercicio 2013 del Tribunal Constitucional del Perú, de un total de 8 883 expedientes, 7 166 corresponden a procesos de amparo¹, engorrosa carga procesal que representa el 80,67 %, y que se viene presentando como una constante en los últimos diez años.

No obstante, más allá de la exorbitante cifra de procesos de amparo que se conocen en nuestro país, considero prudente el remitirme al origen del mismo, así como a la indagación de antecedentes de carácter nacional, de manifiesto en épocas pre-republicanas, donde las instituciones jurídicas aragonesas calaban en lo más profundo de una realidad completamente diferente a la española, colmada de diferencias culturales, una marcada jerarquización social, y sobre todo, un rico pasado histórico.

Es así, que parece natural afirmar que la fuente legítima y absoluta de esta popular garantía constitucional se remonta a los

¹ Memoria del Tribunal Constitucional del Perú, 2013, p. 52.

Estados Unidos Mexicanos, con el valioso aporte de los juristas Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, la cual recién es incorporada como tal —procesalmente autónoma— a nuestro ordenamiento constitucional en la Carta de 1979, en la que se delimitan los campos de acción del Habeas corpus y del Amparo, perfeccionando la defensa constitucional de derechos fundamentales²; y que consecuentemente la vigente Norma Fundamental de 1993, perfila con mayor éxito la referida figura procesal, ampliando su campo de aplicación no solo a acciones, sino también a omisiones, así como dotándola de una especie de protección preventiva, en la práctica jurisprudencial.

Sin embargo, ¿este carácter primigenio que le atribuye gran parte de la doctrina jurídica mexicana e internacional, es inexorable e irrefutablemente fruto del Derecho Mexicano? No existe duda ni cuestionamiento alguno que fue en tierras aztecas donde se desarrolló y consolidó su carácter procedimental para la defensa de derechos tutelados por el texto constitucional, se perfiló su campo de acción, es decir los derechos que pretendía cautelar, se instrumentalizó y bautizó como una figura independiente del Habeas Corpus, el mismo que se venía invocando para la defensa de gran parte de los derechos fundamentales. Pero, ¿no será que algunos juristas e historiadores mexicanos pecan de soberbios al afirmar que México es la cuna absoluta y directa del amparo? Me planteé repetidas veces dicha interrogante, y decidí consultarlo con un entendido docente de mi facultad, quien modestamente me sugirió indagase sobre el tópico, materia de mi ensayo; así pues, consultando bibliografía de eruditos en Derecho Constitucional, confirmé mi hipótesis que efectivamente, existían más que antecedentes que influyeron indudablemente en el desarrollo del instrumento procesal al que hago referencia, sino una fuerte ascendencia hispánica, traducida en un amparo colonial, que permaneció casi intacto conceptual y estructuralmente de la vieja legislación española.

Así pues, teniendo ya conocimiento del remoto antecedente, me di con la grata sorpresa que existía prueba documental de su aplicación en la época colonial del Perú³, específicamente en el Cuzco, para amparar la posesión de una Hacienda, conocida popularmente en aquel entonces como "Santotis", la misma que en la valiosa obra de Guevara Gil, es la manifiesta protagonista de una trama telenovelesca, objeto de innumerables actos jurídicos y la *res materia* de litigio a través de diversas figuras e instituciones jurídicas.

En consecuencia, procuraré establecer a través de una comparación, el contraste y similitudes entre aquel remoto instrumento procesal y el vigente proceso de amparo, para lo cual echaré mano

² Desde la Constitución de 1933 estaba presente la figura procesal, pero se entendía que se encontraba subsumida en el Habeas Corpus, el mismo que protegía los derechos que hoy son objeto de protección del proceso de amparo.

³ En Guevara Gil, Jorge Armando, *Propiedad Agraria y Derecho Colonial: los documentos de la hacienda Santotis*, Cuzco (1453-1822). Lima: Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1993.

del caso de la Hacienda Santotis y el real amparo tramitado en aquel entonces, previo breve análisis del mismo.

Ciertamente, la obra de Guevara Gil, es cultural, jurídica e históricamente enriquecedora para el lector, ésta nos ofrece una imagen certera de casi toda la sociedad colonial, sus muy diversos actores, sus complejos mecanismos y los cambios que en ellos se registran a lo largo del tiempo, van apareciendo y desplegándose, aun cuando los precisos negocios que se realizan sean relativamente incipientes y las instituciones jurídicas que pueden ser apreciadas carecen de y complejidad procesal y estructural.

Además de lo señalado, su valor hermenéutico, conceptual y metodológico; predomina esencialmente el valor de la prueba documental que contiene, de gran interés para el constitucionalista, ya que recoge amparos desde el siglo XVI llevados a cabo en el Perú, no solo referencial ni superficialmente, sino documentación auténtica, que vendría a confirmar la indudable existencia del amparo colonial peruano.

El real amparo y la "informacion y pesquisa secreta" del visitador Eugenio de Zamora, 1617⁴: Esbozo histórico y rasgos dominantes del proceso

Es preciso enmarcar fácticamente este proceso previo —pesquisa secreta— y el consiguiente mecanismo de consolidación dominial —real amparo— que en virtud del primero acaeció en favor del titular de la harto citada hacienda, *ad exemplum* de la figura de amparo colonial en el Virreinato del Perú, para posteriormente identificar aquellos rasgos principales de este procedimiento indagatorio y su consecuente confirmación resolutoria a través del amparo, así como definir la naturaleza jurídica de la solución judicial favorable —el real amparo— que reafirmó el basamento legal de la hacienda.

En ese sentido, Eugenio de Zamora, corregidor provincial y visitador comisionado por el virrey Príncipe de Esquilache, nombrado al efecto «juez visitador de los obraxes tornos telares chacras estancias y tambos pagas y desagravios de indios deste corregimiento del Cuzco y de los demás que luego se siguen hasta llegar a el dicho Paucarcolla», en el año de 1617 visita la hacienda Santotis⁵.

En efecto, en el contenido documental de la obra taxativamente refiere que «El segundo mecanismo de consolidación aplicado a la hacienda Santotis fue el Real amparo. Ese fue el resultado de una pesquisa secreta practicada en 1617 por un visitador comisionado por la administración colonial».

El visitador Zamora, entonces, concentró su celo fiscalizador en dos aspectos centrales en cualquier empresa agraria, a saber, el patrimonial y el laboral. Por un lado debía «averiguar el título de la fundación de la dicha hacienda y los en cuja virtud la tiene

⁴ *Ibíd.* En Prueba Documental que corre a fojas 60-62.

⁵ Llamada así por Diego Santo Ortiz o Diego Santotis, titular de la misma.

e posee el dicho Diego de Santotis». Por el otro, debía investigar «si los indios de provision los yanaconas voluntarios concertados y alquilados an sido agraviados, vexados por el dicho Diego de Santotis o por su mujer hijos mayordomos o criados». ⁶

No obstante, después de ésta práctica, Diego de Santotis fue favorecido en ambas cuestiones, lo cual se viene a reflejar en la sentencia expedida el 20 de febrero de 1617, Zamora quedó satisfecho con sus hallazgos sobre la titulación y el comportamiento del propietario y conductores frente a la fuerza laboral de la hacienda, en consecuencia, sentenció que «no a resultado culpa alguna contra el dicho Diego Santotis ni su mujer hijos mayordomos ni criados de que se les deba hacer cargo» y por ello «les absuelvo y doi por libres de la dicha vizita». Así en el ámbito patrimonial, «amparó al susodicho en la posesion que de las dichas tierras molino rancherías y corrales tiene en virtud de los títulos e recaudos que ante mi presentó», dando fe que los recaudos presentados por Santotis representaban títulos que acreditaban la fundación de la hacienda y el transcurso dominial que legitimaba la propiedad de Diego de Santotis.

Considero prudente, en tal sentido, mencionar los rasgos más destacables de esta figura procesal utilizada hasta fines del siglo XIX y los que indudablemente saltan a la vista en este caso en concreto; en primer lugar, este mecanismo de consolidación dominial se caracterizaba por (i) Su celeridad procesal, evidentemente, un proceso breve y sumario; (ii) A través de él se buscaba proteger el hecho de la posesión, sin necesidad de incidir en los aspectos dominiales; primaba por (iii) La incontestable autoridad de los jueces visitadores para garantizar el acceso de los posibles denunciantes a los recursos legales pertinentes; asimismo, (iv) Fue un mecanismo de tutela posesoria que resguardaba el interés de los terratenientes sobre la base de reservar un papel primordial a la administración colonial encargada de verificar el amparo; destacando además (v) Su carácter interdicial y fue más bien un mecanismo de tutela posesoria, atado a la propiedad privada, no obstante, se podría decir que defendió también otros derechos; (vi) En referencia al procedimiento de pesquisa- del que resultaba o no el amparo- el visitador nombrado por el virrey debía verificar su visita en dos niveles: titulación de la propiedad y tratamiento de los trabajadores incorporados en las unidades agrarias; por lo tanto, (vii) Las materias involucradas en el ámbito jurisdiccional del magistrado fueron: Derechos patrimoniales y relaciones laborales; por otro lado este proceso se caracterizaba porque (viii) la tramitación y resolución del expediente se hacía por impulso procesal de oficio, ya que las autoridades avocadas al conocimiento de la materia actuaban por encima de la voluntad del propietario o empresario escrutinado. (ix) En cuanto a la resolución judicial emergente del proceso de pesquisa, éste concluyó con la verificación de un Real Amparo, el que precisamente amparó a Diego Santotis en la posesión que de dichas tierras, molino, rancherías y corrales que tenía en virtud de los títulos recaudados que ante

⁶ *Ibíd.* En Prueba Documental que corre a fojas 61.

el visitador presentó; así pues (x) El juez inspector no procedió a otorgar una nueva titulación o a revalidarla sino que procedió a tutelar y proteger la posesión que Santotis venía ejerciendo en virtud de sus derechos patrimoniales preexistentes.

Por consiguiente, la pesquisa secreta y sus secuelas resolutivas —el real amparo— contribuyeron a consolidar los derechos del propietario Diego de Santotis; ya que «por un lado, recibió las seguridades de que el flujo laboral a su favor continuaba garantizado por el estado colonial y, por el otro, se hizo acreedor a un amparo real en la posesión de su hacienda».

Además, el hecho que el visitador basara su decisión en el reconocimiento de la preexistencia de títulos bastantes era en sí mismo una forma de consolidar la posición dominial del hacendado, y la obtención de un amparo real significaba un logro significativo en ese sentido.

En efecto, Ots Capdequí, taxativamente hace referencia al real amparo y esboza algunos rasgos interesantes, señalando que es una «figura jurídica que hay que encuadrar no en el derecho substantivo sino en el derecho adjetivo, en el derecho procesal. El amparo real no es un título; por el contrario, presupone la existencia de un título, bien sea uno de los admitidos por las leyes, bien sea una posesión que puede entenderse como justa y merezca, por lo tanto, dentro del derecho procesal, el amparo real correspondiente».⁷

De manera análoga, un aspecto muy particular que me parece conveniente para estos fines destacar es el que soslayó Ballesteros al precisar que le «estaba permitido al indio, no solo unirse a otros para ejercitar una acción conjunta y en cierto modo homogénea, sino también para reunir en una única demanda variedad de quejas por agravios dispares y así llevar a efecto lo que en técnica actual podría calificarse de 'acumulación de acciones'».⁸

Breve tracto histórico del amparo en el Perú

En el Perú, es ya bien sabido que el Hábeas Corpus realizó las funciones del Amparo hasta ya bien entrado el siglo XX, ya que paulatinamente fue expandiendo su ámbito natural de protección no solo para la tutela de la libertad personal, sino también para los demás derechos fundamentales, puesto que se consideraba que a través de la acción de Hábeas Corpus se tutelaban todos los derechos individuales y sociales.

En un primer momento, el Amparo es derivado de la ley 2223 de 1916 —no obstante, su vaga mención desacredita esta disposición como un posible origen del actual amparo— y luego adquiere una connotación relativamente más afinada en el artículo 69 de la Constitución de 1933.

⁷ En E. José María, *España en América. El régimen de tierras en la época colonial*. Fondo de la Cultura Económica, México, 1959, p. 38.

⁸ En Ballesteros Ledesma, Pío, *Los indios y sus litigios según la Recopilación de 1860*, en *Revista de Indias*. Edición núm. 22, Madrid, 1945, pp. 625-626.

Posteriormente, esta ampliación de tutela jurídica a otros derechos fundamentales se estableció con el procedimiento previsto en el Decreto Ley 17083 de 1968, en el cual se previó una división en la figura del Hábeas Corpus, de esta manera se tramitaba por separado uno en la vía penal que protegía esencialmente el derecho a la libertad y sus diversas formas; y otro en la vía civil, para los demás derechos; el cual se configura sin duda alguna como la primera composición estructural legislativa de nuestro actual amparo, más allá del *nomen iuris* que se le haya otorgado.

Así como en el Decreto Ley 20554 de 1974, que reguló una especie de 'amparo agrario'-donde se tomó en cuenta muy tenuemente el amparo mexicano para su redacción.

Finalmente, la figura del amparo —con la autonomía que goza el Hábeas Corpus y rango constitucional— se consagra recién en la Constitución de 1979 (artículo 295) y en la actual Constitución de 1993 (artículo 200 inciso 2). «Su reglamentación legal se encuentra en uno de los Códigos más modernos en materia de control constitucional, como lo es el Código Procesal Constitucional, vigente desde el primero de diciembre de 2004».⁹

No obstante, el maestro García Belaúnde —principal entendido y precursor en la materia— plantea una interrogante que no deja de generar particular interés, «¿Es el amparo colonial peruano un antecedente o un origen de nuestro actual amparo?», estableciendo además las diferencias respectivas entre estos dos términos, pero finalmente arriba a la conclusión que el amparo colonial peruano es un antecedente de nuestra actual garantía constitucional, evidentemente por razones doctrinarias y cronológicas, puesto que «el amparo colonial peruano se desarrolla entre los siglos XVI y XIX, mientras que nuestro actual Amparo se configura legalmente recién en 1979 y en la Carta Política de ese año».

La Norma Fundamental de 1993 asume una definición técnicamente más amplia para centrar el ámbito de acción del proceso de amparo tanto en acciones como omisiones, lo cual en la práctica jurisprudencial ha implicado inclusive un tipo de protección preventiva, superando la concepción de que solo debía evaluarse el ámbito de determinación de una acción agresora y de su legitimidad o ilegitimidad.

