

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

UNIVERSIDAD RICARDO PALMA



IUS INKARRI II

2013



VOLUMEN II

DIRECTOR

Dr. IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

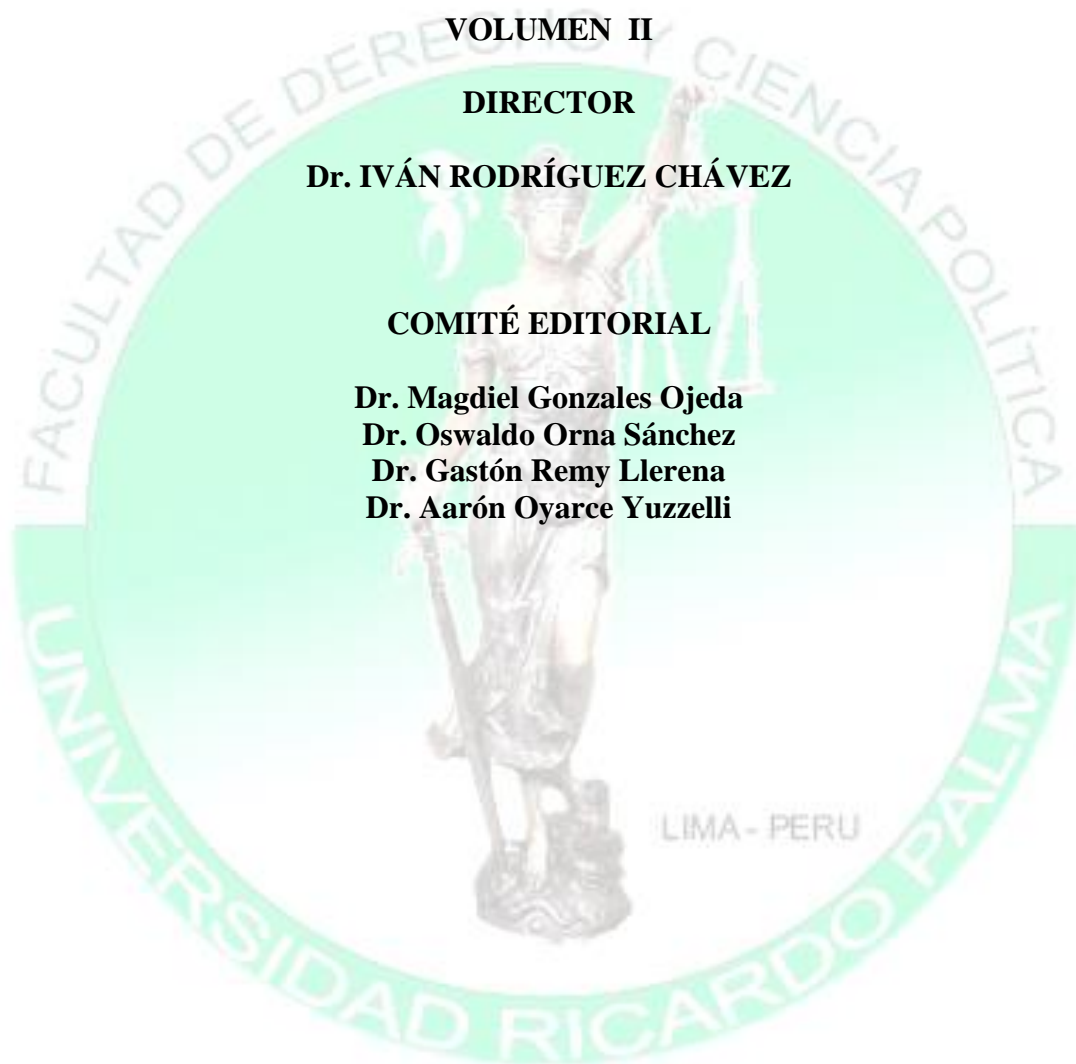
COMITÉ EDITORIAL

Dr. Magdiel Gonzales Ojeda

Dr. Oswaldo Orna Sánchez

Dr. Gastón Remy Llerena

Dr. Aarón Oyarce Yuzzelli





CONTENIDO

Editorial	7
Normas editoriales	9
<i>Acceso libre y conservación de costas en el derecho romano, controversias actuales en Argentina.</i>	Virginia Abelenda 11
Análisis crítico de la formación y ejercicio de la abogacía en el Ecuador	Cristina Meneses Sotomayor 33
<i>El derecho a la identidad en “Blasón” de José Santos Chocano.</i>	Iván Rodríguez Chávez 43
<i>Las familias transnacionales</i>	Richard Aguilar Diaz 51
Los derechos del niño en el marco de la bioética	Nancy Coronel Aquino 59
<i>El marco lógico de las fuentes del derecho y las intangibilidades del régimen normativo en el derecho parlamentario.</i>	César Delgado Guembes 67
<i>El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado</i>	Julio Durand Carrión 87
<i>Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil en materia de responsabilidad médica: Apuntes para un nuevo enfoque de la responsabilidad civil de los profesionales.</i>	Fort Ninamancco Córdova 109
<i>Mujer y desarrollo sostenible</i>	Miliza Franciscovic Ingunza 123
<i>Requerimientos de confirmación de incautación en caso de intervenciones en delitos flagrantes</i>	Martín Garay Mercado 129
<i>El laico y el laicismo en sus fuentes cristianas</i>	Jorge Godenzi Alegre 135
<i>La responsabilidad de funcionarios (El juicio Político)</i>	Magdiel Gonzales Ojeda 141
<i>La tragedia de la propiedad intelectual (I): Una errónea asignación de titularidades</i>	Enrico Huarag Guerrero 153
<i>Litigios, honor y defensa</i>	Marianella Ledezma Narváez 167
<i>La Justicia</i>	Gastón Remy Llerena 181
<i>Las Comunidades nativas de la Amazonía peruana y el cumplimiento de los incisos c y d del artículo 10 del Convenio sobre Diversidad Biológica. Situaciones Análogas en la Unión Europea</i>	Paulino Rueda Romero 185
<i>Despenalización de las relaciones sexuales en menores de edad</i>	Esperanza Tafur Gupioc 223
<i>La Eficiencia de los medios alternativos o adecuados de resolución de conflictos frente al sistema procesal civil</i>	Beatriz Franciscovic Ingunza y Carlos Torres Angulo 231

<i>La lucha del estado peruano contra el trabajo infantil y la trata de niños, niñas y adolescentes avances y desafíos</i>	Eduardo Vega Luna	261
<i>Ética del docente universitario</i>	Oswaldo Orna Sánchez	289
<i>La teoría del caso en el aun denominado Nuevo Código Procesal Penal</i>	José Montoya Pizarro	297
El derecho internacional público y el derecho internacional privado	Aaron Oyarce Yuzzelli	319



EDITORIAL

La Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma y el Instituto de Investigación presenta a la comunidad académica el segundo número de la *Revista Ius Inkarry*, la cual es un foro para promoción del debate científico en temas de actualidad.

Esta edición consta de 21 artículos de autores nacionales y extranjeros, los cuales presentan los siguientes temas: *Acceso libre y conservación de costas en el derecho romano, controversias actuales en Argentina*; Análisis crítico de la formación y ejercicio de la abogacía en el Ecuador; *El derecho a la identidad en “Blasón” de José Santos Chocano*; *Las familias transnacionales*; Los derechos del niño en el marco de la bioética; *El marco lógico de las fuentes del derecho y las intangibilidades del régimen normativo en el derecho parlamentario*; *El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado*; *Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil en materia de responsabilidad médica: Apuntes para un nuevo enfoque de la responsabilidad civil de los profesionales*; *Mujer y desarrollo sostenible*; *Requerimientos de confirmación de incautación en caso de intervenciones en delitos flagrantes* ; *El laico y el laicismo en sus fuentes cristianas*; *La responsabilidad de funcionarios (El juicio Político)*; *La tragedia de la propiedad intelectual (I): Una errónea asignación de titularidades*; *Litigios, honor y defensa*; *La Justicia*; *Las Comunidades nativas de la Amazonía peruana y el cumplimiento de los incisos c y d del artículo 10 del Convenio sobre Diversidad Biológica. Situaciones Análogas en la Unión Europea*; *Despenalización de las relaciones sexuales en menores de edad*; *La Eficiencia de los medios alternativos o adecuados de resolución de conflictos frente al sistema procesal civil*; *La lucha del estado peruano contra el trabajo infantil y la trata de niños, niñas y adolescentes avances y desafíos*; *Ética del docente universitario*; *La teoría del caso en el aun denominado Nuevo Código Procesal Penal*.

Agradecemos a nuestros colaboradores de este segundo número: Virginia Abelenda; Cristina Meneses Sotomayor; Iván Rodríguez Chávez; Richard Aguilar Diaz; Nancy Coronel Aquino; César Delgado Guembes; Julio Durand Carrión; Fort Ninamancco Córdova; Miliza Franciscovic Ingunza; Martín Garay Mercado; Marianella Ledesma Narváez; Gastón Remy Llerena; Paulino Rueda Romero; Esperanza Tafur Gupioc; Beatriz Franciscovic Ingunza y Carlos Torres Angulo; Eduardo Vega Luna; Oswaldo Orna Sánchez; José Montoya Pizarro y Aarón Oyarce Yuzzelli Quienes con sus investigaciones ayudan a enriquecer y a mantener dinámico la discusión académica en nuestro País.

Invitamos a los académicos peruanos y extranjeros a escribir en nuestra Revista.

Iván Rodríguez Chávez
Presidente del Comité Editorial



NORMAS EDITORIALES

1. La Revista *Ius Inkarrí* de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma divulga trabajos en el área del Derecho y trabajos multidisciplinarios.
2. Los trabajos son publicaciones inéditas
3. Los trabajos originales enviados no serán devueltos.
4. La recepción de los artículos enviados a la Revista no implica la obligatoriedad de la publicación.
5. El editor de la revista podrá devolver los artículos originales al autor para que los adapte a las normas editoriales.
6. El artículo original debe ser entregado en Microsoft Word, a espacio simple, letra Times New Romans 12 en texto y Times New Romans 10 en nota al pie. Márgenes normales.
7. La extensión de los artículos son en promedio 25 páginas.
8. Los artículos publicados son de la entera responsabilidad de sus autores y no representan la opinión de la Facultad de Derecho y Ciencia Política ni de la Universidad Ricardo Palma.
9. Los artículos pueden ser traducidos.
10. El artículo deberá contener: Título, autor (con la primera cita relativa al resumen académico del autor), sumario, conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas.
11. La bibliografía debe ser citada siguiendo las normas ABNT, observándose para ellas (autor (con los apellidos en versalles), título (en cursivas), editorial, ciudad, año y página, en los casos de pie de página.
12. Los artículos pueden ser enviados al siguiente correo electrónico: fac.derecho@urp.edu.pe



ACCESO LIBRE Y CONSERVACIÓN DE COSTAS EN EL DERECHO ROMANO. CONTROVERSIAS ACTUALES EN ARGENTINA

ABELEND, Virginia¹

SUMARIO: 1.- *Ripae: res in publico usu iuris gentium*. 2.- Carácter público del curso de agua y el *aqua profluens* como *res commune omnium*. 3.- Defensa del ambiente fluvial y ribereño: interdictos *de fluminibus publicis* y extensiones labeonianas. 3.1.- *Operis novi nuntiatio*. 3.2.- *Cautio damni infecti*. 4.- Referencias a interdictos sobre los lagos. 5.- Algunos casos actuales en Argentina y la reforma del Código Civil. 6.- Conclusiones.

1.- *Ripae: res in publico usu iuris gentium*

En el derecho romano, al ser considerados casi o todos los ríos y puertos públicos según respectivamente Marciano (jurista del período clásico tardío, s. III d.C.), y luego la drástica concepción justiniana (s. VI d.C.), era común a todos el derecho de pescar en ellos:

Marc., 3 inst., D.1.8.4.1

*Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.*²

I.2.1.2. *Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus fluminibusque.*³

Es posible que Marciano se refiriera a *flumina* en sentido genérico, y el redactor de las Instituciones a los ríos en sentido técnico, en antítesis a los torrentes y arroyos, por lo que podría tratarse de una antinomia aparente y de una mera interpolación formal. La palabra *flumen* tiene un significado amplio y vulgar que comprende también a los torrentes, y uno más restringido, técnico, relativo solamente a los cursos de agua perennes. En el Digesto, por lo tanto, está insertada la limitación tal vez con el fin de reafirmar que los torrentes como tales no son públicos. En las Instituciones se señala como consecuencia de la publicidad de los ríos que todos pueden pescar en ellos, pero ha sido notado que bajo este aspecto, también se consideraría público el mar, que por el contrario es una *res commune omnium*. El paso del Digesto, por su parte, dice que casi todos los ríos son públicos, lo cual significa que había también ríos privados.⁴

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Roma II “Tor Vergata”, Profesora de la Universidad de Buenos Aires y de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.

² MARCIANO; *Instituta*, libro III. Pero casi todos los ríos y los puertos son públicos.

³ Más todos los ríos y los puertos son públicos; y por tanto, es común a todos el derecho de pescar en el puerto y en los ríos.

⁴ Cfr. J.M. ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43.12.1pr.) en SDHI 71 (2005), 201-202, v. así Sen. Nat. Quaest. 3.11.12; Fest. v. *torrens* (ed Lipsay 483-484); Paul. 49 ad ed., D. 39.3.2.9; Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.2. Asimismo, D. 43.12.1. Existen supuestos para el A., en los que basándose en la utilidad pública se pueda extraer un beneficio para la colectividad. Podría darse la posibilidad de que un río privado parezca público debido a la circunstancia de uso público en la praxis; si bien no parece acertado extraer de esas motivaciones consecuencias que puedan amparar

Ulpiano, 57 ad ed., D.47.10.13.7, haciendo referencia a la procedencia de la acción de injurias, sostiene que al ser ciertamente el mar común de todos, y también sus orillas, como el aire, muchísimas veces se resolvió por rescripto, que no se le podía prohibir a uno que pesque en él, opinión que comparten Pomponio y la mayoría; sin embargo, en caso de impedimento de pesca por parte del dueño de un lago privado el ejercicio de esta acción queda excluida:

*Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiat, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. Conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. Usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. In lacu tamen, qui mei domini est, utique piscari aliquem prohibere possum.*⁵

Y cfr. **Javoleno, 11 ex Cassio, D.50.16.112**, el litoral es público hasta donde llegan las olas máximas, a no ser que los lagos fueran en su totalidad de propiedad privada:

la idea de negar la sustancial diferencia entre río privado y río público formulada por Ulpiano, que responden al significado más auténtico de las expresiones que él mismo utiliza de forma tajante y que no ofrecen lugar a dudas.

⁵ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LVII*. 7.-Si alguno me prohibiera pescar en el mar, o llevar la red que en griego se llama buitron, ¿podré acaso demandarlo con la acción de injurias? Hay quienes opinan que puedo ejercitar la acción de injurias; y así opina Pomponio; y los más, que a este es semejante el que no consintiera que uno lave en lugar público, o que se siente en las gradas del anfiteatro, o que en algún otro lugar conduzca carro, se siente, o converse, o si alguien no permitiera que yo use de una cosa mía; porque también este puede ser demandado con la acción de injurias. Mas al arrendatario le dieron los antiguos interdicto, si acaso tomó públicamente el arrendamiento, porque se debe prohibir que se le haga violencia para que no disfrute de su arrendamiento. Pero si yo le prohibiera a alguno que pesque delante de mi casa, o delante de mi palacio de campo, ¿que se hade decir, que estoy, o no, sujeto a la acción de injurias? Y ciertamente que el mar es común de todos, y también sus orillas, como el aire, y muchísimas veces se resolvió por rescripto, que no se le podía prohibir a uno que pesque; pero tampoco se le puede prohibir que caze, sino que entre en fundo ajeno. Fue, sin embargo, también de uso, aunque no fundado en ningún derecho, que a cualquiera se le pudiera prohibir que pescara delante de mi casa, o de mi palacio de campo; por lo que si a alguno se le prohibiera, aun se puede ejercitar la acción de injuria. Pero a la verdad, en lago, que es de mi dominio, puedo prohibirle a alguien que pesque. Cfr. S. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid 1996, 219 y nt. (51), más adelante, esta costumbre se volvió legal, pues el emperador León VI -apelado el Filósofo-, rompió con la tradición anterior y reconoció un dominio privado sobre el espacio de mar y sobre la pesca que se encontrase enfrente de las casas ribereñas (Coll. II, Nov. 56). Según G. PURPURA, "Liberum mare", *acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* XLIX (2004), 172, ello se deberá a una nueva tecnología de pesca de gran relevancia económica, la trampa con la cámara de la muerte instalada en mar abierto, que favorecerá la decadencia de la antigua concepción del mar como cosa común, concurriendo así a avalar las pretensiones de particulares y estados territoriales sobre aguas, ahora reivindicadas como *nostrae*, volviendo teóricamente posible un aprovechamiento público en sentido patrimonial del ambiente marino, antes considerado un verdadero y propio abuso.

*Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est.*⁶

No obstante, según Paulo, el jurista augusteo **Labeón , 6 pith. a Paul. epitom., D.41.1.65.1**, a inicios del Principado, afirmaba que las riberas (*riparae*) próximas a los ríos y las costas próximas al mar también son públicas, aunque en ellas haya islas cuya propiedad pertenece a alguien, y se tiene el mismo derecho respecto a un campo contiguo:

*Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. PAULUS: immo in eo genere insularum ripae flumini et litora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem iuris est.*⁷

Luego de ello, en las fuentes romanas se encuentra una categoría más amplia que la de cosas públicas como es la de *res in usu publico iuris gentium*, así lo demuestran varios testimonios presentes en ellas, como aquel de Gayo en el Digesto, quien sostiene que es público por derecho de gentes el uso de las riberas, así como el del mismo río, cfr. **Gai., 2 rer. cott. sive aur., D.1.8.5pr.:**

*Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*⁸

En igual sentido, se pronuncia Paulo, pero va más allá, al afirmar que las riberas que están junto al fundo vendido no son de nadie, y están para el uso de todos por derecho de gentes, así como las vías públicas, cfr. **Paul., 21 ad ed., D.18.1.51:**

*Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*⁹

Los *litora* que son adyacentes a los fundos de tierra vendidos no caen bajo el *modus* de la *actio de modo agri* porque son *nullius*. Pero además, pueden, en base a este fragmento, señalarse dos elementos del significado de *ius gentium*: las normas concernientes a las riberas son aplicables a los Romanos y a los peregrinos, y ellas son comunes al derecho romano y a

⁶ JAVOLENO; *Doctrina de Casio, libro XI*. El «litoral» es público hasta donde llegan las olas máximas; y el mismo derecho hay respecto a los lagos, a no ser que todo él fuera privado.