Sin embargo, queda aún una duda remanente que resolver, una tarea, para nosotros los jóvenes estudiantes con especial interés en el Derecho Constitucional y la Historia del Derecho, y ésta es precisamente si el amparo colonial peruano al que referimos constituye o no un origen de nuestro actual amparo; en ese sentido, se sostienen algunas tesis interesantes que enuncian que posiblemente el derecho indiano rigió incluso después de la independencia del Perú de la metrópoli española en 1821, hasta un par de décadas después, de ser así, al menos rigió en algunos lugares

⁹ En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El amparo iberoamericano* (Estudio de Derecho procesal constitucional comparado) en Revista Pensamiento Constitucional. Año XII, núm. 12. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2007, pp. 208-209.

alejados de las grandes ciudades, las cuales se sostiene que probablemente eran reguladas por la legislación nacional promulgada hasta entonces, gracias a la codificación.

Contraste y similitudes con el vigente proceso de acción de amparo

El amparo en nuestros días, es indubitablemente el cliché de la tutela constitucional, cuyo punto de partida consiste en la premisa de restituir un estado de cosas, generado por una afectación, a la situación anterior a la vulneración de un derecho fundamental. Sobre esta idea base se construye el sentido jurídico constitucional de este proceso, cuya legitimidad reside en su estrecha vinculación al concepto de Estado Democrático y Social de Derecho, así como al Estado constitucional, como expresión más uniforme de defensa de los derechos fundamentales.

Dado el importante número de procesos de amparo en nuestro ordenamiento constitucional, consideramos que reviste importancia aludamos a que los aspectos materiales de interés establecidos por las normas, consolidan el proceso de amparo como el de mayor alcance en la jurisdicción constitucional peruana.¹⁰

Así, en cuanto a los aspectos relevantes del proceso de amparo, colonial y actual, hay una abismal diferencia en cuanto a la celeridad procesal, sabemos pues que el real amparo se configuró como un proceso breve y sumario; a diferencia de ello, nuestro amparo actual, ha dejado poco a poco su carácter tutelar apremiante y se ha convertido en un engorroso e interminable proceso por la sobrecarga procesal de este tipo de garantía en la jurisdicción constitucional.

Asimismo, contrastan las materias involucradas en el ámbito jurisdiccional del magistrado, es decir los derechos que fueron protegidos para el caso de la Hacienda Santotis, que fueron específicamente derechos patrimoniales y relaciones laborales, con los derechos protegidos por el actual proceso de amparo, el que goza de una regulación propia en los artículos 37 a 60 del Código Procesal Constitucional, concretamente el artículo 37 prevé que derechos son protegidos por esta garantía -no obstante, es importante hacer un ejercicio de contrastación con el artículo 2 de nuestra Carta Fundamental, el cual enuncia igualmente otro conjunto de derechos fundamentales protegidos- los cuales son cuantitativa y cualitativamente superiores, puesto que la tutela constitucional se incrementa.

Considerando, que el artículo 37 se configura dentro de lo que conocemos como *numerus apertus*, y que el progreso ha sido importante en este acápite pues derechos no enumerados se han ido incorporando progresivamente al ámbito de protección de los derechos fundamentales en los últimos años, en ese sentido, «entre dichos derechos innominados que han pasado a la condición de reconocidos por el ordenamiento constitucional tenemos: el dere-

¹⁰ En Figueroa Gutarra, Edwin, *El proceso de amparo: alcances, dilemas y perspectivas* en Gaceta Constitucional, núm. 53, pp. 183-197, Lima, 2012.

cho a la objeción de conciencia (STC 895-2001-AA/TC, caso Rosado Adanaqué); derecho a la verdad (STC 2488-2002-HC/TC, caso Villegas Namuche); derecho al libre desarrollo de la personalidad (STC 007-2007-PI/TC, caso Colegio de Abogados del Callao); derecho al agua (STC 6546-2006-PA/TC, caso Zúñiga López); y derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (STC 2432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza)». ¹¹

Por otro lado, otro ítem relevante a considerar es la relativa ausencia de etapa probatoria en un proceso de amparo en nuestros días - en atención a la condición de tutela urgente que este tipo de proceso exige- que contrasta con la importancia que constituía la etapa probatoria en la *pesquissa secreta*, en la cual había que acreditar la titularidad de la propiedad documentalmente, y las buenas relaciones laborales fácticamente, y en base a ello recién se podía amparar o no, la posesión.

Análogamente, considero pertinente contrastar el aspecto de la tramitación y resolución del expediente; para el caso del amparo colonial, el impulso procesal era de oficio, a diferencia de nuestro actual amparo, que evidentemente es exclusivamente a petición de parte.

En cuanto, al carácter interdictal del real amparo del Virreinato Peruano, me gustaría hacer un par de acotaciones; en primer lugar, nuestra legislación sustantiva y adjetiva en materia civil regula la figura de las acciones posesorias o interdictos, que considero tienen una similitud más relevante y amplia, que con nuestro actual amparo, nos detalla los requisitos que debe reunir el poseedor de la cosa, para que pueda hacer valer el derecho que le confiere la ley o sea la acción posesoria en la vía judicial, siendo estos: (i) probar el hecho de ser poseedor por más de un año continuo a título personal o sumado el de sus antecesores; (ii) que ha poseído la cosa de manera pública, pacífica e ininterrumpidamente, con ánimo de dueño; y (iii) que tiene justo título o título legítimo para poseerla; requisitos que también han de ser tomados en consideración para el remoto amparo colonial, y más específicamente para la Hacienda Santotis, ya que Diego Santo Ortiz tuvo que probar y acreditar su titularidad con legítimos títulos, documentos y recaudos, así como dar cumplimiento a las referidas premisas, para obtener el amparo de su posesión.

En segundo lugar, el proceso en el cual se desarrolla la acción, es en juicio sumario, el que tiene por objeto, decidir interinamente sobre la actual y momentánea posesión o sobre el hecho de la posesión, quedando los aspectos dominiales excluidos del mismo, carácter que vendría a repetirse para ambas figuras: amparo actual y colonial.

Así, nuestro Código Procesal Civil, regula siete categorías de Interdictos o acciones posesorias, dentro de las cuales la '*querrela de amparo*', que se interpone para conservar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, la cual vendría

¹¹ Sosa Sacio, Juan Manuel, *Proceso de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 45.

a ser la más próxima al amparo colonial peruano.

Conclusiones y recomendaciones

Primera, el amparo, como institución no fue concebida por obra y gracia de un par de eminencias mexicanas, por el contrario se formuló y bautizó en tierras mexicanas precisamente, utilizando como asiento fundamental el amparo colonial español, el cual fue planteado con ciertas modificaciones estructurales, conceptuales y procedimentales, y que se ha mantenido en el tiempo hasta llegar a nuestros días, pasivo de cambios evidentemente, pero con la legitimidad que los ordenamientos jurídicos a nivel mundial le otorgan por su vigencia en el tiempo y en el espacio.

Segunda, el amparo colonial peruano es un antecedente de nuestro actual Amparo, en primer lugar por razones cronológicas y doctrinarias, más allá de la brecha temporal entre una y otra figura, coincidimos en que nuestro actual instrumento para la protección de derechos fundamentales ostenta fuertes raíces que se cimientan en el real amparo del Perú Virreinal.

Tercera, el amparo colonial peruano como origen de nuestra vigente garantía constitucional, no es más que una hipótesis sumamente incierta, ya que el real amparo peruano feneció —según la doctrina preponderante— en el siglo XIX, por tanto no pudo haber ejercido influencia determinante en la formación de herramientas protectoras para la tutela constitucional de determinados derechos; por lo que, su incierto e inconsistente carácter como origen queda desplazado por su ubicación como un remoto antecedente, pero con peculiaridades históricas, culturales y jurídicas que merecen ser reflexionadas.

Cuarta, el caso particular que evidencia la Hacienda Santotis, constituye junto con la documentación presentada por Guevara Gil, una fehaciente prueba documental y doctrinaria sobre la existencia de un auténtico amparo colonial peruano, la que debe ser aprovechada por el constitucionalista e investigador con fines históricos, culturales y jurídicos por la riqueza de su contenido.

Quinta, comprobada ya la existencia del remoto antecedente al que referimos en este trabajo, convino analizar si éste ostentaba vinculación alguna con el vigente instrumento protector, la acción de amparo contemplada en nuestro Nuevo Código procesal Constitucional; en efecto, el resultado fue aún tentativo, puesto que más que similitudes entre ambos amparos, se pudieron establecer diferencias, que ciertamente no le quitan el valor histórico y referencial que amerita, ya que este antecedente, por su propia remotidad en el tiempo, no fue exento de cambios que probablemente lo configuraron como un instrumento distante de su principal antecedente histórico e instrumental de fuente nacional.

Sexta, se ha podido observar —producto del análisis de la bibliografía consultada para la redacción de este trabajo— que existen dos grandes inconvenientes en el proceso de amparo peruano, primero que no existe un adecuado uso de la vía para la

protección de los derechos fundamentales, lo que conduce a un segundo problema, el de la congestión procesal, en la que observamos procesos que han sido interpuestos y admitidos a trámite erróneamente, y aquellos procesos que en forma justificada sí exigen tutela de urgencia.

Séptima, es meritorio el estudio de este tipo de tópicos que ostentan gran contenido cultural, un valor histórico trascendental y referencias jurídicas considerables, las cuales es necesario revisar y analizar para comprender el verdadero sentido de la figura procesal que estamos, si somos estudiantes, reflexionando, y si somos juristas, ejercitando; así como beber de la fuente histórica para identificar errores que vienen perpetuándose y reformas que vienen innovando, para consecuentemente contribuir al desarrollo de una jurisprudencia sólida y con fuerza argumentativa, con el propósito de alcanzar una justicia constitucional más predecible respecto de los procesos de amparo.

EL DERECHO EN LA REALIDAD Y NO EN LA FICCIÓN: EL USO DE MATONES EN LOS DESALOJOS

Nickole Alejandra Zanabria Salas

I. Introducción

Hipona en su libro *La ciudad de Dios* nos presenta el siguiente pensamiento:

“Con toda finura y profundidad le respondió al célebre Alejandro Magno un pirata caído prisionero. El rey en persona le preguntó: “¿Qué te parece tener el mar sometido a pillaje?”. “Lo mismo que a ti —respondió— el tener el mundo entero. Solo que a mí, como trabajo en una ruin galera, me llaman bandido, y a ti, por hacerlo con toda una flota, te llaman emperador”¹.

Constituye un tema controvertido el uso no regulado de la violencia ilegítima en los procesos de desalojo en el Perú y su relación con el monopolio de la violencia legítima por parte del Estado peruano a través de la Policía Nacional del Perú. Por un lado, la violencia ilegítima deviene en excesiva en muchos casos, produciendo daños a los desalojados y a terceros ajenos al conflicto. Por otro lado, se encuentra el Estado peruano, quien ostenta el monopolio de la fuerza lícita, la cual es insuficiente; por lo que, se recurre al uso de matones para hacer efectivo el fallo.

En los últimos años, una serie de casos han salido a la luz a través de diferentes programas de noticias televisados y en medios escritos de prensa, donde la policía actúa junto con matones para realizar desalojos; es el caso de "El Huequito"; donde el desalojo fue llevado a cabo en el centro comercial del mismo nombre ubi-

¹Hipona, A. D. 2007, *La ciudad de Dios*, Tecnos.

cado en el jirón Montevideo núm. 765 y núm. 779 del Cercado de Lima. El acto de lanzamiento se efectuó por la fuerza pública contando con el apoyo de quince matones, lo que produjo un enfrentamiento con los desalojados en el cual resultaron dos heridos.²

Se presupone que el uso de fuerza es reservada al Estado; sin embargo, en la práctica es empleada por privados que no representan al Estado, como se expondrá en el caso citado

La permisividad de las autoridades en los procesos de desalojo, origina que los matones contratados por los demandantes actúen desmedidamente al lado de policías, quienes no respetan la Ley ni los derechos de las personas. Cabe resaltar, que además, al ser su actuación no oficial, éstos no están identificados y por consiguiente no se les puede adjudicar responsabilidad alguna.

Asimismo, se debe tener muy presente que el uso de la violencia legítima es reservado al Estado, quien ostenta el monopolio del mismo, donde los individuos han renunciado a su derecho a la autodefensa y a la justicia privada; sustentados en la confianza en el Estado, el cual se presupone correcto, eficaz y eficiente ejecutor uso de la misma.

Es por estos motivos, que el tema que preocupa en esta oportunidad y cuyo análisis se llevará adelante, es el referente a "el uso de violencia lícita e ilícita en el proceso de desalojo".

Tal es así, que el Estado ha deslegitimado la violencia ajena a sí mismo, pero en la práctica actúa junto con dicha fuerza ilegítima, para suplir sus carencias. Por lo que, teniendo en cuenta que el derecho regula realidades y no ficciones, y que el uso de matones en los desalojos no cesaran; se considera la necesidad de su regulación e identificación de las personas privadas que intervengan con la utilización de la fuerza en los actos de desalojo, lo cual permitirá no sólo reglamentar su actividad, esto a efecto de evitar que superen los límites empleados por la Policía Nacional del Perú; asimismo, permitirá establecer responsabilidad civil, penal y administrativa en los casos de excesos.

Entonces, ¿es posible reglamentar su intervención? ¿Qué hacer en caso de la insuficiencia del Estado?

II. Matones y Estado en la historia

De forma preliminar, es conveniente tomar en cuenta la definición de la Real Academia de la Lengua Española, la cual ha definido al matón, como "hombre jactancioso y pendenciero, que procura intimidar a los demás"³.

Históricamente, se tiene que los matones o "bravos", al igual que los compadres, pertenecen a la tradición mediterránea desde

² Yucra, J., 24 de julio de 2015, Diario *El Correo*. Obtenido de <http://El Correo.pe/actualidad/cercado-lima-detienen-policias-y-matones-intento-desalojo-centro-comercial-205682>

³ Real Academia Española, 14 de Junio de 2015, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Obtenido de RAE: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=sbRmd3e6HDXX2Khg2c51>

el siglo XVI y XVII, eran empleados por un señor para hacer trabajos fuera de la ley, con el amparo y protección de aquel⁴.

En algunos momentos de la historia, durante los años 1598–1700, los "matones eran conocidos como [...] hombres impacientes de improvisar una fortuna por buenos o malos medios. Al desasosiego, de la fermentación de tales pasiones había de producir en lugares, donde por falta de autoridad respetada la única ley era la fuerza"⁵; eran parte de la sociedad de la época del dominio español, durante la dinastía de los Austrias.