⁷ LABEON; *Dichos recopilados por Paulo, libro VI*.- Si en un río hay una isla propia tuya, nada de ella es del público. Y dice Paulo: aun en esta clase de islas, las riberas próximas al río, y las costas próximas al mar son públicas, no de otra suerte que hay este mismo derecho en cuanto al campo contiguo.

⁸ GAYO; *Diario, libro II*.- Es público por el derecho de gentes el uso de las riberas, así como el del mismo río. Y así, cualquiera tiene libertad para acercar a ellas su nave, atar cuerdas de los árboles allí nacidos, tender a secar y sacar del mar las redes, y acomodar en ellas alguna carga, así como navegar por el mismo río. Pero la propiedad es de aquellos con cuyos predios colindan; por cuya causa son también de los mismos los árboles en ellas nacidos.

⁹ PAULO; *Comentarios al Edicto, libro XXI*.- Las riberas que están junto al fundo vendido no se computan para la cabida, porque no son de nadie, sino que por derecho de gentes están para el uso de todos; y tampoco las vías públicas, o los lugares religiosos, o sagrados; y así, para que le aprovechen al vendedor, suele darse caución de que los caminos, así como las riberas y los lugares públicos se comprenden en la cabida.

todos los sistemas jurídicos conocidos por los Romanos.¹⁰

Asimismo, nuevamente Gayo, sostiene que el nuevo cauce natural de un río, que comenzó a correr por otra parte, comienza también a ser de aquel derecho de quien es también el mismo río, ello es, público por derecho de gentes, cfr. **Gai., 2 rer. cott. sive aur., D. 41.1.7.5**, en el título referido a la adquisición del dominio de las cosas:

*Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. Quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma et, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: sed vix est, ut id optineat.*¹¹

2.- Carácter público del curso de agua y el *aqua profluens* como *res commune omnium*

El carácter público de las aguas, sea las provenientes de los ríos como de los acueductos etc., estaba dado por su ubicación en tierra pública y por su perennidad¹², entre ellas, los cursos de agua comprendidos en el *ager publicus* –también en los municipios y colonias-, como los ríos, acueductos, estanques, torrentes, lagos, arroyos, las fuentes que

¹⁰ H. ANKUM, «*Litora maris*» et «*longi temporis praescriptio*» en INDEX 26 (1998), 363, 369. V. O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel / ouvrage traduit en français par Frédéric Peltier*, Paris 1901: [De modo agri (E.74)].

¹¹ GAYO; *Diario, libro II*. Pero si habiendo dejado todo su cauce natural el río hubiere comenzado a correr por otra parte, el anterior cauce es ciertamente de los que poseen predios junto a la orilla; por supuesto, con arreglo a la latitud que cada predio tenga junto a la orilla; mas el nuevo cauce comienza a ser de aquel derecho de quien es también el mismo río, esto es, público por derecho de gentes. Mas si después de algún tiempo el río hubiere vuelto a su cauce anterior, el nuevo cauce comienza a ser otra vez de los que poseen predios junto a su orilla. Pero si el nuevo cauce hubiere ocupado todo el campo de alguno, aunque el río hubiere vuelto a su cauce anterior, sin embargo, aquel de quien había sido este campo no puede tener parte alguna en este cauce, porque también dejó de existir el campo que había habido, por haber perdido su propia forma; y como no tiene ningún predio vecino, no puede tener por razón de vecindad parte alguna en este cauce; pero es muy difícil que este prevalezca. G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di «ius gentium»*, Milano 1946, 51, 54-55, 142, nota como un fuerte indicio de alteración de los compiladores, la divergencia sustancial entre Instituciones de Gayo y *Res cottidianae* -de las cuales se niega verosímelmente (según el A.) pertenezcan a Gayo- en materia de clasificación de las *res*, en donde aparece precisamente, frente a la esquemática simpleza de la clasificación gayana de las Instituciones en *res humani iuris*: ... *aut publicae sunt aut privatae*, el concepto de *res publicae iuris gentium*. Por otra parte, el A. no concuerda con la opinión de BRANCA, para quien ya en el transcurso del II s. d.C. se habría vislumbrado una distinción en el ámbito de las *res publicae*: la observación de los principios operativos en el seno de otros pueblos demostraba que los ríos a la par de las costas y del mar no sólo eran en todos lados de uso común, sino que lo eran independientemente de la voluntad y de la intervención del pueblo mismo. En tal modo, no sólo eran aislados de los teatros, de los foros, de las calles, etc., que el Estado mismo hacía construir y destinaba al uso de todos, sino que en un cierto sentido eran considerados, aún siendo del *populus Romanus*, como pertenecientes a la comunidad internacional: en efecto, el *ius gentium* es invocado, por Gayo (D. 41.1.7.5) y por Papiniano (D. 41.3.45) que lo sigue, no como fuente de la norma de la cual deriva la publicidad de la *res*, sino casi como un organismo al cual pertenece la cosa: los dos juristas afirman no sólo que los ríos y las costas (por ende, también el mar) son públicos *iure gentium*, sino además que son públicos *iuris gentium*.

¹² V. J. PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, en INDEX 21 (1993), 440.

alimentan los acueductos públicos, y en general, las aguas de montaña.¹³ Así lo afirma Casio, cfr. **Ulp., 68 ad ed., D.43.12.1.3**, opinión seguida por Celso así como por el mismo Ulpiano, al considerar ríos públicos aquellos que eran perennes:

*Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.*¹⁴

Es decir, Casio Longino, maestro de la escuela sabiniana, y que vivió en el I s. d.C., comparte la misma opinión en este punto con Celso, que, unas décadas después, será la cabeza de la opuesta corriente de los proculeyanos. Ello significa una unanimidad de opiniones de la cual descende su incontrovertible aceptación por los juristas contemporáneos y posteriores; y Ulpiano, en efecto, la expone sin someterla a discusión; sin embargo, la frase final *videtur esse probabilis* nos da la idea que ella no era unánimemente aceptada por la totalidad de los juristas, o sea, no es declarada *vera*. Ello así, porque según el sistema tradicional, si un curso de agua hubiese atravesado un fundo público habría sido público, mientras también un río perenne habría podido ser privado allí cuando hubiese atravesado un fundo en *dominium* de un privado. La regla de Casio rompe este automatismo, reconociendo el atributo público a un carácter natural del río, como es la perennidad de la corriente. Resulta evidente que la publicidad fundada sobre esta cualidad intrínseca del río, respondiese mejor a la generalidad de los usos a los cuales una corriente perenne podía servir, si se piensa en los intereses ligados a la navegación fluvial, a los de la agricultura ribereña, que se servían de ella para la irrigación de sus fundos, o a los de las ciudades que la usaban para el suministro hídrico. El elemento que distingue los ríos públicos de los privados está constituido por la perennidad o menos del curso de agua, aquel que discurre todo el año con corriente más o menos constante es público, mientras aquel dotado de un régimen hídrico variable, en función sobre todo de las precipitaciones, es privado. Es por este motivo que Ulpiano, para ejemplificar en qué consiste un torrente, se sirve de la palabra griega que identifica un río que discurre prevalentemente en invierno, cuando las lluvias son abundantes.¹⁵ Los ríos públicos están sujetos a una serie de cautelas dirigidas a garantizar la regularidad del aporte hídrico para los usos públicos, desde el suministro necesario para la irrigación agrícola y para los usos potables, hasta llegar al otro fundamental constituido por la navegación fluvial; y desde el momento que la navegación es una de las más importantes funciones colectivas de un río, el río navegable es siempre público, aunque no todos los ríos públicos son navegables. En conclusión, después del acogimiento de la *sententia* de Casio, el requisito mínimo para reconocer la publicidad de un río está constituido no por la navegabilidad sino por la perennidad de la corriente. Un río es de todos modos público si, aun no poseyendo la aptitud necesaria para la navegación, tiene una suficiente para asegurar las otras utilidades colectivas.¹⁶

¹³ CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano* cit., 226.

¹⁴ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*.- Algunos ríos son públicos, y otros no; Casio define que es río público el que sea perenne; esta opinión de Cassio, que también aprueba Celso, parece que es admisible. Cfr. ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43.12.1pr.) cit., 212, Casio Longino era un jurista versadísimo en tema de aguas, por lo tanto, no resulta ilógico que contribuyera a fijar un criterio general para establecer la publicidad de los ríos.

¹⁵ V. Ulp., 68 ad ed., D.43.12.1.2, quien afirma que unos ríos son perennes, y otros torrenciales; es perenne el que siempre corre, torrente el que corre en invierno. Pero si en algún estío se secura el que en otras estaciones corría perenne, no por eso es menos perenne o deja de serlo.

¹⁶ Cfr. M. FIORENTINI, *Struttura ed esercizio della servitù d'acqua*, en AA. VV., *Contributi romanistici, (Quaderno n. 8 del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trieste)*, Trieste

Sin perjuicio de ello, algunos autores observan que ningún texto de la jurisprudencia, ni disposición normativa alguna permite separar netamente las aguas privadas de las públicas; si bien, dentro de la gama de las aguas superficiales, se destaca la disciplina jurídica que afecta especialmente a los ríos públicos. En principio, todas las aguas que manaban o discurrían por los terrenos que formaban parte del *ager publicus*, que todavía no habían sido divididos o asignados a particulares, ciudadanos o latinos, conservaban la naturaleza y condición pública. Es decir, como para todas las cosas públicas, la publicidad dependía del título, o bien se atendía a la *vetustas*. Luego, cuando progresivamente va cediendo el *ager publicus* de frente al *ager privatus*, y prevalecen los *agri arcifinii* de frente a los *agri limitati*, la jurisprudencia clásica intenta establecer la condición pública o privada de las aguas de forma autónoma, según criterios generales deducidos de la importancia o condición natural y la destinación económico-social, sin embargo, la distinción aparece elaborada únicamente en relación con los cursos de agua, o por la importancia de los mayores entre ellos, los ríos, o por la necesidad de limitar rigurosamente el ámbito de aplicación de los interdictos *de fluminibus*. Con ello, la jurisprudencia habría querido determinar criterios más seguros para la publicidad de los ríos, que respondieran mejor a las nuevas condiciones sociales, reconociendo el uso público de los cursos de agua más grandes, y, a su vez, analizando una serie de medidas administrativas que permitieran todas las posibles formas de uso de los ríos que necesitaran los ciudadanos (navegación, uso de las orillas, derivaciones de agua, etc.), con valoraciones críticas que impiden el uso excesivo y el abuso incontrolado de los cursos de agua; por tanto, es de los criterios generales que se desprenden de la condición natural y de la valoración económico-social que se fija la publicidad o el carácter privado de ellos, el que aparece controlado también por los interdictos, de donde se puede comprobar la destacada relevancia que se otorga al sistema de uso colectivo sobre estas aguas públicas, con características coincidentes en el derecho clásico, postclásico y justiniano.¹⁷

Sin embargo, llama la atención que en esta avanzada época ulpiana, con los grandes logros de la administración pública, el jurista no aludiera ni de forma soslayada a una posible

2003, 57-60, el comportamiento de los usuarios privados que pudiesen empeorar el estado de los ríos era sancionado con los procedimientos de urgencia vistos, los *interdicta*, elaborados por el pretor en su edicto para singulares hipótesis de turbaciones, con los cuales el magistrado prohibía la construcción de obras en el lecho de los ríos o sobre las riberas que pudiesen perjudicar la navegación sobre un río público navegable (D. 43.12); impedía las manipulaciones de los cursos de agua realizados por ejemplo con apertura de *incilia*, o sea cortes en los bancos para instalar una derivación de agua, que se resolviesen en una modificación de las usuales modalidades de desplazamiento del río (D. 43.13); sancionaba los actos de violento impedimento dirigidos a obstaculizar a alguien en su facultad de navegar (D. 43.14); inhibía los comportamientos violentos dirigidos a impedir a alguien levantar diques antes inexistentes, o restaurar diques ya existentes, que sirviesen para tener bajo control el régimen de los ríos públicos (D. 43.15). Para algunas de estas hipótesis dañosas el pretor previó también otros interdictos con los cuales fuese posible remover las obras perjudiciales, si la activación de parte hubiese sido sucesiva a su edificación.

¹⁷ ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43.12.1pr.) cit., 197-200, cfr. Front. *de contr. Agr.* 20.10. En general podrían considerarse en un principio públicas las fuentes de las montañas y las partes superiores de muchos cursos de agua, incluso los cursos de agua menores y no perennes, que nacían y fluían en las regiones montañosas, que pertenecían antiguamente al Estado romano, y que nunca fueron objeto de *adsignatio* durante la etapa republicana. Sólo más tarde fueron atribuidas a las *civitates*, y por lo tanto al *fiscus*, y fueron también objeto de algunas concesiones a *possessores* de grandes latifundios. Según P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni* (Lezione tenuta presso l'Istituto di diritto romano, della Facoltà di giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma, il 06 giugno 2012-06-05), 34, pertenecen al *populus* todos los ríos que, aunque no navegables, tengan una cierta consistencia de agua, útil, por ejemplo, para las derivaciones, el riego y otros importantes usos. Por otra parte, de la pertenencia pública, según el A., es testimonio también el simple adjetivo "*publicum*", porque las *res publicae*, como la etimología enseña, no significa sino *res populi* (*publicae/poplicae*), ello es, del pueblo romano.

determinación por elenco, o introduciendo como criterio complementario a la perennidad, la estimación, no ya específicamente sólo de los habitantes del entorno en general, sino la de las autoridades o magistrados competentes. Quizás el planteo de Ulpiano, siguiendo un criterio excesivamente clásico como era la perennidad, quería mantener una idea simplificadora de la publicidad fluvial, que no se apartara en exceso de las afirmaciones jurisprudenciales que encuadraban a los ríos dentro de los bienes de uso público, como las vías públicas, lo que le impedía conformar un criterio más pormenorizado que pudiera contribuir a cercenar de alguna forma el libre uso y aprovechamiento de los mismos.¹⁸

Por otro lado, también con **Marciano, 3 inst., D.1.8.2pr.**, título dedicado en el Digesto a la división y cualidad de las cosas, se llega a la categoría más amplia de cosas comunes a todos por derecho natural:

*Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.*¹⁹

Y según el mismo **Marc., 3 Inst., D. 1.8.2.1**, son comunes a todos por derecho natural el aire, el agua corriente, el mar y sus costas:

*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*²⁰

El fundamento y la especificidad de esta calificación se deben encontrar en los modos de uso, además, ella está dada en negativo, ello es, el no poder impedir a nadie el uso de tales cosas.²¹

En cuanto al *aqua profluens*, se cree que su inclusión por Marciano en el elenco de las *res communes omnium* deba tratarse de una influencia extrajurídica, puesto que ella en realidad, no estaría sujeta a un régimen particular distinto del régimen del curso de agua al cual pertenece.²² El mar y sus costas, parecerían acercarse a las cosas públicas destinadas al uso público, ambas están abiertas por regla general al uso de todos. Pero, si el mar y el lido, en su régimen jurídico, presentan particularidades que los individualizan como *res communes*

¹⁸ ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43.12.1pr.) cit., 215-216; cfr. A. AGUDO RUIZ, *Rec. a Juan Miguel Alburquerque, La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, en SDHI 71 (2005), 645, de nuevo Ulpiano, gran aportador al derecho público y administrativo, acude al sistema de citas para determinar la diferencia entre río público y privado: la perennidad, la navegabilidad, la magnitud o las circunstancias geográficas y la estimación social, cfr. D.43.12.1.1, 2 y 3. De estos criterios, elásticos y oscilantes, es el de la perennidad el esencial a la hora de considerar la publicidad fluvial.

¹⁹ MARCIANO; *Instituta, libro III*. Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la comunidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de particulares, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas.

²⁰ MARCIANO; *Instituta, libro III*.- 1.- Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente, y el mar, y consiguientemente las costas del mar.

²¹ M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a res communis omnium a bene collettivo*, en *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche 8. Contributi Romanistici Università degli Studi di Trieste* (2003), 3.

²² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano 1966, 55 ss.

omnium, encuentra entonces una razón de ser -aunque se la critique- la inclusión del aire y del *aqua profluens*.²³

Antecedentes de este concepto de *res communes omnium*, se encuentran, por lo demás, ya en **Cic., de off.**, 1.16.51: *tam commune quam spiritus vivis [aer], mare fluctuantibus, litus eiectis*; 52: “*ex quo sunt communia: non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere*”, no obstante lo ilimitado del recurso agua según el mismo Cicerón; **Plaut., Rud.**, 4.3.35: “*Mare quidem commune certost omnibus*”. 38. “*in mari inventast communi*”. 42: “*dicant in mari communi captos*”; **Ovid., Met.**, VI.350: “*quid prohibetis aquis? Usus communis aquarum est*”; y **Sen., de benef.**, V.28: “*commune bonum era patere commercium maris et regnum humani generi relaxari*”.²⁴ Está presente en estas locuciones no sólo una anticipación del concepto de ‘bien común’, sino además una primera señal del moderno ‘derecho de acceso al agua’, aunque las ideas de Cicerón se ubicarían sobre el plano moral o al máximo *de iure condendo*, y no serían indicativas de reglas jurídicas vigentes en los años en que él escribía.²⁵

Finalmente, Justiniano, recogiendo la elaboración jurisprudencial precedente, también en la parte referente a la división de las cosas, dice respecto a ellas, que son por derecho natural comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y las costas del mar, cfr. **I.2.1.1**:

*Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris.*²⁶

Marciano probablemente refleje la opinión de la mayoría en el período clásico tardío, ello es, de época severiana, caracterizada por una visión socialista y ecuménica estoica del Imperio, y, por ello, por una política de unificación cultural de éste, opinión que es seguida y reforzada por Justiniano, quien, en general, sigue a la jurisprudencia de este período²⁷, no obstante la existencia de ciertas ambigüedades en las Institutas respecto a la calificación jurídica del mar y sus costas por un lado, o la no explicación de la calificación de comunes

²³ G. GROSSO, *Rec. a A.G. Scherillo, Lezioni di diritto romano, Le cose I: Concetto di cosa. Cose extra patrimonium*, en *Scritti storico giuridici IV. Recensioni e Ricordi*, Torino 2000, 212; V. V. ARANGIO RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, Napoli 1973, 190-191; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1985, 173; para ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur (D. 43.12.1pr.)* cit., 205-206, no obstante, el uso común del agua corriente no parece que haya sido desatendido en el mundo romano, como podría desprenderse de las imprecisiones conceptuales que aporta la doctrina sobre el *aqua profluens*, basándose en los confusos textos que no aclaran suficientemente la definición en cuanto a su régimen jurídico. Si bien, parece claro que en la mayoría de los supuestos se reflejan ciertas asimilaciones que destacan el aspecto comunal (de uso común) y, con matices que engloban al lugar por donde discurren, público.