Remitiéndose a la época de 1948 – 1956, durante la dictadura de Manuel Arturo Odría Amoretti, los matones eran utilizados como un medio del Estado para vigilar, espiar, repeler, torturar y perseguir a los opositores políticos del régimen dictatorial; dicho contexto es relatado con detalle por el escritor Mario Vargas Llosa en su obra histórica "Conversación en La Catedral"⁶. Donde se evidencia que el Estado siempre recurrió a los matones.

En Europa se encontró este tipo de personajes, en general, donde existió una clase aristocrática, en la cual los matones eran utilizados como medio para conseguir beneficios por parte de este selecto grupo que contaba con verdaderos ejércitos privados; al respecto Baroja los define como "gente de barrio, ociosa y haragana, que intimida, resguardados por personas de poder político y económico"⁷.

Es importante resaltar, que los personajes de poder han utilizado a estos personajes de manera continua a lo largo de la historia, como un ejército particular para hacer valer sus intereses. En la actualidad en el artículo publicado en el año 2014 de Raúl Wiener hace referencia que "hacia los años 90, empezó a verse casi como un hecho natural que delincuentes fueran avisados que había un desalojo y reclutados para acompañar a policías y asegurar la decisión judicial"⁸.

III. Monopolio legítimo de la violencia y la realidad

El monopolio del Estado sobre la violencia legítima, se sustenta en "la sociedad a la que llamamos Moderna, está determinada, al menos en Occidente, por un grado muy elevado de organización monopolista. Se arrebató a los individuos aislados la libre disposición sobre los medios militares que se reserva el poder central"⁹. Debiendo ello ser amparado por el Estado, quien se presupone como un correcto, eficaz y eficiente defensa de los derechos.

⁴ Gamarra Rondó, A. M., 1921, *¡¡Cien años de vida perdularia!!*, Lima.

⁵ Lorete, S., 1870, *Historia del Perú bajo la dinastía austriaca: 1598-1700*. Paris: Rochette.

⁶ Vargas Llosa, J. M., 2010, *Conversación en La Catedral*. Lima: Alfaguara.

⁷ Baroja Caro, J., 1990, *Ensayo sobre literatura de cordel*. Madrid: Itsmo.S.A.

⁸ Wiener Fresco, R. (s.f.). Rwiener Blogspot. Obtenido de Rwiener Blogspot: <http://rwiener.blogspot.com/2014/11/desalojo-sangre-y-fuego.htm>

⁹ Casillas Herrera, P., 06 de Junio de 2015, *El Monopolio de la Violencia del Estado*. Obtenido de Contextualizaciones Latinoamericanas: http://www.contextualizacioneslatinoamericanas.com.mx/pdf/El%20monopolio%20de%20la%20violencia%20del%20Estado%20sobre%20los%20movimientos%20sociales%20en%20Mexico_6.pdf

Esto se sustenta, en “una sociedad [donde] los ciudadanos desisten de su derecho a autodefensa, porque [le] han otorgado al Estado [...] las intervenciones de la justicia y la policía, hacen entendible la pérdida de esta legitimidad”¹⁰. Por este motivo, el objeto de que el Estado monopolice la violencia, es “concentrar lo vejatorio, arbitrario, mutilante, en un único espacio, en un sub-sistema que permitiera que en los otros ámbitos de lo social las relaciones de unos con otros transcurrieran pacíficamente, confiadamente, sin temor a una profusión proliferante y desbocada de lo violento”¹¹.

El ejercicio de la fuerza pública debe estar controlado; puesto que, si bien “el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”¹². Manteniendo los márgenes de poder conforme a los derechos recogidos en la Constitución. De esta forma se encuentra reconocido en el artículo 44 de la Constitución Política del Estado peruano, es una de las obligaciones esenciales del Estado peruano, la de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [...] y que a él le corresponde”¹³.

IV. Desalojos ilegítimos, al amparo de la policía

De forma preliminar el concepto de Estado de Derecho, está justamente basado en la regulación del gobierno; sin embargo, surge la desconfianza hacia el mismo. Un ejemplo de esta desconfianza es reflejada en el tema expuesto, pues la policía actúa junto a matones, dando la impresión de que ambos esperan una recompensa por el cumplimiento conjunto y rápido de la tarea.

El hecho se origina por dos hipótesis. La primera, la insuficiencia por parte de la policía para hacer cumplir un mandato judicial. La segunda el dictamen sobre la legitimidad de la propiedad y derechos de las partes; donde la parte desalojada tiende a resistir alegando contra el proceso, o simplemente porque no tiene dónde ir. Lo que se produce, casi garantizado, es una batalla en vía pública, como los casos citados, con el trágico saldo de heridos y muertos.

Mezclar delincuentes con policías, conduce a unificar los métodos de unos con otros; en esta lógica, los policías terminan buscando recibir una remuneración por la labor realizada y los otros ejerciendo fuerza reservada a los primeros.

¹⁰ Terwindt, C., 14 de Junio de 2015, *El desafío del monopolio de violencia*. Obtenido de ethesis: <http://www.thesis.net/geweldsmonopolie/El%20desafio%20del%20monopolio%20de%20violencia.pdf>

¹¹ Fuente Lora, G., 14 de Junio de 2015, *El Monopolio de la Violencia*. Obtenido de Wordpress: <https://opgm2010.files.wordpress.com/2010/08/gerardo-de-la-fuente-el-monopolio-de-la-violencia.pdf>

¹² *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México*, 220-C (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 2010).

¹³ Chanamé Orbe, R., 2009), *Comentarios a la Constitución*, Lima: Jurista.

El exceso es reflejado y comentado por reconocidos autores, Raúl Wiener da una crítica sobre la ley García la que exculpa por muertos y heridos a los efectivos que actúan "en cumplimiento de su misión", por ello no hay culpables de los muertos por la movilizaciones del año 2012, en Cajamarca, Paita y Espinar".

El caso "El huequito", donde la fuerza pública actuó junto con quince matones, produciendo un enfrentamiento contra los desalojados y generando dos heridos, fue originado por el uso excesivo de la violencia; este hecho fue excusado por el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, que franquean el uso de violencia excesiva, sin responsabilidad por las consecuencias .

V. Conclusiones

Primero. Si bien es cierto, no existe una policía privada en el Perú; la legislación reconoce la posibilidad que personas privadas presten servicios de vigilancia y seguridad. Este es el caso de la Ley núm. 28879, Ley de Seguridad Privada¹⁴. Tal es así, que en ningún momento reemplazarían a la Policía Nacional del Perú; sino que participan de forma accesoria.

Segundo. La autorización y registro del personal auxiliar permitirá establecer responsabilidades penales, civiles y administrativas en casos de excesos en su actuar. Por ejemplo, en caso de destrucción de propiedad privada, se podrán instaurar procesos penales y civiles de forma rápida en contra de los responsables y en el lado administrativo se podrá sancionar la inconducta. Cosa que no ocurre en la actual situación, donde estas personas actúan de forma antojadiza y sin límites, no respondiendo ante nadie por los excesos que cometen que no son pocos.

Tercero. La regulación y formalización, crearía un sistema formal de cooperación con la Policía Nacional del Perú pues puede llevar a cabo los actos de lanzamiento dentro de los desalojos de forma regular y transparente, tal como lo reafirma el artículo 38° de la Ley núm. 28879 que establece y considera la cooperación debida entre las empresas de vigilancia privada con la Policía Nacional del Perú.

Cuarto. Concluimos en que todos estos servicios privados deben ser accesorios y complementarios, lo cual no significa que el Estado renuncie al monopolio de la fuerza legítima, sino que permita el apoyo a la Policía Nacional en caso de insuficiencia; dado que, de ninguna forma, se puede permitir el reemplazo de la Policía Nacional del Perú por una fuerza privada.

¹⁴ Ley núm 28879, (s.f.). Ley de Seguridad Privada.

III CRÓNICA DE LA FACULTAD

Inicio del año lectivo 2015

Por Directiva núm. 1-VRA-CAD-2014, del 23 de diciembre del 2014, se acordó iniciar el semestre impar del año lectivo 2015 el día 9 de marzo y, concluirlo, el 20 de julio. A su turno, el semestre par, comenzó el día 10 de agosto y concluirá el 21 de diciembre.

Matrícula en la Escuela Profesional de Derecho

Durante el semestre impar se matricularon en la carrera profesional 1153 alumnos, mientras que en el semestre par lo hicieron 1102.

Docentes del Programa Académico de Derecho

Docentes Principales

- Luis Guillermo Vargas Fernández
- David Fernando Dongo Ortega
- Julio Salomón Virrueta Revilla
- Mauro Pari Taboada
- Jorge Luis Cáceres Arce
- Berly Gustavo Cano Suárez
- Jose Alfredo Lovón Sánchez
- Gabriel Ernesto Torreblanca Lazo
- Juan Carlos Valdivia Cano

Docentes Asociados

- Cesar Augusto Fonseca Tapia
- José Luis Yucra Quispe
- José Suarez Zanabria
- Ana María Amado Mendoza

DOCENTES Auxiliares

- José Fernando Bustamante Zegarra
- Carlos Alberto Rodríguez Martínez
- James Carlos Fernández Salguero
- Claudia Pía Chirinos Pacheco de Rivero

- Juan Carlos Agramonte Mostajo
- Mary Luz Catacora Molina
- Carlos Alberto Neyra Amat
- Mauricio Matos Zegarra
- Gerardo Zegarra Flores
- Saulo Peralta Francis
- Patricio Fajardo Passano
- William Farfán Rodríguez
- Carlos Montes de Oca Valencia
- Gloria Achata Arenas
- César Ibarra Valdivia
- César Fernando Lazo Bezold
- Ronny Llerena Oviedo
- Carlos Enrique Polanco Gutierrez
- Pedro Humberto Rebeoggino Mustaffá
- Julio Escarza Benítez
- Marco Bustinza Siu
- Neil Tejada Pacheco

Apoyo académico-administrativo

- Angela Delgado de la Flor Olivera
- Luis Herrera Bustinza

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 (asistente)
- Martha Doris Mestas Carpio (secretaria)

Eventos organizados por la Facultad

❖ Seminario "Motivación e interpretación constitucional. 23 al 25 de abril del 2015. Expositores: Jorge Luis Cáceres Arce, Fernando Bustamante Zegarra, José Suárez Zanabria y Mauricio Matos Zegarra.

❖ Seminario "III Jornadas de la Red Internacional de Bienes Públicos". 18 al 20 de junio del 2015. Expositores: Jorge Luis Cáceres Arce, Pedro Reveggino Mustaffa, Fernando Mendoza Banda, Juan Carlos Agramonte Mostajo, James Fernández Salguero, José Málaga Málaga, Carlos Perea Barreda y Carlos Rodríguez Martínez.

❖ Conversatorio "Nuevas modificatorias al Código Procesal Civil, Ley 30293". 24 de junio del 2015. Expositores: José Alfredo Lovón Sánchez y Fernando Bustamante Zegarra.

❖ Mesa de Trabajo "Honradez e integridad en el ejercicio de la función pública". 25 de septiembre del 2015.

Eventos en los que participó la Facultad

❖ "20° Concurso Interamericano de Derechos Humanos, Academy on Human Rights and Humanitarian Law, American University Washington College of Law". Fase oral del 17 al 22 mayo del 2015. Washington D.C. Oradoras: Alexandra Melissa Valdivia Salazar, Fiorella Manrique Valdivia, Observadoras: Karla Andrea Fuentes Valdivia, Gabriela Gamero Silva. Coach: Dr. Saulo Peralta Franzis; con el apoyo del alumno Rodrigo Mauricio Pérez Villanueva y los exalumnos Miguel Barboza López y Paola Paredes Jiménez.

❖ "Competencia Universitaria sobre Derechos Humanos Sergio García Ramírez, Cuarta Edición". Fase oral del 7 al 11 de setiembre del 2015. México D.F. Oradores: Walter Manrique Cervantes, Ana Lucía Valencia Fernández y Diego Sánchez Cárdenas. Coach: Dr. Mauricio Matos Zegarra, con el apoyo de los exalumnos Jesús Zúñiga Hernández y José Vargas Soncco.

❖ Seminario "El Rol de la Superintendencia de la SMV en el mercado de valores e inversión a través de la bolsa de valores". 18 de setiembre del 2015.

❖ "Yachay - Concurso de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, IX Edición". Fase oral del 19 al 23 de octubre del 2015. Lima, Perú. Oradores: Walter Manrique Cervantes, Ana Lucía Valencia Fernández y Diego Sánchez Cárdenas. Coach: Dr. Mauricio Matos Zegarra, con el apoyo de los exalumnos Jesús Zúñiga Hernández y José Vargas Soncco.

❖ "Concurso Eduardo Jiménez de Aréchaga, Asociación Costarricense de Derecho Internacional". Fase oral del 25 al 30 de octubre 2015. San José, Costa Rica. Oradores: Norma Alejandra Ortega Valdivia, Rodrigo Mauricio Pérez Villanueva, Rosa Andrea Herrera Rivera y Víctor Eduardo Farfán De la Fuente. Coach: Dr. Mauricio Matos Zegarra con el apoyo de la Dra. Ana María Amado Mendoza y el exalumno Miguel Barboza López.

Eventos organizados por la el Colegio de Abogados de Arequipa en los que participaron docentes de la Facultad

❖ Como parte del Módulo de Derecho Penal del Programa de Capacitación Permanente del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, el miércoles 03 de junio, en el Auditorio José Luis Bustamante y Rivero, se llevó a cabo el curso denominado "La etapa intermedia y el control del sobreesimiento" a cargo del Dr. Mauro Pari Taboada.

❖ Como parte del Módulo de Derecho Procesal Civil del Programa de Capacitación Permanente del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, el jueves 02 de julio, en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero, el Dr. José Alfredo Lovón Sánchez, desarrolló la ponencia "La demanda".

❖ Como parte del Módulo de Derecho Procesal Civil del Programa

de Capacitación Permanente del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, el jueves 09 de julio, en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero, el Dr. José Alfredo Lovón Sánchez, desarrolló la ponencia "Remate electrónico".

❖ Como parte del Módulo de Derecho Procesal Civil del Programa de Capacitación Permanente del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, el jueves 16 de julio, en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero, el Dr. José Alfredo Lovón Sánchez, desarrolló la exposición "Oficios y notificaciones. Medios probatorios y audiencia de pruebas".