²⁴ Según PURPURA, “*Liberum mare*”, *acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico* cit., 191, la novedad, entonces, introducida en el III sig. d.C. por Marciano en D. 1.8.2.1 de la clasificación de las costas y del mar en la nueva categoría de las *res communes omnium*, preanunciada a través del reconocimiento de un uso común de algunas *res* en Ulpiano D. 39.2.24pr., según el cual el *mare commune omnium est et litora, sicut aer* (D. 47.10.13.7) debe ser notablemente redimensionada.

²⁵ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il «civis» e le acque*, en INDEX 39 (2011), 246; R. PERRUSO, *The development of the doctrine of res communes in medieval and early modern Europe*, en TIJD 1-2 (2002), 69, 93, 72 y nt. (19), 73-74; MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni* cit., 7-9.

²⁶ Y por derecho natural son en verdad comunes á todos estas cosas: el aire, el agua corriente y el mar, y por lo mismo las costas del mar.

²⁷ PLESCIA, *The Roman Law on Waters* cit., 436, 438-439, 447; FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a res communis omnium a bene collettivo* cit., 45.

para el aire, mar, costas y agua corriente, y de públicas para los ríos, que pueden deberse, sin embargo, a la dificultad de integrar las varias opiniones de los juristas en un texto único.²⁸

Para algunos autores, no resulta en algún modo comprobado que los juristas clásicos hayan considerado *res communis omnium* el *aqua profluens* de las aguas que discurrían por las fuentes a través del curso de los torrentes y de los ríos sobre los cuales existían servidumbres de acueducto. Por ello, se cree que la referencia de Marciano tenía que ver exclusivamente con la categoría de los ríos públicos. El texto de este jurista y el de las Instituciones justinianeas, que de aquel deriva, no habrían introducido un principio destinado a regular la condición de todas las aguas fluentes, principio que nunca los juristas romanos clásicos habrían conocido, sino que haría más bien referencia a la posibilidad de parte de cualquier particular de utilizar las aguas de los cursos públicos. La concepción del *aqua profluens* como *res communis omnium*, distinta de la condición jurídica del curso de agua al cual pertenece, se encontraría en contraste con el hecho que mientras para extraer agua de una fuente privada es necesario constituir la servidumbre de *aquae haustus*, para utilizar el agua de un río público es suficiente la constitución de una servidumbre de pasaje. Además, el término *profluens* es traducido por Teófilo (Paraphr. 2.1.1) y Stefano (Bas. 46.3.2 sc. 1) con un término que significa *perennis* y que por lo tanto, si es usado a propósito de cursos de agua, servía para distinguir los públicos de los privados. En fin, las Instituciones Justinianeas, después de haber hecho el elenco de las *res communes omnium*, pasan, en los párrafos sucesivos, a examinarlas más en particular, y, en relación al *aqua profluens* mencionan exclusivamente la categoría de los ríos públicos.²⁹

3.- Defensa del ambiente fluvial y ribereño: interdictos de fluminibus publicis y extensiones labeonianas

Ulpiano, 68 ad ed., D.43.12.1.12, afirma que el Pretor no prohíbe todo lo que se hace en un río público u orilla, sino cuando se hiciera algo que haga peor la estancia en él y la navegación, es decir, en los ríos navegables. Pero asimismo, refiere la opinión de Labeón, quien consideraba que no era injusto que también si en un río no navegable, se hiciera algo de modo que se seque, o se impida la corriente del agua, competa el interdicto útil, con el fin de evitar que se haga violencia para quitar, demoler, limpiar o restablecer a su primer estado

²⁸ PERRUSO, *The development of the doctrine of res communes in medieval and early modern Europe* cit., 75; Según ANKUM, «*Litora maris*» et «*longi temporis praescriptio*» cit., 370, aparentemente se quiso evitar el término *res*. Los *litora maris* tienen características comunes con las *res publicae*, las *res nullius* y las *communia omnium*; para P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990, 74-78, 142-146, de todos modos, la indicación querría hacernos entender que es necesario distinguir entre curso de agua y agua corriente. Es *res commune omnium* el agua que discurre por el río, no el río en sí, el cual como sabemos de otras fuentes es, en cambio, una *res publica*, es decir, un bien perteneciente al *populus*. Sin embargo, el A. no advierte que las fuentes hacen alusión a los ríos también como *res publicae iuris gentium*. El A. mismo resalta, por otra parte, que se habla además de *res communes omnium*, refiriéndose no sólo a los *homines*, sino también a los animales, cosas que por naturaleza no podían ser sustraídas a ninguno. La categoría, correctamente entendida, es decir, referida al *ius gentium* o al *ius naturale*, demuestra claramente que los Romanos tuvieron una concepción no sólo nacional, sino también universal del derecho, junto al derecho de la *civitas* (*ius civile*), estaba también el derecho de todos los hombres (*ius gentium*) y de todos los seres vivos (*ius naturale*). El principio informador era *ubi societas, ibi ius*, siendo la comunidad la fuente del derecho.

²⁹ CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano* cit., 55-57, 68, para el A., dada la creciente importancia que el molino de agua estaba destinado a asumir en los últimos siglos del Imperio, no se comprende tampoco el desinterés testimoniado por la categoría del *aqua profluens* como *res communis omnium* por los juristas y la cancillería imperial. Sobre el agua como *res commune omnium* v. también V. ABELANDA, *El agua como res commune omnium. Interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación* (Buenos Aires, en prensa).

(según arbitrio de hombre bueno) la obra que se haya hecho en el cauce del río o en la orilla por la cual se hizo peor el paso o su corriente:

Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. Sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere 'ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit'.³⁰

Por ello, para algunos autores³¹, de este fragmento resultaría también que Labeón consideraba extendible en vía útil tal interdicto a cualquier río, aún no público y no navegable, contra una vastísima gama de actividades que deterioraran el curso de agua, la recomposición del cual en sede de relativo interdicto restitutorio se indica con las expresiones *tollere demoliri purgare restituere*, entre las que en particular el *purgare* se referiría a la limpieza de las aguas fluviales como tutela de su *salubritas* en el interés de todos. Al contrario, Ulpiano habría adherido a la razón originaria de la intervención pretoria, dirigida solamente a la tutela de la navegabilidad de los ríos públicos al proponer la serie de interdictos citados, salvo la excepción que podría ya el intento del pretor estar dirigido a tutelar, sea más limitadamente de cuanto no entendiese Labeón y tal vez por impulso de su pensamiento, el uso común de los ríos públicos contra el *facere* o el *immittere* por el cual *aliter aqua fluat quam priore aestate fluxit*.

Para otros, simplemente la falta de adjetivación se explica por el hecho que al jurista debía aparecer superfluo repetir *publicum* allí donde toda la discusión argumental giraba entorno al carácter público de los ríos, y al procedimiento del *de fluminibus* que, en cuanto tal, es ejercitable sólo en el caso de los ríos navegables que como es notorio constituyen una especie de la categoría de los ríos públicos. Y el remedio encuentra razón de ser contra la inercia del propietario ribereño que omitiese cumplir el mantenimiento, por ej., de la limpieza del lecho por la acumulación de desechos. Sólo en tal caso Labeón parece admitir al tercero a una forma de autotutela, consintiéndole penetrar en el fundo en el cual se encontrase la causa a remover sin que el propietario pudiese cumplir con daño suyo actos de impedimento. La *purgatio* de la cual habla Labeón se referiría entonces, como todas las definiciones de *purgare* presentes en los comentarios *ad edictum*, salvo ciertas diferencias debido al diverso contexto, a la remoción de los desechos pero no a la descontaminación de los lugares.³²

³⁰ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Mas el Pretor no prohíbe todo lo que se hace en un río público o en la orilla, sino si se hiciera algo por lo que se hagan peores la estancia en el río y la navegación. Luego este interdicto se refiere solamente a los ríos públicos, que son navegables, y no se refiere a los demás. Pero escribe Labeon, que no es injusto que también si en río, que no sea navegable, se hiciera algo de modo que se seque, o se impida la corriente de agua, competa el interdicto útil, para que no se haga violencia a uno para que pueda quitar, demoler, limpiar, o restablecer en su primer estado, a arbitrio de hombre bueno, la obra que se haya hecho en el cauce del río o en la orilla de modo de que se haga peor el paso, o la corriente del río.

³¹ A. DI PORTO, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. I. Acque*, en BIDR 91 (1988), 568-569. Asimismo, ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur (D. 43.12.1pr.)* cit., 220-223, Ulpiano no pretende desconectarse de esta posible extensión en sentido amplio, pero tampoco parece querer distanciarse totalmente de la previsión pretoria inicial, de lo que se podría deducir la tendencia labeoniana –apoyada en parte por Ulpiano– a evidenciar las lagunas de la disciplina interdictal.

³² Para M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque* en INDEX 34 (2006), 369-370, sería necesario distinguir, por lo tanto, las causas de simple obstrucción debida al depósito de materiales inertes, como limo y basura, de aquellas que provocan alteraciones químicas o

El Pretor prohíbe, además, que se impidan reparaciones a través de obras en un río público o en su orilla, sea para proteger la orilla o su campo, que está cerca de la orilla con tal que con ella no se haga peor su navegación, si se dio caución o fianza de daño que amenazara, por diez años, según arbitrio de hombre bueno, o si en él no consiste que no se de caución o fianza, cfr. **Ulp., 68 ad ed., D.43.15.1pr.:**

Praetor ait: 'Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdetur, vim fieri veto'.³³

Y **Ulp., 68 ad ed., D.43.12.1.17-19**, refiere la misma opinión de Labeón también respecto al mar y sus costas y a los ríos públicos no navegables:

17. *Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: 'ne quid in mari invelitore' 'quo portus, statio iterve navigio deterius fiat'*.

18. *Sed et si in flumine publico, non tamen navigabili fiat, idem putat*.³⁴

Es decir que si se perjudica el *usus publicus* por cualquier tipo de obra o por una inmisión que entorpezca el tránsito de las naves, la estancia o la utilización del puerto, el jurista augusto no duda en señalar la aplicabilidad del interdicto. En ello, las diferencias de régimen entre los ríos públicos en su conjunto, el mar y sus costas, respecto a la libertad de uso, y la supuesta necesidad de autorización preventiva para los actos que excedan del uso normal, podrían parecer menos sustanciales, o incluso, más aparentes que reales, resultando incuestionable que la búsqueda del aprovechamiento y conservación de los ríos públicos y de los mares, persevera en los juristas. Por otra parte, parece más aceptable que cualquiera pueda

bacteriales. Los antiguos no disponían de los instrumentos de conocimiento aptos para combatir los peligros inherentes a éstos últimos, si bien, sobre el plano empírico, supiesen que, por ej., el plomo era peligroso para el agua conducida en las tuberías, tanto que Vitr. 8.6.10-11, describiendo el colorido pálido de los *artifices plumbarii*, justamente relacionado con una sintomatología de envenenamiento de inhalación de vapores de plomo, aconsejaba el uso de *tubuli* de terracota, que conducían agua mucho más salubre de aquella conducida en *fistulae* de plomo. En cuanto a las otras formas de contaminación, surge la duda que los Romanos hayan tenido que ver alguna vez con ellas, y, en todo caso, parece al A. haber demostrado que, allí donde los textos jurídicos hablan de *purgare*, se refieren constantemente a la obra de liberación de las alcantarillas y de los canales de las obstrucciones provocadas por los aportes inertes o por los desechos descargados. Para ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43.12.1pr.) cit., 217-218, 226-227, 237, es claro, sin embargo, que la navegabilidad de los ríos no es requisito determinante para establecer la publicidad de ellos, aunque la actividad protegida principalmente sea también sin dudas la navegación. En cuanto a las orillas, son públicas en cuanto al uso, pero pueden pertenecer a los ribereños, por lo tanto, pueden ser públicas o privadas, pero se considerarán siempre destinadas al uso público, especialmente cuando formen parte de un río público. En fin, la reflexión jurídica romana parece mantener con trazos firmes y seguros la publicidad del cauce de un río público, y expone con suficiente claridad que si el río abandona su álveo iniciando su recorrido por otro nuevo, lo que se realice en el cauce anterior no estará sujeto a este interdicto, pues ciertamente deja de ser público, cfr. Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.7.

³³ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, Libro LXVIII*. - Dice el Pretor: Vedo que se haga violencia para que a uno no le sea lícito hacer obra en río público o en su orilla para proteger la orilla o un campo, que está cerca de la orilla, con tal que con ella no se haga peor la navegación, si se te dio caución o fianza a arbitrio de hombre bueno.

³⁴ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. 17. Si en el mar se hiciera alguna cosa, dice Labeon que compete este interdicto; "no se haga en el mar, o en el litoral, alguna cosa por la que se deteriore para las embarcaciones el puerto, la estancia o el paso". 18. Pero lo mismo opina también si se hiciera en río público, pero no navegable.

solicitar el interdicto, sin que necesariamente haya sido objeto de un perjuicio efectivo, contra toda persona que haya perjudicado la navegación o la estancia, y a la legitimación popular activa hace pensar la ausencia de referencia en la fórmula edictal de la persona idónea para la posible reclamación. En cuanto a la legitimación pasiva, en el interdicto restitutorio se amplía desde el autor inicial, hasta aquel que mantiene los obstáculos específicos.³⁵

Para algunos autores, no existe en estos textos un mínimo punto de apoyo para poder insertar en la noción de *facere e immittere* perjudiciales a la navegabilidad marina aquella de *contaminare*. Aunque en abstracto no se puede excluir que la *contaminatio* pudiese ser vista como forma posible de *immissio*, la circunstancia que por un lado el texto calla completamente sobre el punto, y por el otro los juristas no hacen alguna referencia en propósito, hace surgir fundadas dudas sobre el hecho que los Romanos (el pretor, los juristas, la praxis) hayan debatido sobre el problema.³⁶ Otros, creen que con tal grupo de intervenciones edictales se tendría en miras en particular la navegabilidad de los ríos con fines de lucro, y sólo marginalmente la *salubritas* de las aguas, ella se calificaría en términos modernos como un mero interés indirectamente protegido.³⁷

El par. 19. contiene, por su parte, el interdicto restitutorio respecto a los ríos públicos y sus orillas:

*Deinde ait praetor: 'Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas'.*³⁸

También en **Ulp., 68 ad ed., D.43.13.1pr., 1**, se encuentra el interdicto prohibitorio referido específicamente al cambio de corriente del agua estival, en caso de que se haga o introduzca algo en un río público o en su orilla; ello así, con el objeto de que no mengüen los ríos con derivaciones no concedidas, o que cambiado el cauce no se causen perjuicios a los vecinos:

Ait praetor: 'In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto'.

*1.Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina excrescant vel mutatus alveus vicinis iniuriam aliquam adferat.*³⁹

³⁵ ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43.12.1pr.) cit., 252, 254-255, 260.

³⁶ FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque* cit., 372.

³⁷ Según F. LAMBERTI, *Lecture. «Principio Responsabilità» a Roma?*, en LABEO 45 (1999), 130-131, al igual que hoy donde las únicas modificaciones sensibles fueron impuestas por obra de la Comunidad Europea, pero no en los singulares Estados, por ello, auspicia un cambio de mentalidad, y una inversión de tendencia, respecto al comportamiento heredado, en tal campo, de los romanos. Ello se impone, sobre todo dado el cambio de las condiciones históricas y tecnológicas, por ello el «principio responsabilidad» debe ser destinado a informar, en el futuro, las opciones del legislador nacional en campo ambiental.

³⁸ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. 19. Después dice el Pretor: “Restablece en su primer estado lo que se haga en un río público o en su orilla, o lo que en este río o en su orilla tienes introducido, por lo que sea o se haga peor para las embarcaciones la estancia o el paso”.

³⁹ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Dice el Pretor: “Vedo hacer en río público o en su orilla, o introducir en este río o en su orilla, cosa por la que corra el agua de otro modo que como corrió en el anterior estío”. 1. Con este interdicto proveyó el Pretor a que no mengüen los ríos con derivaciones no concedidas, o a que cambiado el cauce no se cause perjuicio alguno a los vecinos.

Ulp., 68 ad ed., D.43.13.1.2, aclara que este interdicto se refiere a los ríos públicos navegables o no, con lo cual recoge la anterior opinión de Labeón como si fuera una opinión consolidada:

*Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt sive non sunt.*⁴⁰

Asimismo, en **Ulp., 68 ad ed., D.43.12.1pr., 1**, se encuentra por un lado el interdicto prohibitorio de aquello que pueda hacerse o introducirse en río público o en su orilla, por la cual se haga peor para las naves la estancia o el paso, y por otro lado, describe el significado de la palabra “Río”, que se distingue del arroyo por su magnitud o por la apreciación de los habitantes de los alrededores:

Ait praetor: ‘Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat’.

*1.Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium.*⁴¹

Este interdicto, como indica el mismo Ulpiano, no tendrá eficacia en relación a los ríos privados, que no presentan diferencias sustanciales respecto a los demás lugares privados, repeticiones ulpianas que encuentran acogida también cuando comenta el interdicto *ut in flumine publico navigare liceat* (D. 43.14.1.2⁴²). Ello también atestigua, por ende, la existencia de ríos públicos y privados y un régimen de defensa diferente. Resulta significativa, además, la necesidad que sintieron los Romanos de añadir el adjetivo *publicum* al término sustantivo *flumen*, cuando querían hablar de ríos públicos. Por otra parte, la distinción entre arroyos y ríos por el tamaño o magnitud y la estimación de los vecinos, es una abstracción que a algunos parece demasiado compleja, y podría incluso dar demasiado margen a los posibles intereses privados si los consideramos como criterios absolutamente definitivos, aunque se encuadra bien en las previsiones de la jurisprudencia clásica, que tiende a deducir el criterio de la publicidad de la naturaleza física de los cursos de agua integrada por la valoración social, o los que tuvieran reconocida tal cualidad en función de las especiales circunstancias geográficas o singular valoración social. No se descarta tampoco una posible evolución dubitativa de Ulpiano al respecto. De todos modos, no es una definición, para algunos autores, que nos permita comprender mejor el alcance efectivo de las dos figuras de río público y río privado, para distinguir claramente el campo aplicativo al cual se extiende el interdicto, y la adecuada misión protectora del uso colectivo de los ríos públicos. La diferencia entre arroyos y torrentes, no significa por lo demás, que todos los torrentes sean privados; y la distinción tiene importancia exclusivamente en relación al interdicto que Ulpiano comenta en esta sede, ya que al servir para proteger la navegación, no parece demasiado lógico que se introduzcan cursos de agua más pequeños por no reunir las condiciones idóneas para la misma. Por otra parte, el criterio de la perennidad no es suficiente por sí sólo para determinar la publicidad de un curso de agua, pues no todo curso de agua perenne como tal es público, es preciso entonces que se trate de un curso de agua considerable. El fragmento proporcionaría una prueba convincente de que los *rivi* perennes

⁴⁰ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Mas se refiere a los ríos públicos, ya si son navegables, ya si no lo son.