❖ Como parte del Módulo de Derecho Procesal Civil del Programa de Capacitación Permanente del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, el jueves 30 de julio en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero, el Dr. José Alfredo Lovón Sánchez desarrolló la exposición: "Formas especiales de conclusión del proceso costas, costos y multas".

❖ Se presentó la conferencia "Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y fraude procesal" del Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal - Sección Arequipa, Dr. José Alfredo Lovón el 04 de Septiembre de 2015, en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero del Colegio de Abogados de Arequipa.

❖ Julio Armaza Galdos pronunció el discurso de orden en la "Ceremonia de incorporación de nuevos miembros a la orden del Colegio de Abogados de Arequipa 2015".

Competencia Internacional Universitaria sobre Derechos Humanos "Sergio García Ramírez"

La Universidad Católica de Santa María obtuvo el segundo lugar en la Competencia Internacional Universitaria sobre Derechos Humanos "Sergio García Ramírez" realizada en México.

De extraordinaria fue calificada la participación de la delegación de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Católica de Santa María que participó en la Competencia Universitaria sobre Derechos Humanos "Sergio García Ramírez" realizada en México. El equipo estuvo integrado por los alumnos: Diego Alejandro Sánchez Cárdenas, Walter Freddy Manrique Cervantes, Ana Lucia Valencia Fernández, y contó con el asesoramiento del docente Mauricio Matos Zegarra y el egresado Jesús Zúñiga Hernández.

La Competencia Universitaria "Sergio García Ramírez" constituye un esfuerzo académico que tiene como principal objetivo fomentar una cultura de respeto y protección de los derechos humanos a nivel nacional e internacional. A la vez, constituye un modelo integral de formación que ofrece a las Universidades y jóvenes participantes la posibilidad de aproximarse a un nuevo proceso práctico de aprendizaje del Derecho a partir de técnicas de investigación y argumentación bajo un enfoque de derechos humanos.

La Competencia se desarrolló, principalmente, a través de la simulación de un proceso contencioso que toma como base una problemática planteada a través de un Caso Hipotético. Bajo esta dinámica, los equipos participantes desarrollaron una serie de argumentos y excepciones, a través de la incorporación de estándares internacionales y de la aplicación de un marco jurídico hipotético, respecto de las posiciones de parte agraviada y autoridades responsables, respectivamente.

La Competencia se desarrolló a partir de dos etapas principales:

1. Etapa Escrita. En esta etapa los equipos participantes redactaron dos escritos (uno por cada una de las posiciones que intervienen en el proceso). Dichos escritos debieron tomar en consideración la problemática planteada en el caso hipotético, la aplicación del marco jurídico y la incorporación de estándares internacionales existentes en la materia. Asimismo, los escritos sirvieron de base para el desarrollo de las rondas orales en la medida en que se establecieron los argumentos a los que tuvieron que responder los equipos contrincantes. La calificación obtenida en esta etapa correspondió al 50% de la calificación total del Equipo.

2. Etapa Oral. Esta etapa consistió en la realización de rondas orales, las cuales se desarrollaron en la Facultad de Derecho de la UNAM del 7 al 11 de septiembre de 2015. La etapa oral, a su vez, tuvo tres fases principales:

- Fase de Rondas Preliminares. En esta fase, los Equipos participantes acudieron ante el Tribunal Constitucional del Estado señalado en el Caso Hipotético y desempeñaron los roles de "parte agraviada" y "autoridades responsables". En el desarrollo de esta fase, los Equipos expusieron sus argumentos con base en los hechos planteados en el Caso Hipotético así como en la normativa aplicable según el Marco Jurídico complementario.

- Fase de Rondas Semifinales. A los Equipos Participantes que clasificaron a esta segunda fase, recibieron un sobre cerrado que contenía hechos adicionales al caso así como la resolución dictada por el Tribunal Constitucional del Estado.

De esta manera, los Equipos Participantes comparecieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para lo cual tomaron en consideración los hechos, normas y procedimientos señalados tanto en los documentos base de la Competencia como aquéllos relativos al funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

- Fase Ronda Final. Los Equipos comparecieron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual estuvo presidida por el distinguido jurista y antiguo juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez.

Los resultados de la competencia fueron:

Primer lugar: Universidad Marista de Mérida México

Segundo lugar: Universidad Católica de Santa María Perú

Tercer lugar: Universidad Nacional Autónoma de México

Miembros del Consejo de Facultad

Integran el Consejo de Facultad los señores docentes Jorge Luis Cáceres Arce, Mauro Pari Taboada, Luis Vargas Fernández, Gabriel Torreblanca Lazo, Juan Carlos Valdivia Cano, José Suárez Zanabria, Ana María Amado Mendoza, Juan Carlos Agramonte Mostajo y como representantes del Tercio Estudiantil los señores: Diego Alonso Barraza Motta, Néstor Raúl Arredondo Pérez, Karla Andrea Fuentes Valdivia, Gabriela Milagros Gutiérrez Fuentes.

Distinciones a nuestros alumnos

Los alumnos del cuarto año Ana Lucía Valencia Fernández, Walter Manrique Cervantes y Diego Sánchez Cárdenas alcanzaron el accésit en el concurso que a nivel internacional convocó la Universidad Nacional Autónoma de México. La grata noticia fue difundida a través de diversos medios locales e internacionales; una versión de la misma apareció en el diario *Correo*, edición del 17 de septiembre del 2015 (p. 6) y, otra, en *Perú 21*, edición del 19 de septiembre (p. 16).

Vocales Supremos egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

- José Luis Lecaros Cornejo
- Jorge Luis Salas Arenas
- Juan Chávez Zapater

Vocales Superiores egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

- Johnny Cáceres Valencia (Presidente Corte Superior de Arequipa)
- Ramiro Bustamante Zegarra
- Francisco Carreón Romero
- Francisco Miranda Molina
- Javier Fernández Dávila Mercado
- Rita Valencia Dongo Cárdenas
- Nimer Marroquín Mogrovejo
- Isaac Rubio Zevallos
- Carolina Ayvar Roldán
- Fernán Fernández Cevallos
- Cecilia Aquize Díaz
- Eloy Zamalloa Campero
- Max Rivera Dueñas

Alumnos egresados con felicitación pública

Del 5 de enero al 28 de septiembre del 2015 se graduaron 62 bachilleres de los cuales obtuvieron Felicitación pública los señores: Cruz Begazo Leomar Razaiel, Nalvarte Lozada Juan Carlos, Berrios Alarcón Daniela, Zumarán Ramírez Carla, Velásquez Benítez Jesús Eduardo, Aguirre Arias Claudia Lizeth, Patiño Candia Kevin Luiggi, Carpio Manrique Juan, Villafuerte Mendoza José Félix y Gonzales Ortega Berly.

Clasificación jerarquizada de los señores alumnos (Tercio Superior)

- Segundo semestre: Eduardo Carita Analucía, Mantilla Martínez Camila y Salazar Rivera Deyanira.
- Cuarto semestre: Vásquez Dongo Luis Ángel, Espinoza Ponce Miguel Ángel y Mendoza Vicuña Jannet.
- Sexto semestre: Valdivia Salazar Melissa, Chaco Ccallomani Claudia y Aguirre Gallegos Vanessa.
- Octavo semestre: Bustamante Meléndez Diego, Ortega Valdivia Alejandra y Medina Valladares Franco.
- Décimo semestre: Ramos Zantalla Gabriel, Palomino Begazo Ángela y Rivera Delgado José Carlos.
- Doceavo semestre: Camargo Riega Alberto, Neira Gallegos Gonzalo, Medina Chávez Yuleysi.

Publicaciones

- Juan Carlos Valdivia Cano, en la editorial Texao publicó *La voluntad de crear. Método e intuición en Mariátegui* (un volumen de 149 pp. más el colofón con 9 capítulos e igual número de ilustraciones). Como introitos o presentaciones se antepuso a la obra 4 pequeños trabajos refrendados por Carlos Rivera, Javier Mariátegui Chiappe, Jorge L. Ortiz Delgado y Juan Carlos Valdivia Cano. Se lanzaron 500 ejemplares.

Necrología

- El 10 de septiembre falleció D. Ignacio Pari Huahuamullo padre del distinguido profesor Mauro Pari Taboada; los docentes, personal administrativo y alumnos asistieron al sepelio.
- El 18 de noviembre dejó de existir la señora Isabela Zanabria Valencia madre del profesor José Suárez Zanabria.

IV. DISCURSOS

El Discurso que reproducimos¹, fue pronunciado el domingo 14 de abril de 1940 por Manuel de Rivacoba y Rivacoba en el Instituto Nacional de enseñanza media y versa, según se comprobará enseguida, sobre la figura de *Alejandro Magno*.

Cabe anotar que para la época en que Rivacoba elaboró su Discurso, contaba apenas con 13 años de su edad; que es una obra inédita y que nos la proporcionó —con la debida autorización para publicarla, en esta edición no venal— su viejo alumno, amigo y albacea D. Hugo Marzi Rivera.

¹ Bajo el cuidado del prof. Julio Armaza Galdos.

SEÑORES CATEDRÁTICOS.
SEÑORAS Y SEÑORES.
QUERIDOS COMPAÑEROS:

I

Encargado inmerecidamente de dar a conocer en una conferencia de las de este ciclo, la vida, muerte e importancia de una figura de colosal estatura y enorme talla espiritual, perteneciente a ese grupo de fundadores de imperios y civilizadores de continentes, gloria, patrimonio y justo orgullo de las generaciones humanas, a esa dinastía magnífica, —como dice el ilustre Marqués de Valdegamas—, que arranca en Moisés, aquél que supo disciplinar a un pueblo, que caído en la idolatría, maldecía terriblemente a su Dios al pie del Sinaí, mientras los relámpagos alumbraban la espantosa negrura de la noche y los truenos ensordecían las tinieblas del espacio, y que acaba entre los que la divina Clio ha recogido, en Napoleón, el más grande hombre que ocupó el solio de Clodoveo y de Clotilde, he procurado suplir con infatigable trabajo lo que mi mente me niega: el hacer estas palabras lo suficientemente amenas y educadoras para que os pudieran interesar. Por eso, si surge descolorida, si no acierto a dar el realce que merece la figura de Alejandro Magno, no olvideis que soy un pobre estudiante, que, ansioso, busca los conocimientos que no tiene, y que os pide ¡benevolencia!

Que el tema, subidísimo, cautive vuestra atención, os fuerce a apartar de mí la vista para fijarla tan sólo en su grande majestad y en su sublime alteza.

Pero antes de comenzar, considero sagrado el deber de dedicar profundo testimonio de mi agradecimiento y admiración al organizador de estos actos por la alta misión con que me ha honrado y por el cariño que tiene a sus alumnos, a ese hombre ejemplar que

es nuestro querido y competente catedrático de Geografía e Historia, D. Jacinto de la Riva. Para él os pido un aplauso, compañeros.

Esto dicho, y con vuestra venia voy a entrar en materia.

II

Grecia, este país de tan rancio abolengo histórico, cuyo verdadero nombre nacional es Hellas, españolizado en Hélade, situado en la parte sudoriental de Europa, forma una península que por el N. se une a la de los Balcanes, por el E. se baña en el M. Egeo, por el Mediodía besan sus costas las olas, tibias y gloriosas, del Mediterráneo, surcadas por las quillas de tantas civilizaciones, finalmente limitada al O. por el M. Jónico.

Son tales los accidentes orográficos de Grecia que sólo una quinta parte del suelo es cultivable, sobresaliendo entre sus cimas, el Taigeto, altura de 2.409 metros, desde la que parece que despeñaban los espartanos a las criaturas enfermas o deformes, el Parnaso, residencia de las musas, y el Olimpo, la mayor cumbre griega, de 2.985 metros, morada de los antiguos dioses helenos.

Es natural que buscasen los griegos por mar lo que ya hemos visto que la tierra les negaba, y sigue negando, para lo cual encontraron magnífico auxilio en sus costas, que por ser muy recorridas, presentan muchos lugares de refugio para la navegación, pues llegan a los 4.000 Km. mientras que la península Ibérica con tener una extensión quintuplicada, cuenta solamente con 2.125.

Esta tierra estuvo habitada por una bella raza, que por su amor a la cultura y sus grandes dotes espirituales, prestó grandes servicios al progreso humano. La faz del griego indica ya el predominio de la inteligencia sobre los sentidos, reducidos a su servicio; la frente saca su señorío sobre la nariz y la boca. La rectitud de su nariz, recuerda la de su voluntad; la barbilla es robusta, los ojos, grandes, la boca es fina. Estos hermosos cuerpos, bellos como bello fue todo lo griego, fueron morada de excelsos espíritus. Para formarnos idea de las cualidades que adornan el alma griega, nada mejor que este discurso de Pericles, el hombre que dió nombre a su siglo: "Amamos lo bello pero con moderado gasto; amamos la ciencia sin que nos haga muelles... Entre nosotros no deshonra a nadie confesar su pobreza; pero es tanto más deshonroso no librarse de ella por la actividad y el trabajo... Sólo nosotros declaramos que quien no toma parte en ninguna ocupación, no es un amante de la tranquilidad, sino un inútil... Hay que tener por las más valerosas almas aquellas que, concedoras de las penalidades no menos que de las comodidades, no por eso retroceden ante los peligros de la lucha". Es claro que un pueblo que poseía estas cualidades tuviese una cultura floreciente; y fue la cultura griega, dentro de la cual, la de la ciudad de Atenas representó el mayor esplendor, caracterizándose por el desarrollo armónico de las facultades humanas, desde las aptitudes físicas hasta las más elevadas ideas filosóficas.

Pero, no obstante, tuvieron los griegos un defecto capital: que no supieron darse unidad geográfica, que sus guerras intestinas

hicieron que fuesen débiles ante el poder macedónico, que surgió, potente y avasallador, cuando tenía la hegemonía Tebas, que había logrado imponerse sobre Esparta y Atenas, las dos irreconciliables enemigas.

Macedonia puede considerarse situada al nordeste de Grecia. Sus límites no se pueden dar fijos, pues variaron con el decurso de los tiempos pero originariamente fueron el río Lydias y el Haliacmón.

Los montes son más elevados que en Grecia; la fertilidad, mayor, y el clima no es el mismo.