⁴¹ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Dice el Pretor: “No hagas en río público o en su orilla, ni introduzcas en río público ni en su orilla, cosa alguna por la cual se haga peor para las naves la estancia o el paso”. 1. El “Río” se ha de distinguir del arroyo por su magnitud, o por la apreciación de los habitantes de los alrededores.

⁴² ULPIANUS libro sexagesimo octavo ad edictum. Si privata sunt supra scripta, interdictum cessat.

constituyen solamente una subespecie de los *flumina publica*, jurídicamente no bien distinguida por los romanos.⁴³

En fin, también en **Ulp., 68 ad ed., D.43.13.1.11**, se encuentra el interdicto restitutorio por aquello que se hubiera hecho o introducido en río público o en su orilla, por causa de lo cual el agua corriere de otro modo respecto al anterior estío:

Deinde ait praetor: 'Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in flumen ripamve eius immisum habes, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, restituas'.⁴⁴

Algunos autores notan la amplitud de la previsión labeoniana también en estos interdictos, más allá del hecho que ella se refiera sólo a los ríos públicos o también a los privados y, sobre lo cual no hay dudas, a los ríos navegables y a los no navegables. Ello así, porque referirse a un *opus*, hecho *in alveo fluminis ripave*, que vuelva *deterior* el *iter cursus fluminis*, significaría tomar en consideración un catálogo amplísimo de posibilidades de daño del río, respecto al cual las dos hipótesis formuladas en la inicial perspectiva del caso – *exarescere* y *aquae cursus impediri* – representan no más que dos casos indicados a título de ejemplo. Por lo demás, el elenco de las actividades protegidas por el interdicto para la recomposición del *iter cursus fluminis* vuelto *deterior*, ello es *tollere demoliri purgare restituere*, confirmaría la amplitud del citado catálogo. La mención del *purgare* revelaría un ámbito de aplicación del interdicto, configurado por Labeón, que comprende también aquellas obras que, en un modo u otro, producen –en sentido lato– la contaminación del río. Previsión que se inserta perfectamente en el ámbito de un diseño complejo del jurisconsulto augusteo dirigido a la tutela de la *salubritas*, que parece abarcar toda posible forma de daño de los ríos y, tal vez también de los privados, o de los *flumina non mediocria* que discurren sobre fundos pertenecientes a un diverso propietario. Pero además, al fondo de la previsión

⁴³ ALBURQUERQUE, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43.12.1pr.) cit., 204-205 y nt. (32), 208-209 y nt. (49), 210-211 y nt. (50), 241-247, 250, v. también D. 43.12.1.19; 43.12.1pr.; 43.13.1pr.; 43.13.1.11; 43.14.1pr.; 43.15.1pr. Las orillas de los ríos públicos se caracterizan más por la disposición al uso común que por su publicidad. El carácter público o privado de las orillas, representa una de las grandes polémicas doctrinales, pero una larga tradición jurídica ha entendido su especial función como necesaria para su uso general. Lab. 6 pith. a Paul. Epit., D. 41.1.65.1, es determinante en cuanto a la publicidad de las orillas de los ríos perennes, pero Ulp. 52 ad ed., D. 39.1.1.1, para demostrar la inaplicabilidad del edicto de obra nueva cuando la obra ya había sido terminada, detalla los instrumentos válidos a los que habrá que recurrir para subsanar esta imposibilidad, refiriéndose tanto al interdicto restitutorio *quod vi aut clam*, como al interdicto de lo hecho en lugar sagrado o religioso y el interdicto de lo hecho en río o ribera públicos. De aquí la relativa publicidad de las orillas se infiere, ya que Ulpiano se remite al interdicto sobre lo que se haya hecho en río público o en ribera pública. Entre los textos que reconocen la propiedad privada de las orillas, o bien destacan su publicidad exclusivamente respecto al *usus publicus*, es decir, que continúan perteneciendo a los ribereños, aunque estén sujetas al uso común, se encuentra Gai, 2 *Rer. Cott. Aur.*, D. 1.8.5, quien destaca la publicidad de las orillas por derecho de gentes, con el mismo argumento que el criterio utilizado para determinar la publicidad de los ríos. Asimismo, en I. 2.1.5, se reconoce el *usus publicus* por derecho de gentes de las costas como del mar. La propiedad privada de las orillas se presupone en numerosos textos (cuando son de naturaleza privada los fundos adyacentes al río público), si bien, la limitación parcial a esta propiedad privada la determina, por motivos de utilidad pública, el uso normal reconocido a todos los ciudadanos para el desempeño de todas las actividades propias de la navegación, que tendrá que soportar el propietario del terreno si no quiere verse sometido a las previsiones interdictales referidas. Por lo tanto, el agua corriente del río es una *res communis omnium*; el cauce del río es público, como el suelo romano de dominio público, pero está completamente sujeto al uso público; las orillas pueden ser privadas, pero totalmente disponibles para el uso público; el río, en su conjunto, es una *res publica*, pero *iuris gentium*.

⁴⁴ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Después dice el Pretor: “*Restablece a su primer estado lo que en río público o en su orilla tienes hecho, o lo que en el río o en su orilla tienes introducido, si por causa de esto el agua corre de otro modo que como corrió en el anterior estío*”.

labeoniana parecería situarse la defensa del estado de los ríos. Se podrá decir que el jurista con el interdicto en examen entiende tutelar el uso común de los ríos, lo cual es cierto, pero está configurado de un modo tal que el uso común no debe volver *deterior* el *iter cursus fluminis*, porque de lo contrario cae bajo la aplicación del interdicto mismo. Por lo tanto, sería el río, su estado natural, o el ambiente fluvial el que resultaría tutelado en definitiva. Todo ello, más allá de una esquemática relación de causa (Labeón) y efecto (pretor), en el cuadro de un complejo proceso dialéctico entre jurisprudencia y edicto del pretor en el período entre tardía república y principios del imperio, hasta el momento en el cual se agotará el impulso creativo del mismo edicto.⁴⁵

3.1.- *Operis novi nuntiatio*

Cfr. afirma Ulpiano, **52 ad ed., D.39.1.1.1, 11-12**, el remedio del Edicto y denuncia de obra nueva se establecieron contra las obras futuras, no contra las hechas, es decir, contra las que aún no se hicieron, para que no se hagan. Por otro lado, se considera que hace una obra nueva el que o edificando, o demoliendo algo, muda su primitivo aspecto, y no se refiere a todas las obras, sino sólo a aquellas que están unidas al suelo, cuya edificación, o demolición comprende una obra nueva. Por lo tanto, se determinó, que si alguno hiciera sioga, o cortara un árbol, o podara una viña, aunque hace una obra, no se comprende, sin embargo, en este Edicto, porque él se refiere a las obras que se hacen en el suelo:

1. Hoc autem edictum remediumque operis novi nuntiationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant: nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nuntiatione et erit transeundum ad interdictum 'quod vi aut clam factum erit ut restituatur', et 'quod in loco sacro religiosove' et 'quod in flumine publico ripave publica factum erit': nam his interdictis restituatur, si quid illicite factum est.

11. Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat.

*12. Hoc autem edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae solo coniuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam opus faciat, tamen ad hoc edictum non pertinere, quia ad ea opera, quae in solo fiunt, pertinet hoc edictum.*⁴⁶

⁴⁵ DI PORTO, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. I. Acque cit.*, 565-570. Asimismo, MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni cit.*, 32-33, quien afirma que objeto de estos interdictos, como fácilmente se nota, es siempre el estado del río, mientras la *ratio* es aquella de no provocar un daño a la navegación. Sin embargo, es claro para el A. que no es posible partir de la destinación al uso público y de la tutela interdictal para afirmar la existencia de las *res publicae* en general y de las *res communes omnium* en particular, sino de la originaria pertenencia del territorio al *populus*, sobre cuya base surge la Comunidad política, que debe extraerse el criterio para la individualización de las *res publicae*.

⁴⁶ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LII*. 1. Mas se estableció este Edicto y este remedio de la denuncia de obra nueva contra las obras futuras, no contra las hechas, esto es, contra las que aún no se hicieron, para que no se hagan; porque si se hubiere hecho alguna obra que no se debió hacer, deja de tener lugar el Edicto de denuncia de obra nueva, y se habrá de recurrir al interdicto de lo que se hubiere hecho violenta o clandestinamente, para que se vuelva al anterior estado, o al de lo que se hubiere hecho en lugar sagrado o religioso, o al de lo que en río público, o en ribera pública; porque con estos interdictos se repondrá a su estado lo que se haya hecho ilícitamente. 11. Se considera que hace una obra nueva el que o edificando, o demoliendo algo, muda el primitivo aspecto de la obra. 12. Mas este edicto no comprende todas las obras, sino aquellas solas que están unidas al suelo, cuya edificación, o demolición parece que comprende una obra nueva. Y por lo tanto

Es considerado *opus novum*, por ende, toda alteración o modificación de la fisonomía originaria de los lugares, fuese ella una construcción, o bien una simple ampliación de una obra ya existente o una demolición, también parcial.⁴⁷ No lo es, la provisión de apoyos a un viejo edificio que amenaza el colapso. La denuncia de nueva obra sirve, básicamente, para asegurar al propietario contra obras edificadas en un fundo vecino del cual éste pueda temer un daño⁴⁸, pero la consideración del interés del vecino se tenía en cuenta sólo sucesivamente a la satisfacción del interés de la colectividad a que fuese preservada la estética de la ciudad y, sobre todo, salvaguardada la incolumidad pública.⁴⁹

Además, la denuncia se hace, no sólo para conservar un derecho privado, o para alejar un perjuicio, sino también para defender un derecho público. Quien denuncia lo hace porque tiene un derecho para prohibir, o para que por el daño que amenace se de caución por el que en un lugar público o privado emprende alguna obra, o si se hiciere alguna cosa contra las leyes o los edictos de los Príncipes, que se dieron respecto a la forma de los edificios, o en lugar sagrado, o religioso, o público, o en la ribera de un río, por cuyas causas se dan también los interdictos, cfr. **Ulp., 52 ad ed., D.39.1.1.16-18:**

16. Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia.