Su población era una mezcla de ilirios y helenos; pero más tarde, al estrecharse las relaciones con Grecia, en tiempos de Filipo y Alejandro, se helenizó por completo. Los macedonios eran astutos, guerreros y ladinos; sus costumbres, bárbaras: el que no había matado un jabalí a la carrera, no podía recostarse en los banquetes; el que aún no había matado un enemigo un enemigo en la liza, tenía que llevar como señal indecorosa, una cuerda colgante del cuello: la phorbeia.

Vivió Macedonia en la obscuridad, se puede decir, hasta que ocupó su trono, como regente de Amintas III, su tío Filipo II. Educado en Tebas, donde le llevó Epaminondas como rehén, a la vuelta adivinó magníficos guerreros en aquellos cazadores o pastores que poblaban las montañas; hizo extraer el oro y la plata que reposaba en las entrañas de las cumbres de su patria, y dejó sentir su poder en Grecia. Organizó la falange, masa apretada de soldados provistos de fuertes armaduras, un escudo redondo de bronce, espada corta y la *sarissa*, larga pica de 5 metros y medio; los que formaban las primeras filas hacían sobresalir sus lanzas por encima de las de los demás, resultando una especie de bosque de lanzas, un muro a la vez, arrollador y defensivo. Preparó un ataque al reino persa, empresa que la muerte, que le llegó en el a. 336 a. de J.C., no le dejó realizar.

Casado con Olimpia, hija del rey de Épiro, le nació Alejandro en Pella, la sexta noche del mes de Necatombeon de la Olimpiada 105, que viene a corresponder a 20 de septiembre de 356 a. de J.C., en la misma noche en que Eróstrato incendiaba el templo de Diana en Éfeso.

Luego casó con Cleopatra, motivo de agrios disgustos con su primera mujer, en los que el pequeño Alejandro se puso de parte de su madre, separándose ambos de Filipo, yendo a vivir a Épiro.

Así siguieron las cosas hasta que Pausanias asesinó al rey.

Entonces Alejandro, que contaba tan sólo 20 años, asumió el gobierno.

Era bien proporcionado en su cuerpo, de bello rostro y agradable expresión. Aunque algunos historiadores creen que era hijo de Nectanebo II, rey de Egipto, que huído de su patria y de su trono, se refugió en el palacio de Filipo, esto no parece cierto, pues

se niega que huyese a Macedonia y se dice que buscó amparo en Etiopía. Además las cualidades de Alejandro se asemejan mucho con las de Filipo, que ciertamente parece que fue su padre, a pesar de la hipótesis citada; de él tenía su clara inteligencia y la energía incansable; de su madre, había heredado, el espíritu romántico y soñador, la soberbia y el temperamento excitable hasta el furor.

Como produjo en la Historia Universal una de las mudanzas más trascendentales, ha sido desde muy antiguo objeto de solícitas investigaciones, conservándose en todos sus rasgos y todos sus detalles.

Desde muy temprana edad mostró Alejandro, sentido y predilección por lo sublime; la Iliada fué su libro favorito, preciándose de saber casi de memoria, los poemas de Homero; Píndaro y los trágicos eran sus autores predilectos; cuando sólo tenía 10 años, recitó con fuego un pasaje de un drama griego ante una embajada en la que figuraban Demóstenes y Esquines. Su ideal era Aquiles, con el que pretendía estar emparentado por línea materna; por eso se consideró dichoso cuando pudo sacrificar a sus manes, recién pisada la tierra del Asia.

Sus primeros maestros fueron Leónidas y Lisímaco. De aquél tomaría sin duda, el heroísmo que siempre le acompañó, y que se advirtió por primera vez en la batalla de Queronea, donde Filipo derrotaba a los griegos, y en la que tomó parte muy brillante su hijo.

Pero su verdadero maestro, el que en realidad formó el espíritu de Alejandro, fue Aristóteles. Apenas nacido, enviaba su padre una carta al sabio invitándole a que fuese el preceptor de su heredero. Aristóteles aceptó, y por ocho años se dedicó a enseñarle, llevando a su pleno desarrollo la generosa índole de Alejandro, purificándole de excesos, hasta los 18. Aquí es donde el futuro héroe alcanzó aquella amplitud de miras, aquel amor a lo grande y a lo sublime que tan bellamente le caracteriza en los mejores tiempos de su vida, que le hizo único entre los conquistadores y los caudillos que la faz del mundo ha contemplado.

Aristóteles libró a Alejandro de los yerros, en el orden moral, de la liviana corte de Pella; en su niñez y en su juventud el hijo de Filipo fue modelo de pureza y castidad.

La conjunción de un maestro tal con un tal discípulo es un hecho único, y la única falta que se le puede achacar a Aristóteles es, acaso, la de haber espoleado demasiado la ambición de su educando, ambición ya de suyo grande.

Así es como Alejandro llegó a respetar y admirar más a su maestro que a su padre; pues era al primero, no a otro, al que debía su existencia espiritual, sus conocimientos, aquel amor a la ciencia que aún en sus expediciones por el Asia, remota, le hacía desear el comunicarse con Aristóteles, el volver a los tiempos en que, con el recogimiento del que asiste a una ceremonia religiosa, escuchaba la palabra, docta y aleccionadora, de su maestro.

Todo lo nuevo, digno de ser conocido, comunicó Alejandro desde la India a Aristóteles; más de mil hombres se ocupaban de ello por mandato del caudillo, y sin esta ayuda de su discípulo no nos habría legado el maestro su Historia Natural.

Por eso, junto a los laureles del héroe debemos recordar la sabiduría del maestro.

Apenas ciñó sus sienes con la corona de los reyes de Macedonia, tomando el nombre de Alejandro III, desplegó su pasmosa actividad. Vengó la muerte de su padre; ejecutó a todos los parientes que pudieran suscitar disputas sobre la sucesión del trono, y se dirigió a la cabeza de un nutrido ejército a Grecia, siendo reconocido como Soberano en la Asamblea Federal de Corinto; sólo los lacedemonios se mostraron retraídos.

En la Asamblea Federal se tomaron las medidas precisas para que se mantuviese el orden mientras Alejandro se hallase ausente.

Éste volvió a su país para preparar la guerra contra Persia. Pero antes, juzgó preciso hacer sentir su autoridad sobre los vasallos macedónicos del N. y del E., algo revueltos después de la muerte de su padre.

Para ello, en la primavera de 335 salió de Pella, la capital de su reino, y se dirigió con sus tropas hacia los Balcanes, donde derrotó a los tracios; cruzó el Danubio, y venció a los getas, destruyendo sus ciudades; regresó al Danubio, siendo el primer griego que había atravesado con un ejército este río sin usar puentes. Humilló a los tribalos; continuó a lo largo del suroeste de los Balcanes, donde recibió una embajada celta; como durante el banquete con que los obsequió, les preguntara que era lo que más temían, esperando acaso que fuese a él, le contestaron: "Sólo tememos que el cielo se pueda caer, pero aún entonces procuraremos sostenerlo con nuestras lanzas". Allí le llegó la noticia de la sublevación de Tebas.

El oro persa, el amor a la libertad, y, sobre todo, la creencia de que Alejandro era vencido y había muerto, eran las causas de esta sublevación. Tebas se declara independiente y exige a la guarnición macedonia de la Cadmea que se rinda. Pide auxilio a las otras ciudades griegas, que, obrando muy prudentemente se abstuvieron, no haciendo caso ni de las incitaciones del gran Demóstenes, que, en su amor, en su lucha desesperada por conservar las libertades griegas, que tan pronto habían de sucumbir ya, pero que cayeron con gloria gracias al egregio orador, recorría las ciudades del Peloponeso, recabando en todas ellas ayuda para Tebas, ni tampoco de los requerimientos de Antípater, general macedonio que Alejandro había dejado de gobernador en el país, que exigía de aquellos estados que en la Asamblea General de Corinto habían reconocido al hijo de Filipo II como Soberano, que enviasen sus contingentes contra Tebas.

Pero súbitamente Alejandro se presentó ante los rebeldes; los cerca y les corta todos los auxilios; los tebanos aún osaron resistir;

entonces el Macedonio, después de una terrible lucha en la que ni se pidió ni se dió tregua ni cuartel, tomó la población el 335 antes de C.

Fueron acuchillados 6.000 tebanos; 30.000 hechos prisioneros y vendidos como esclavos; los fugitivos fueron declarados proscritos, no queriéndolos recibir en ningún lugar si no es Atenas, que hizo honor una vez más a la proverbial hospitalidad griega.

Los focenses, los plateenses y los otros griegos que contribuyeron al asalto de la ciudad, pronunciaron su sentencia: que fuese arrasada y que una guarnición macedónica quedara en la fortaleza Cadmea. Así pagó la capital de la Beocia su amor a la libertad.

Únicamente la casa y descendencia de Píndaro fueron libradas por Alejandro de este horror.

Más tarde se arrepintió el héroe de estas crueldades, no negando jamás una petición de un tebano que llegase a sus oídos. Pero el caso es que con esto se apoderó gran temor de los griegos, que no habían de volverse ya contra su autoridad.

Exigió a los atenienses la entrega de los ocho cabecillas del partido antimacedónico; entre ellos a Licurgo, Hiperides y Demóstenes. Atenas resolvió no entregarlos, contentándose Alejandro con el destierro de Efialtes y Caridemo.

Luego de apagar la independencia griega en Tebas, se dirigió a la Asamblea General de Corinto donde se le aclamó como Soberano de la Hélade. Allí visitó a Diógenes, al que preguntó que quería. "Nada más —fuéle respondido—, sino que te apartes un poco, que me quitas el sol". La contestación del rey, basada en la Ética de su maestro, fué: "Si yo no fuera Alejandro, quisiera ser Diógenes", es decir, si no me sintiera con fuerzas suficientes para abrazar un mundo, renunciaría a él.

En el otoño del 335, Alejandro mandaba a su general Parmenión al Asia con parte del ejército que preparara para la magna empresa de la conquista del Imperio Persa, en el que a la sazón reinaba el débil Codomano, con el nombre de Darío III.

Poco después, en la primavera del año 334, él abandonaba su patria para no contemplarla otra vez; ni sus huesos habían de volver a ella. Durante once años no hizo más que guerrear y ordenar sus vastos dominios.

El pretexto para esta expedición era vengar a Grecia de los ataques de Jerjes.

Sus recursos eran pequeños, pues no pasaban de 70 talentos; pero seguro de su victoria, hizo tales regalos a sus amigos, que uno de ellos le preguntó: "¿Que guardas para tí?". "La esperanza", contestó el héroe.

Pero esta esperanza no era vana; estaba bien fundada, porque él no era un soldado valeroso pero común, él era un estratega, uno de los talentos militares más eminentes que la humanidad ha

producido; poseía además, la superioridad de la táctica griega; la batalla en orden oblicuo, invento de Epaminondas, y sobre todo, la falange que su padre le legara. Sabía también, que las nubes del ocaso empezaban a cubrir al Imperio de Darío.

Por todo ello, renunció a esperar a que le naciese un hijo y heredero, como algunos le aconsejaban. En la rapidez estaba el éxito, y éste, jamás le abandonó.

Como medidas preventivas hizo desaparecer a todos los parientes de Cleopatra, y dejó en Grecia a su general Antípater con 12.000 soldados y 1.500 caballos.

A la cabeza de sus fuerzas, que iban racionadas para 40 días, y que constaban de algo menos de 30.000 infantes, de 4.500 caballos y 160 trirremes, salió de Aegae en el mes de marzo, y siguió a todo lo largo de la costa hasta Sestos.

Pasó al Asia, y ofreció un sacrificio ante la tumba de Aquiles, su ideal.

Al enterarse Darío de que Alejandro se acercaba a Persia, le envió una carta encabezada así:

“El rey de los reyes del Universo, el sol que alumbra al mundo y que luce sobre la cabeza de Alejandro, jefe de bandidos”.

En ella le decía que no le sorprendía su visita, pues sabía cuan aficionados al robo y al pillaje eran los griegos; y que le mandaba una caja de oro para que apreciara sus riquezas; semillas de lirio para que conociese el número inmenso de sus soldados; una bola para que el niño invasor jugara con sus generales, y un látigo para que les castigase si era menester.

El héroe le contestó:

“Alejandro, rey de Macedonia, al titulado rey de los reyes del Universo, al débil y mortal ser que se atribuye un origen divino y se considera como el más poderoso monarca de la tierra”.

Le decía que aceptaba sus regalos; el oro, como las primicias de las inmensas riquezas que tan pronto habían de ser suyas; las semillas de lirio, cuyo número indicaba las partes en que sería dividido el Imperio Persa; la bola representaba el poder universal; y el látigo, sobre todo, porque había de servirle para castigar sus insolencias.

Hasta entonces no encontró resistencia. El primer choque con las tropas persas fue a las márgenes del río Gránico, del que tomó su nombre esta batalla, la primera que ganara Alejandro en el continente asiático.

El ejército de los persas estaba formado por 20.000 caballos y 20.000 mercenarios griegos de infantería, pero su posición, enteramente equivocada; la parte más eficaz, los mercenarios, estaban colocados en segunda línea, en el borde ascendente de un valle; la caballería en primera fila, junto a las aguas. El Macedonio ordenó a los suyos con habilidad suma; cruzó el río al frente de la

caballería de su ala derecha, mientras la falange lo atravesaba en línea escalonada. Al principio sufrieron mucho los griegos, dado que era empinada la ribera y no podían evolucionar los caballos; pero después, cuando toda la línea macedónica salvó el río, la caballería persa se fué en franca huída; los mercenarios griegos resistieron heroicamente, pero vencidos al fin, unos 10.000 fueron acuchillados, 2.000 hechos prisioneros; los restantes huyeron.

Alejandro, el primero en la lucha, mató a Mitrídates, yerno de Darío, con la pica; con su lanza atravesó al sátrapa Resaces; pero un persa levantó el sable para matar al héroe; Clito, cortándole el brazo, lo evitó, salvándole la vida.

Las tropas macedónicas sufrieron tan sólo la muerte de 25 caballeros, 60 jinetes comunes y otros 30 hombres más. El número de heridos se ignora, pero ciertamente fué grande.

Después de esta batalla, Alejandro supo entusiasmar al ejército: cuenta Plutarco que visitó a los heridos, los consoló; hizo erigir estatuas en Dión, labradas por Lysippo, a los 25 caballeros que derramaron su sangre, dieron su vida por la victoria del Granico; libró de tributos y servicios personales a los familiares de los muertos; envió a Grecia, encadenados como esclavos, a los mercenarios prisioneros, por haber tomado las armas contra su patria, y mandó trescientas armaduras del botín de batalla como ofrenda a la diosa de la ciudad de Atenas.

Gran número de ciudades cayeron bajo su poder. En Mileto, Alejandro disolvió su escuadra, pues dada su inferioridad con la persa y la posibilidad de que Grecia se sublevara si su flota era vencida, juzgó preferible perseguir a los barcos de Darío por tierra; es decir, apoderarse de los puertos y cerrarles toda comunicación con el Imperio. El rodio Memnón, almirante de los persas, se proponía hacer un desembarco en Macedonia, cuando falleció. La falta de su dirección frustró este proyecto, que de haberse convertido en realidad, hubiese obligado al héroe a socorrer a su patria y abandonar el Asia.

Después de larga resistencia tomó la ciudad de Halicarnasso. Desde la Caria, que se le sometió, pasó a la Lycia. En Gordio, desenvainando su espada, cortó el nudo gordiano en marzo del 333; nudo que, como sabeis, ilustre concurso, nadie había podido deshacer, y que según una antigua profecía, el que lo lograra sería el dueño del Imperio Persa.

Sus jefes habían hecho levadas de gente nueva. Pero Darío se decidió a tomar la ofensiva; habiendo preparado un ejército de 600.000 hombres, y adulado por sus satrapas, concibió las más lisonjeras esperanzas; tan sólo el ateniense Caridemo le aconsejó que no se fiara del número de los asiáticos, y que era mejor que reclutara mercenarios griegos, ya que éstos eran mucho más valerosos. Darío, enojado sobremanera al oír esto, tocó con su cetro el ceñidor del ateniense, que, inmediatamente ejecutado, camino de la muerte profetizó: "Demasiado tarde reconocereis la exactitud de lo que hoy os he dicho; presto vendrá sobre vosotros mi venganza".

dor". Así había de ser.

Alejandro avanzó desde Gordio hacia Ancyra (hoy Ankara), y luego hacia Tarso. Pasó por las Puertas de Cilicia sin encontrar estorbo alguno, no obstante ser paso tan estrecho que no pueden atravesarlo cuatro hombres en fondo, y en donde sólo unos cuantos soldados persas podían haber derrotado a los ejércitos del joven héroe.

En Tarso, Alejandro fue acometido por una violenta fiebre, efecto de haber tomado un baño en las frías aguas del R. Cydno. Ningún médico quiso tomar sobre sí la responsabilidad de medicinarle, excepto Filippo. Cuando éste fue a entregarle la bebida medicinal, el rey tomóla y la bebió rápidamente; pero le entregó, en señal de su confianza, una carta en la que se le decía que el médico, sobornado por Darío, iba a envenenarle. La confianza de Alejandro no fué vana; sanó muy pronto.

Dejó sus enfermos y heridos en Issó; ocupada la ciudad por el rey persa poco después, los hizo matar o mutilar bárbaramente.

El Macedonio, que había avanzado hacia el S., al enterarse de que su enemigo estaba en Issó, más al N., llegó en una noche de marcha a las Puertas de Cilicia. Al otro día, a las diez de la mañana, tenía sus tropas desplegadas en orden de batalla ante los persas.

Como llevasen éstos la peor parte, su rey huyó, olvidándose en su inmensa precipitación de dejar el mando a nadie. Todos los que le vieron huir le imitaron, siendo tal la confusión y el terror, que se pisoteaban y arrollaban inhumanamente unos a otros. Los asiáticos perdieron 10.000 jinetes y otros tantos infantes; Alejandro solamente 300 soldados y 150 de a caballo.

El botín fue inmenso; 3.000 talentos de oro; el carro, arco y escudo del persa; la madre, la esposa, la hermana, dos hijas y un hijito de Darío. El vencedor pernoctó en la opulenta tienda del rey de la Persia, portándose noblemente con los prisioneros familiares del vencido; la mujer de éste pasaba por ser la más bella del Asia; sin embargo, Alejandro la trató con toda clase de miramientos y consideraciones, "como si se la guardara no en un campamento de soldados, sino en un templo y en un sagrado gineceo", como dice el historiador Plutarco.

Las consecuencias de esta gran victoria, ganada por Alejandro el a. 333 a. de n. e., y que ha pasado a la Historia con el nombre de Issó, fueron enormes, principalmente porque se generalizó la creencia de la ruína del imperio de Darío.

Parmenión tomó sin hallar resistencia Damasco, haciendo prisioneros a gran cantidad de persas distinguidos, apoderándose además de enorme tesoro. Entre tanto el héroe entraba en Biblos, en Arados, e invitado por los sidonios se dirigió a sus territorios, donde penetró triunfal; allí recibió una carta de Darío, en la que pedía la paz a trueque de todo el poderío en el Asia Menor; Alejandro le contestó: "Como vencedor en la batalla, primero contra

tus generales y sátrapas, y luego contra tí, y tu ejército, soy ahora señor del país por la gracia de los dioses. Así pues, como señor de todo el Asia espero tu visita. No te consideres en las cartas como mi igual, sino háblame como a tu señor". Después de la toma de Tyro, volvió Alejandro a recibir la oferta de 10.000 talentos, el señorío de todas las tierras del O. del R. Eúfrates, queriéndole hacer además su yerno y aliado, para obtener el rescate de su madre y de su esposa, y alcanzar la paz. Su general Parmenión le dijo: "Yo aceptaría si fuese Alejandro". El héroe repuso: "Yo también si fuese Parmenión". Es decir, si fuese un hombre vulgar sí; pero como no lo soy, como veo que puedo conquistar al mundo porque al conjuro de mi presencia, el mundo se rinde, como sé que un héroe no acepta limosnas, como aspiro a que mi nombre sea eternizado por la inmortalidad, no, no acepto; y su contestación a Darío fue otra vez despectiva.

Cuando el Macedonio avanzaba contra Tyro, la población le envió una corona de oro junto a la declaración de su obediencia. Alejandro quiso ofrecer en la ciudad un sacrificio a Melkart, supuesto antepasado de los reyes de Macedonia; los tyrios lo rehusaron, pues no permitirían ni a los persas ni tampoco a los griegos que atravesaran sus murallas; Alejandro podía ofrecer su sacrificio delante de la ciudad, mas no en el interior. El rey resolvió entonces apoderarse de ella por la fuerza; pero por su buena posición, por el número de sus habitantes, Tyro le detuvo siete meses.

Estaba la ciudad a una media milla de la costa; sus murallas eran de 45 metros de altura. Envío sus mujeres y sus niños a Cártago, para que no estorbasen la defensa, que fue heroica.

El macedonio hizo unir la isla con el continente por medio de un dique, en el que situó sus máquinas de sitio. Pero los muros eran sólidos y las salidas de los sitiados, tan bien dirigidas, que el héroe no consiguió su objeto hasta que, unidas las flotas de las demás ciudades fenicias, en total 250 barcos, cerraron los puertos del N. y del S. de la ciudad. Desde los bajeles se escalaron las murallas, y la ciudad fue tomada por asalto después de una lucha desesperada en sus calles. Era en los postreros días del mes de julio del 332.

Según refiere Flavio Josefo, el héroe envió desde Tyro un escrito al Sumo Sacerdote de los judíos pidiéndole las tropas auxiliares, las vituallas y los tributos que antes enviara al rey de los persas. Le fue contestado que habiendo jurado a Darío eterna fidelidad, mientras estuviese vivo no quebrantarían este juramento. Entonces, terriblemente enojado, se dirigió el hijo de Filipo, a marchas forzadas, a Jerusalén. Pero comprendiendo que la obscuridad de la derrota, la nulidad de lo conquistado, se cernían ya sobre el Imperio de Darío III, no ha mucho tiempo enormemente poderoso, salieron las gentes de la inmortal ciudad de Melquisedec y con ellas el Sumo Sacerdote, revestido de las vestiduras sagradas, a recibir al héroe, que echó pie a tierra para saludarle y ofrecer un sacrificio a Jehová, al que 350 años después había de morir

allí mismo, clavado en una cruz, abiertos sus divinos brazos para acogernos a todos en su amante y dulce seno. Esta conducta no es incompatible con el modo de proceder de Alejandro con las religiones nacionales, pues siempre fue sumamente transigente, porque sabía que para captarse la simpatía de los pueblos, hay que respetar sus más íntimas creencias.

Al conocer la profecía de Daniel, según la cual un día sería destruido el poder persa por un heleno, se llenó de alegría, pues creyó, no sin razón, que él había de ser ese dichoso mortal.

Después se encaminó al lejano Egipto. Todos los pueblos, todas las ciudades que hallaba en su camino se le iban sometiendo, sino es Gaza, que resistió heroicamente al mando de Batis, que aunque eunuco, era muy resuelto y adicto a su señor. Tuvo que abrir brechas en sus murallas, hacer tres ataques infructuosos, pero al cuarto la resistencia de esta población fue vencida. Su valeroso defensor fue herido y llevado ante Alejandro, que le hizo taladrar los pies, pasarle por los taladros correas y atarle a un carro; así le arrastró en torno a la ciudad, hasta que la muerte, apiadada, le libró de este martirio. Las pobres mujeres y los inocentes niños fueron vendidos como esclavos; no los hombres, porque todos habían caído en la lucha. Aunque sus tropas le aclamaron con gran entusiasmo, ésta es una mancha muy negra que amengua aquella aversión a todo lo vil y lo bajo, que hasta ahora le caracterizaba, pues ésta no es obra de un talento ni de un capitán excelso, que ambas cosas era él; empresa parece más bien, de un vulgar jefe de una tribu bárbara. Otro en su lugar, se hubiera descubierto respetuoso ante el heroísmo de Batis y sus gentes; él no lo hizo; vemos que aquí empieza ya a borrar el discípulo de Aristóteles.

Su marcha por Egipto fue triunfal; ningún obstáculo se le opuso. En Menfis cogió 800 talentos. El pueblo, harto de la tiranía persa, le acogió como a un libertador. Sacrificó a los dioses, y fue consagrado como hijo de Amón. Encargó al arquitecto Deinocrates los planos de una nueva ciudad, que fundó al O. de la boca Canópea del delta del Nilo; era la ciudad de Alejandría, nacida el año 331. El país de los Faraones era suyo.

En la primavera del 331, Alejandro salió de Menfis, porque habían llegado noticias de nuevos armamentos de Darío. La marcha fue por Tyro, Damasco, Heliópolis, Emesa y Thapsacos del Eufrates. Se cruzó este río sin gran resistencia, y luego continuó con dirección al Tigris.

Darío había reunido enormes ejércitos, que constaban según Arriano, de 1000.000 infantes, 400.000 caballos y 100 carros con hoces, cifras harto exageradas, pues no existían en aquellos tiempos medios de transporte, ni una administración militar que permitiese reunir, ni aprovisionar a ese número de guerreros; sin embargo, los datos más bajos son de 400.000 infantes y 100.000 caballos. Como atribuía la derrota de Issos a que la angostura del terreno no le había dejado desenvolver sus contingentes, ahora eligió para dar batalla la llanura de Gaugamela, no lejos del Tigris.

Sus reservas y equipajes estaban en el cercano pueblecillo de Arbela, del que tomó su nombre este combate.

Alejandro no llevaba más que 40.000 de a pie y 7.000 de a caballo. A pesar de la gran superioridad numérica del enemigo, estaba tan seguro de la inferioridad de la táctica persa, tan creído de su victoria, que fue preciso que le despertasen muy entrada la mañana. Sus dotes militares produjeron esta vez uno de los planes más bellos que la mente de un soldado puede concebir.

A Darío le falló el ánimo y le faltó el valor a mitad de la batalla, y como tantas otras veces, huyó cobardemente, dando así, ejemplo a los demás. Al poco rato era completa la victoria del héroe, el último gran combate que ganara sobre el débil Darío; aunque no pudo capturarlo como esperaba, se apoderó de sus equipajes. Se cuenta que fueron más los que murieron en la huida que los que cayeron en la pelea, y Arriano nos habla de 300.000 muertos. Además la confianza en Darío decayó por completo; se hizo unánime la certeza de la ruina irremisible del Imperio Persa, que ya jamás habría de reunir un gran ejército.

Y así pasaron a poder de los macedónios Babilonia, en la que sacrificó en honor de Bel, Susa, en la que encontró 40.000 talentos en lingotes de oro, y Persépolis, que Alejandro mandó destruir, según unos por complacer a la hetaira Thais, según otros, compadecido y deseando vengar a 800 griegos que salieron a recibirle, mutilados horriblemente por los anteriores reyes persas, por diversos motivos; sus hombres fueron muertos, sus mujeres y sus niños vendidos como esclavos.

Llegan ahora 6.000 hombres de refresco; pero cambia también la forma de hacer la guerra; ya no se trata de grandes batallas, sangrientas y terribles, pero brillantes y triunfales, no; eran tribus no vencidas, las que tenía que someter; las que con su lucha sorda pero constante, daban a entender la energía colosal de aquél Imperio, energía que Darío no acertó a utilizar.

Fin de Darío. Llegaron noticias al campamento de los helenos de que Beso había depuesto a Darío. En Thara le habían cargado de cadenas, porque le tenían por incapaz para gobernar. El héroe macedónico hizo todo lo humanamente posible para alcanzarlos. Después de dos noches y un día de marcha llegaron al campamento persa; pero el sátrapa Beso y los demás, con Darío, habían huído. De nuevo otra marcha de una noche y un día; luego, otra noche de camino por un desierto sin agua. Al fin encontraron en Hecatóm pilos, al antiguo señor del Asia, el infeliz Darío III, herido mortalmente, abandonado de todos el que hasta hace poco era el monarca más poderoso del planeta; desangrándose fue encontrado por un soldado macedónico, que, enternecido, le dió una bebida para que apagara la sed que le devoraba. El desgraciado lamentó no poderle demostrar su gratitud; rogó que diesen las gracias a su vencedor por la manera, noble y caballerosa, con que había tratado a su familia.

Cuando llegó el héroe, Darío III ya no existía; pero ante la grandeza de su desdicha, Alejandro, el invencible, lloró; cubrió al cadáver

con su propio manto, y le hizo enterrar con toda pompa en la tumba de los reyes de Pasagarda.

Parece que cuando vieron que se acercaban las irresistibles falanges, el criminal Beso y sus cómplices rogaron a Darío, que montara a caballo y huyese con ellos, pero como éste se negó, prefiriendo caer en las manos generosas de Alejandro, que en las viles garras de sus compatriotas, le atravesaron con un venablo; los griegos quisieron alcanzar a los infames, pero su gran fatiga se lo impidió.

Excesos de Alejandro. Su corazón era abierto y sensible; por mucho tiempo resistió a las tentaciones con que la fortuna y la adulación amenazan al débil mortal.

Cuando llegó al Asia era puro y casto aún; en el comer, sobrio siempre; en el beber, abstinento por mucho tiempo. Pero más tarde le dominó la soberbia y el orgullo, era el fruto de la barbarie atávica de la raza, no extinguida sino adormecida tan sólo al contacto de una cultura inmensamente mayor, que fácilmente se asimiló su privilegiado espíritu, pero que cayó por fin, convertida en hojarasca, como cae todo lo que es postizo, todo lo que se ha añadido al natural de un individuo, dejando a éste al desnudo.

Hizo asesinar a Parmenión, su gran general. Una noche en que, ebrio, se burlaba Alejandro, de las hazañas de los héroes antiguos y se reía hasta de las de su propio padre, las defendió Clito y le dijo: "Esta mano te salvó la vida, ¡oh, Alejandro!"; súbitamente enojado, le atravesó con una pica que halló a mano; luego lamentó terriblemente la muerte de su amigo, el que le salvó la vida en la batalla del Gránico.

Últimamente ya, rompió sus relaciones con Aristóteles, su maestro tan querido de otros tiempos.

A la India. Según parece en la primavera del 327, emprendió su marcha a la India, misteriosa y legendaria; esta expedición que tanto había de redundar en beneficio de la cultura y bienestar del Occidente, y gracias a la cual se conoció en Europa el cultivo del algodón y del arroz.

No sé si habreis observado, como yo me he fijado, que todas las expediciones de Alejandro comenzaron en la primavera; no parece sino que la savia, la cultura y las libertades griegas que sembraba el héroe a su paso por las tiranizadas tierras del Oriente, no podían expansionarse más que en la estación de las flores, cuando las nieves se derriten y los árboles brotan de nuevo, cuando las alboradas son oro y nácar, y los verdes bosques escuchan los dulces trinos de los pájaros, cuando parece que la Naturaleza entera canta, solemne, un himno glorioso a la libertad.

Alejandro llevó a esta conquista, 120.000 hombres de armas. Con ellos salió de Bactra, dirigiéndose directamente al Oriente; sometió a todas las tribus indígenas que encontraba en su camino, que dejó jalonado de nuevas ciudades, que en honor de su fundador, habían de llamarse Alejandría, y en las que dejaba

siempre una buena guarnición de fieles veteranos. En esta región casó con la hermosa Roxana, hija de un magnate persa. Junto al R. Cophen, el príncipe Taxiles con otros, le prestaron homenaje, haciéndole, entre otras, la donación de 25 elefantes.

Entonces Alejandro dividió sus fuerzas; con una mitad siguió Hefestión por la orilla derecha del Cophen o Cabul hasta el R. Indo; con la otra mitad siguió el rey por la orilla izquierda, sometiendo reyes y conquistando fortalezas. Se unieron ambas partes del ejército, y entonces, en la primavera del 326 cruzaron el Indo. Estuvieron en Taxila, capital del príncipe Taxiles; allí conocieron los griegos a los penitentes indios, que les declararon que el supremo bien consiste en desterrar del cuerpo la alegría y la tristeza. Uno de ellos, Phines, llamado por los griegos Kalanos a causa de su saludo *kaljana*, (querido), en adelante, a invitación del rey, acompañó al ejército griego.

Los sabios indios excitaron en no pequeño grado la atención del vencedor, que aún en los momentos de mayor depresión para su espíritu, fue amante de la ciencia, admirador de la sabiduría.

Requirió que le prestasen homenaje los reyes indios Abízares y Poro. El primero obedeció y entre los ricos presentes que envió al héroe, figuran 40 elefantes; mas el segundo contestó que estaría armado. Y con 30.000 hombres de infantería, 4.000 de caballería, 300 carros de guerra y 200 elefantes, esperó al Macedonio al otro lado del Hidaspes; pero Alejandro hizo un cruce magistral del río, y tras reñida batalla derrotó a Poro, que vio caer en ella a dos hijos suyos, y él mismo, después de resistir heroicamente, cayó herido; hecho prisionero, fue conducido ante el héroe, que le preguntó como quería ser tratado; "regiamente", contestó Poro; así le trató Alejandro, que le conservó y aumentó su reino además; subyugado por la generosidad de éste, se convirtió en su amigo y aliado.

Fundó junto al R. Hidaspes, dos nuevas ciudades: Nikea y Bukéfala. Esta última en honor de su caballo, Bucéfalo, que murió en la guerra contra Poro y que le había servido en todas sus campañas; fue comprado en 16 talentos al tesalio Filónico, y era tan indómito que fue Alejandro el único que pudo domarle, cuando tenía 15 años.

Ahora quería llegar a la desembocadura del Ganges, el río sagrado de la India, allá en el mar Oriental que rodea toda la Tierra; entonces iría, primero al golfo pérsico, luego, navegaría en torno al África; regresaría por las columnas de Hércules, y marcharía por la Lybia, sojuzgando el Occidente.

Pero las tropas reclamaban furiosamente el regreso. Parece que los prosáicos vulgos han de estorbar siempre, han de destruir en todas las coyunturas, los grandes sueños como las magnas empresas de los héroes y de los inteligentes.

Alejandro ordenó, rogó, amenazó, se retiró, desolado, por dos días a su tienda; todo inútil, sus tropas no cedían. Entonces el Sumo Sacerdote le sacó del apuro sin menoscabo de su dignidad;

los sacrificios eran siniestros para la campaña de aquel invierno.

Teniendo que renunciar a sus afanes de dominio, y sobre todo, a sus apetitos de investigar, teniéndose que contentar con la posesión del Pendjab, emprendió el regreso hacia el ocaso del sol y de su vida, a fines del a. 326 a. de n. e., en medio de las aclamaciones y del alborozo de sus gentes.

Fueron siguiendo la corriente del Indo, sometiendo los pueblos con que tropezaron, cuando no prestaban voluntario homenaje; así fueron derrotados los malios y tomadas todas sus ciudades; en la conquista de su capital, Multán, Alejandro, haciendo alarde de temerario heroísmo estuvo a los bordes de la muerte, salvándose gracias a Leónato y Peucestas.

Luego dividió al ejército en tres partes; la flota, dirigida por Nearco, una parte que iría por el interior del continente, dirigida por Kráteros, otra mandada por él mismo, que caminaría por la costa; ésta sufrió tales penalidades de hambre, de sed y de enfermedades, que las dos terceras partes sucumbieron.

En febrero del 324 llegó a Susa, donde mientras sus tropas descansaban, él se ocupó de la organización de su imperio.

Su pensamiento no era otro que la atrevida idea de la fusión de las dos razas. Para este objeto, casó en Susa con la hija de Darío; 80 de sus amigos casaron con 80 mujeres persas nobles; y 10.000 soldados se desposaban en un día, con 10.000 mujeres persas. Alejandro hizo magníficos regalos a los que así contribuían a la realización de su proyecto.

Ahora es cuando mejor podemos apreciar la magnitud de su empresa, en este siglo en que se puede decir que la distancia no existe, en que más que nunca podemos llamarnos todos los hombres hermanos, en este siglo en que gracias a los descubrimientos de la ciencia, todo se universaliza, se eclipsan todas las religiones ante la divinidad de la cruz de Jesucristo, y se unifican las lenguas; en que parece que por fin, al hombre que se encuentre en las tierras de allende, más allá de los mares, nos será dable nombrarle con el dulce apelativo de hermano, sin que todo esto nos haga olvidar a la Patria, en la que se debe basar todo concepto de Universalidad, pues es una utopía vil y reprochable, invocar ésta, queriendo hacer olvidar a las gentes, la tierra en que la luz hirió con sus destellos, por vez primera sus ojos.

Sus soldados macedónicos promovieron graves disturbios, pues estaban celosos, por decirlo así, de las preferencias que su rey otorgaba a los persas. Pero al fin, todo pasó, y parecía definitiva la unión de ambas naciones.

Muerte. Cuando nuevamente se preparaba el héroe para convertir en realidad, sus sueños dorados de dominación universal, le llegó el mensaje de la muerte en Babilonia, donde se encontraba a la sazón.

Hefestión, su favorito, murió a causa de las fiebres. Esto produjo ya, gran tristeza en el alma de Alejandro, que no pudo mitigar

ni la llegada de los legados que Roma y Cartago le enviaran para saludarle y ofrecerle sus respetos.

Y así, a lo que parece, el 11 de junio del año 323 antes de Jesucristo, Nuestro Señor, a la edad de 32 años y 8 meses, sucumbía en la fortaleza Nebukadnezar Alejandro, Rey de Macedonia, Soberano de Hélade y Emperador de la Persia, el glorioso mortal que fue consagrado como hijo de un dios, al que la Historia, por su grandeza, no tanto en el orden de la materia como en el del espíritu, añadió el sobrenombre de Magno.

Los funerales del héroe fueron suntuosos; dos años más tarde sus restos eran conducidos a Menfis por Ptolomeo; y luego a Alejandría, descansando en un templo construido al efecto.

Napoleón, tal vez el cerebro mejor preparado para comprender su obra, nos enumera varios peligrosos militares que corrió Alejandro, en sus largas expediciones; nosotros podemos preguntarnos: ¿Cómo es que en ninguno de ellos fracasó? Porque le asistía la Divina Providencia, que le había encargado una trascendental misión histórica que cumplir, que no era otra que la de unir los países de Oriente con los de Occidente, por medio de una misma cultura, para preparar el camino a Roma; porque cuando se lucha por santos ideales, por la difusión de la cultura, se triunfa.

Mahoma nos habla de él como el Abraham y de Moisés, como de un profeta con el cual Dios mismo habló. Y su expedición a la India, la cuna del Sol, y su inagotable heroísmo, la alteza de sus sentimientos, le hicieron el favorito de los caballeros y trovadores de la Edad Media. La Historia le dedica sus páginas de oro, los bardos de todas las épocas han templado la lira en su honor, egregios cinceles le han esculpido, y los pintores le han retratado. Y allá, cuando el Sol se anuble y se apaguen las estrellas, cuando la Tierra vacile y caiga, y todos sucumbamos, quedará su nombre flotando en las alturas, como flotarán en el espacio los paladines de la civilización.

Ya en su lecho de muerte, preguntado Alejandro, sobre quien había de ser su sucesor, respondió: "El más digno".

Dejó como aspirantes al trono a un hermano imbécil, Arideo, y dos hijos menores: Alejandro, póstumo, de su mujer predilecta, Roxana, que fue reconocido como heredero, nombrándose regente al general Pérdicas, y Alejandro Hércules, nacido de Barsina, pero no de la hija de Darío III, llamada también Estateira, sino de otra Barsina, hija del sátrapa Artabaces; por la semejanza de ambas, muchos historiadores las han confundido, haciendo de las dos una sola.

Sus hijos fueron hechos asesinar por Casandro, los años 311 y 309 respectivamente.

El estudio del Helenismo y de su difusión por Alejandro, nos llevaría a gastar un tiempo que rebasaría los límites de una conferencia; sin embargo, merece la pena de apuntar dos palabras sobre el particular.

Había predicho el conquistador, que sus funerales serían sangrientos. Efectivamente, hubo una lucha continua entre sus generales, que, en alusión a los herederos de la corona de Grecia, fueron llamados los diadocos, pues todos querían para sí el dominio del vasto Imperio de Alejandro, hasta que por fin, en la batalla de Ipsos, en Frigia el 301, se decidió su suerte, quedando derrotado Antígono, general partidario de mantener la unión. Se dividió así: I, Reino de Grecia y Macedonia, que correspondió a Casandro; II, Reino de Siria, regido por Seleuco; III, Reino de Egipto, cuya corona ciñó Ptolomeo, y IV, Reino de la Tracia y el Asia Menor, en el que reinó Lisímaco, más otros menores.

De todos ellos, el más importante, en orden a la cultura, fue el de Egipto, cuya capital, Alejandría, fue el foco literario y científico más grande de la Edad Antigua.

El Helenismo, la cultura clásica por excelencia, es el tipo de civilización creado por los griegos, y que de ellos irradió a otros pueblos.

Pero lo que la Humanidad ganó en cultura, Grecia lo perdió en hegemonía, pues a sus antiguas metrópolis, sucedieron las creadas por el mayor héroe que el transcurso de los siglos ha contemplado, modernas, bellas y cultas, cuyos nombres ya, tienen fulgores de gema: Alejandría...

III

Gracias, gracias os doy por haber honrado con vuestra presencia estas palabras, que, por el solo hecho de salir de mis labios, hay ya motivo suficiente para que sean torpes; gracias por los aplausos que me habeis tributado, y que, por inmerecidos, yo ofrendo a Don Jacinto de la Riva. Yo hubiese querido que esta disertación fuese digna de las muy elocuentes que desde esta tribuna se han pronunciado; ya que ésto no es posible dada la cordedad de mi ingenio, mi ambición quedará satisfecha, si con este trabajo, fruto de mil vigiliass y desvelos, he contribuído en algo a la formación de vuestra cultura, que ahora se está creando, y que algún día pongamos todo al servicio de la Patria y de los santos e inmutables ideales de la Raza; que otra vez, antes de cerrarse para siempre y de ir a dar cuenta de nuestras obras al Creador, contemplen nuestros ojos la grandeza, lejana, pero eterna, por ser cristiana y civilizadora, de los fulgores —oro y grana— inextinguibles de la ESPAÑA INMORTAL.

HE DICHO

V. NOTICIA BIBLIOGRÁFICA

Julio Armaza Galdos/Nilo Batista, *Homicidio simple y homicidio calificado*, Editorial Bustrófedon, Arequipa, 2015 (Un volumen de 95 pp. + colofón).

El presente libro que dieron a la estampa los profesores antes nombrados vio la luz el pasado mes de marzo del presente año y tiene como mayor virtud ser una exposición sintética, pero no por ello menos profunda, de los delitos de homicidio simple y homicidio calificado. Entre las páginas que conforman este riguroso estudio encontramos ideas harto enriquecedoras y meditadas como la que esboza el profesor Armaza Galdos cuando se muestra a favor de reemplazar el texto del inciso 1, del artículo 108 del Código penal, a fin de que se considere como homicidio calificado a quien mate a otro: "Por motivos fútiles o abyectos", que conforme a lo señalado por el propio autor, haría más comprensible la ley y abarcaría otros supuestos olvidados por el legislador; por otro lado, lo propio hace el profesor Nilo Batista cuando, ocupándose del homicidio alevoso, indica que éste ilícito penal implica tanto una "deslealtad del autor que aprovecha la confianza que depositó en él la víctima" como "la indefensión total o parcial, del acometido", sintetizando de esta forma las diferentes posiciones que han

asumido los penalistas respecto a los supuestos en que se comete un homicidio alevoso. Razones de espacio nos impiden discurrir ampliamente por las demás bondades que alberga esta obra, la misma que sin duda alguna destacará como una de lectura obligada para quienes, ya sea por la labor que realizan en el foro o en la academia, deseen perfeccionarse en el estudio de estas figuras delictivas.

José Carlos Mendoza

Iván Meini, *Lecciones de Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014 (un volumen de 386 páginas).

Con Prólogo (pp. 15 a 19) de D. Juan Terradillos Basoco, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Cádiz, acaban de publicarse las *Lecciones* de las que se da cuenta en la presente glosa. Aunque no es un curso completo —pero va camino de serlo— contiene la obra las instituciones básicas del Derecho penal en las que, desarrollándolas, dejó el autor su espíritu, su personalidad y, sobre todo, su sapiencia.

En muchos puntos, según fluye de la lectura del interesante libro, plasma el profesor Meini originales apreciaciones y singulares modos de

ver las cosas y, así, ofrece al estudioso y al estudiante, una obra auténtica y particularmente enriquecedora.

La estructura de las *Lecciones*, como se verá enseguida, es la siguiente: PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE Y DE LA TEORÍA DEL DELITO (cuatro capítulos que van de la página 23 a la 11), SEGUNDA PARTE: TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE (dos capítulos que van de la p. 113 a la 159) y, TERCERA PARTE: TEORÍA DEL DELITO (siete capítulos que van de la p. 161 a la 362) —a ello hay que añadir dos Anexos y la Bibliografía—.

Desde el inicio (p. 36) deja en claro algo que muchos operadores judiciales, magistrados del ministerio público y docentes universitarios deberían admitir y, en consonancia con ello, orientar sus sentencias, requerimientos y enseñanzas: “la pena, dice con sobrada razón Meini, no resocializa” “ni, continúa, intimida”. La rotunda afirmación, proviniendo de quien proviene, sin duda reviste supremo valor.

Acto seguido, se preocupa el profesor limeño por hacer de conocimiento que al Derecho penal suele asignársele la función de sancionar comportamientos disvaliosos (lanzar ácido) o resultados (deformar el rostro)¹, optando, él, por la tesis que se vincula con el disvalor de acción: “la ley penal, dice, no puede prohibir muertes, daños a la persona o al patrimonio; pero sí comportamientos orientados a causar muertes, lesiones o perjuicios patrimoniales” (p. 38).

En fin, rematando el primer Capítulo de su utilísimo manual, hace hincapié en que únicamente pueden ser sujetos capaces de responder por sus actos las personas que completaron el proceso de socialización al haber alcanzado la mayoría de edad, las que no adolecen de ningún “déficit cognitivo”, las que no se encontraron en estado de inconciencia al momento de perpetrar el hecho atribuido y las que se socializaron en un

¹ Hasta donde sabemos, Hans Welzel representa o personifica el primer modo de pensar; Franz von Liszt, el segundo.

medio cultural que profesa valores de conducta análogos a los que rigen en el grupo social que lo juzga (p. 40).²

El segundo Capítulo es en buena parte destinado a demostrar lo conveniente que es dejar establecido que entre la tipicidad y la antijuridicidad hay una vinculación innegable (*ratio essendi*) y que aquella no es únicamente indicio de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*); la muerte en legítima defensa, por eso, es para el autor y la obra reseñados, un elemento negativo de la tipicidad (pp. 54 a 59).

Acto seguido (Capítulo tercero), revela su posición frente a la presencia de elementos descriptivos y normativos en el tipo penal, concluyendo que, visto con mirada penetrante el asunto, todos los elementos del tipo son finalmente normativos. No admite, como lo hace la doctrina dominante, que únicamente los errores sobre los componentes descriptivos sean errores de tipo ni que los que recaigan sobre los elementos normativos deban ser tratados como errores de prohibición pues, para él, unos y otros (los descriptivos y los normativos), son siempre errores de prohibición (p. 72).

Uno de los epígrafes más discutidos y polémicos es el que desarrolla el autor en el Capítulo décimo (pp. 217 a 225), donde luego de proporcionar abundante información en torno al dolo y a las clases de dolo, fija y sostiene que el único elemento del mismo es el conocimiento (desestimando, consiguientemente, que también lo sean la voluntad y la conciencia de la antijuridicidad). Antes que el profesor Meini, según conviene recordarlo, asumieron análoga posición doctrinaria Wolfgang Frisch, Rolf D. Herzberg, Günther Jakobs,

² Reputa incapaces para responder penalmente, por último, a los sujetos que obran constreñidos por una fuerza física irresistible. Por nuestra parte, consideramos a la vis como un elemento negativo de la acción. Sobre ello cfr. Julio Armaza Galdos, *Sobre la fuerza física irresistible*, en *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, 2007, p. 91.

Ingeborg Puppe, E. Bacigalupo, Patricia Laurenzo Copello, Joaquín Cuello Contreras, Ramón Raguéz i Vallés, Jesús María Silva Sánchez y, en Perú, Percy García Caveró.

La bibliografía —enriquecida con 127 autores y algunos libros más—, enteramente corresponde a la que parece utilizó el autor para componer su magnífico texto que, sin más, conviene leer y meditar.

Rocío Parrillo Ticona

VI. VISTAS FOTOGRÁFICAS



*Autoridades y profesores de la Facultad
Aniversario Institucional*



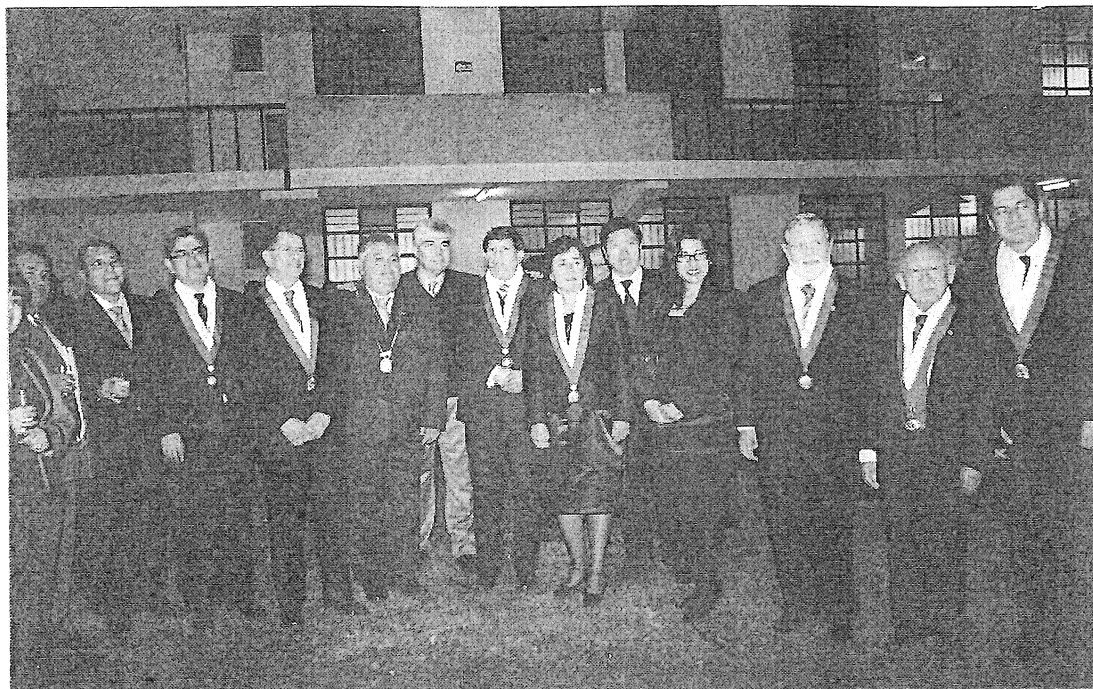
*Aniversario de la Facultad
autoridades de la Facultad, profesores, exdocentes y
Magistrados del Tribunal Constitucional*



Plana docente - 2015



*Autoridades de la UCSM y el Pleno del
Tribunal Constitucional*



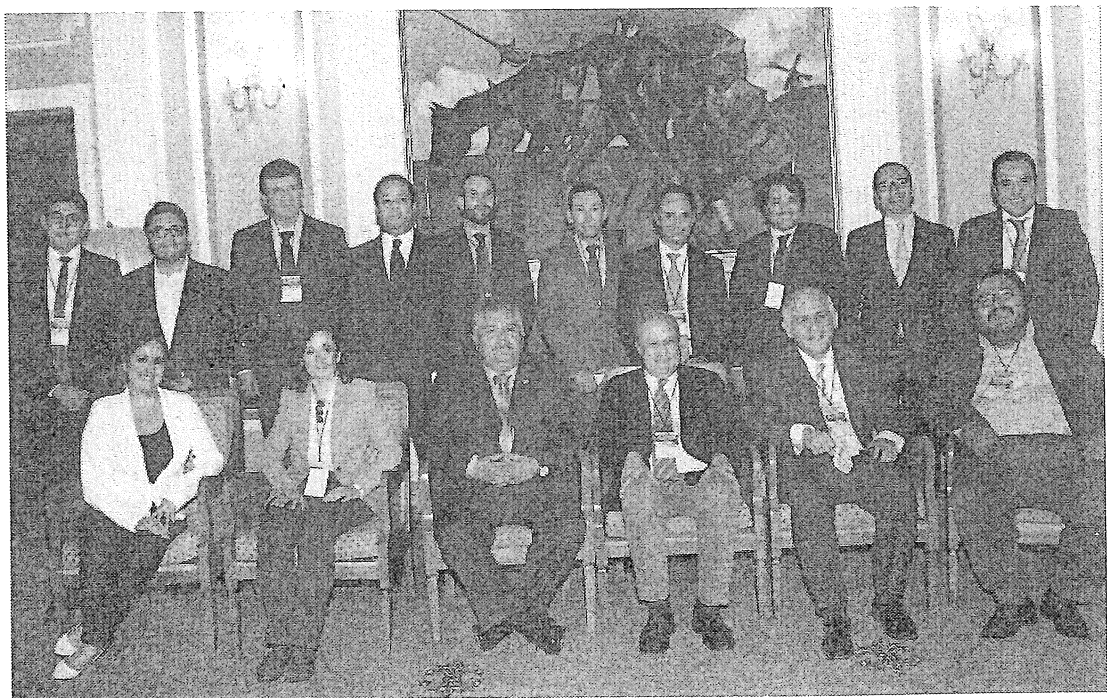
*Visita del Pleno del Tribunal Constitucional
a la Universidad*



*Equipo, Diplomado Nueva Ley Procesal del Trabajo
Convenio Poder Judicial - UCSM - 2015*



*Profesores, Juristas y Magistrados en
Congreso de Derecho Constitucional*



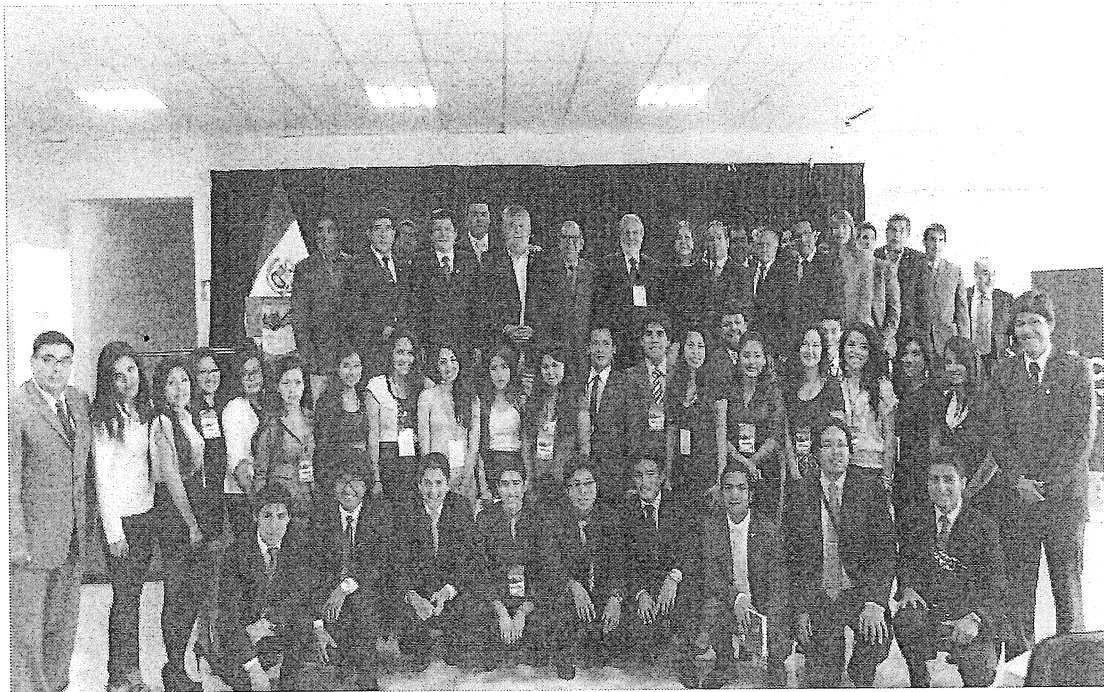
*Profesores internacionales y locales que participaron en el Seminario de
Motivación e Interpretación Constitucional
Abril - 2015*



*Expositores y organizadores del Seminario de
Reforma Constitucional
Noviembre - 2015*



*III Jornada Internacional de Bienes Públicos
Junio - 2015*



*V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional
Noviembre - 2014*



*Alumnos integrantes del Tercio Superior
De izquierda a derecha: Gabriel Ramos Zantalla; Luis Ángel Vázquez
Dongo; Analucía Eduardo Carita; Alexandra M. Valdivia Salazar;
Alberto Camargo Riega; y Diego Bustamante Meléndez*



*Alumnos participantes de la Competencia Internacional
sobre Derechos Humanos "Sergio García Ramírez"
De izquierda a derecha: Diego Sánchez Cárdenas; Ana Lucía Valencia
Fernández; y Walter Manrique Cervantes*

El núm. 9 de la Revista de Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Santa María se publicó en los talleres de la imprenta Joshua V&E en el mes de diciembre del año 2015.