17. Nuntiamus autem, quia ius aliquid prohibendi habemus: vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur: aut si quid contra leges edictave principum. Quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro vel in loco religioso, vel in publico ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur.

*18. Quod si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit: si quis igitur velit ibi aedificantem prohibere, nullo iure prohibet, neque opus novum nuntiare nisi ex una causa potest, si forte damni infecti velit sibi caveri.*⁵⁰

se determinó, que si alguno hiciera sioga, o cortara un árbol, o podara una viña, aunque hace una obra, no se comprende, sin embargo, en este Edicto, porque este Edicto se refiere a las obras que se hacen en el suelo.

⁴⁷ F. FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'«operis novi nuntiatio»* en LABEO 45 (1999), 42-43 y nt. (11).

⁴⁸ FIORENTINI, *Struttura ed esercizio della servitù d'acqua* cit., 178, sin embargo, Ulpiano en D. 39.1.5.12 (52 ad ed.), recuerda una excepción, referida a dos exigencias contrapuestas: aquella del propietario que se siente amenazado por la próxima ejecución de la obra, y desea servirse de la denuncia de nueva obra, y aquella del sujeto que se dispone a erigir una obra para evitar un peligro inminente. Entre las dos pretensiones, la preferencia debe ser medida caso por caso, con una prudente valoración empírica, sobre cuál de las dos exigencias tenga más título para ser valorizada, allí cuando una *dilatatio* de la construcción de la obra produzca el riesgo de generar un peligro a cargo del constructor, la *nuntiatio* puede tranquilamente ser dejada de lado. En este caso, el denunciante podrá pedir un interdicto, y en sede de proceso interdicial (al cual Ulpiano se refiere afirmando que *apud iudicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet*) el punto a probar será precisamente la urgencia de la obra. Diverso es cuando el interés público prevalece sobre el privado, en caso de *refectio* de un canal o drenaje, cfr. D. 39.1.5.11.

⁴⁹ FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'«operis novi nuntiatio»* cit., 44.

⁵⁰ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII.*- 16. La denuncia se hace, ó para conservar un derecho nuestro, ó para alejar un perjuicio ó para defender un derecho público. 17.- Pero denunciarnos, porque tenemos algún derecho para prohibir, ó para que el daño que amenaza se nos dé caución por el que acaso en un lugar público ó en otro privado emprende alguna obra, ó si se hiciere alguna cosa contra las leyes ó los edictos de los Príncipes, que se dieron respecto a la forma de los edificios, ó en lugar sagrado, ó religioso, ó público, ó en la ribera de un río, por cuyas causas se dan también los interdictos. 18.- Pero si alguno edificara en el mar o en la orilla, aunque no edifique en lo suyo, lo hace sin embargo, suyo por el derecho de gentes. Así, púes si alguno quisiera prohibirle que edifique allí; no se lo prohíbe con derecho alguno; y no puede denunciar la obra nueva sino por una sola causa, si acaso quisiera que se le diese caución por daño que le amenace. Cfr.

Habría bastado, por ende, la realización de una de las dos condiciones para hacer posible el ejercicio del remedio. Si la matriz común que conecta la *nuntiatio publica* a aquella *conservandi causa* comporta inevitablemente la aún parcial coincidencia de las respectivas disciplinas, precisamente el interés público protegido en el caso en examen figura como factor discriminante respecto a las otras *causae nuntiationis*.⁵¹

Es más, si se hiciera alguna obra nueva en un lugar público, todos los ciudadanos pueden denunciarla, cfr. **Ulp., 52 ad ed., D.39.1.3.4:**

Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt.⁵²

Ello así, porque, según Paulo, importa a la República admitir a muchísimos para defender su causa:

Paul., 48 ad ed., D.39.1.4 *nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causammittere*.⁵³

Lo que parecería admitir además la posibilidad, tal vez, de una denuncia colectiva en estos casos.

3.2.- *Cautio damni infecti*

Asimismo, según **Ulp., 53 ad ed., D.39.2.7pr.**, el Pretor sostuvo que mandará prometer en nombre propio, o que en nombre de otro se dé fianza por el daño que amenaza. Si la obra se hiciera en río público o ribera, la fianza será de diez años:

Praetor ait: 'damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto

ANKUM, «*Litora maris*» et «*longi temporis praescriptio*» cit., 367, los juristas hacen una interpretación extensiva de este pasaje hacia aquel que quiere hacer construcciones sobre los *litora maris*, según Ulpiano. L. PELLECCHI, *Contributi palinogenetici allo studio dell'operis novi nuntiatio*, en SDHI 68 (2002), 180-181, de aquí (fr. 17) extrae también la conexión entre *conceptio* personalizada y obras hechas en lugares no de propiedad del denunciado. Una vez personalizada la caución, relacionando el *opus* a restituir al hecho del promitente, debía aparecer oportuno contemplar también el hecho del heredero, de modo que al denunciante fuese asegurada la posibilidad de accionar directamente *ex stipulatu* en relación a las construcciones realizadas o continuadas en el fundo denunciado después de la muerte del promitente.

⁵¹ Sobre el rol no marginal desarrollado en edad clásica por la *nuntiatio publica*, v. P. SANTINI, «*Operis novi nuntiatio*» e *interesse pubblico*, en INDEX 30 (2002), 431-432, 434-436; F. SITZIA, *Rec. a Gianni Santucci, Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Cedam, Padova 2001, pp. 170, en SDHI 69 (2003), 685, 687, 688; y G. FALCONE, *Rec. a Santucci G., Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia [Pubblicazioni del Dipartimento di scienze giuridiche Università di Trento, 34]* (Padova, Cedam, 2001) p. XII + 170, 378-384.

⁵² ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LII*.- Si se hiciera alguna en un lugar público, todos los ciudadanos pueden denunciar la obra nueva.

⁵³ PAULO; *Comentarios al Edicto, libro XLVIII*.- porque le importa a la república admitir a muchísimos para defender su causa.

meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine satisfabitur, eum, cui non satisfabitur, simul in possessione esse iubebo.

4.- Referencias a interdictos sobre los lagos

Existen asimismo en las fuentes jurídicas romanas, algunas referencias a interdictos para defender el buen estado y acceso a los lagos. Dentro de éstos, el Pretor daba o interponía un interdicto para que sea lícito navegar por lago, canal, o estanque público, cfr. **Ulp., 68 ad ed., D.43.14.1pr.:**

Praetor ait: 'Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam'.⁵⁴

Está presente también un interdicto prohibitorio que veda la violencia para la limpieza y restauración de fuentes (con extensión, parecería, también a los *putei, lacus* y *piscinae*⁵⁵), con el fin de contener el agua y usar de ella de acuerdo al modo como se usó durante ese año, teniendo derecho para ello, es decir, sin violencia, clandestinidad o precariedad, cfr. **Ulp., 70 ad ed., D.43.22.1.6:**

Deinde ait praetor: 'Quo minus fontem, quo de agitur, purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto'.⁵⁶

Sólo a través de una interpretación jurisprudencial se habría afirmado la extensión del interdicto en cuestión, cfr. **Ulp. 70 ad ed., D.43.22.1.10:** *Sed et de lacu* (lago como fuente alimentada de aguas vivas, incluso de los acueductos públicos que por lo general fluían hacia ellos y que podían ser usados por los particulares para extraer agua) *puteo piscina* (de aguas sea naturales que artificiales destinadas en general como abrevadero de los animales) *reficiendis purgandis hoc interdictum competit*.⁵⁷

Por último, **Ulp., 70 ad ed., D.43.21.3pr, 3-5**, nos refiere que Servio escribió que si alguien hiciera alguna obra con la que mejor conserve el agua, o la contenga, no se le impide impunemente, aunque Ulpiano opina lo contrario si se tratara de galería cubierta, porque allí debería demostrarse mayor utilidad de su adversario. Asimismo, si el agua fuese conducida a un lago, y de allí fuera llevada por muchos acueductos, tendrá este interdicto útil el que quiera reparar el mismo lago, así sean acequias que se hallen establecidas en terreno público o privado, de agua caliente o fría:

⁵⁴ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII.*- Dice el Pretor: “Vedo que se le haga a uno violencia para que no le sea lícito conducir nave o barca por río público, o cargarla o descargarla en la orilla. También interpondré interdicto para que sea lícito navegar por lago, canal, ó estanque público”.

⁵⁵ A. BURDESE, *Tutela privatistica del ambiente e diritto romano*, en *Rivista di Diritto Civile* 35 (1989), 509.

⁵⁶ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXX.* Después dice el pretor: “vedo que se haga violencia para que no limpies y restaures la fuente de que se trata, para que puedas contener el agua y usar de ella, con tal que no uses de ella de otro modo que como usaste en este año, ni violenta, ni clandestinamente, ni en precario”.

⁵⁷ Así CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano* cit., 124.

Servius autem scribit aliter duci aquam, quae ante per specus ducta est, si nunc per apertum ducatur: nam si operis aliquid faciat quis, quo magis aquam conservet vel contineat, non impune prohiberi. Ego et in specu contra, si non maior utilitas versetur adversarii.

3. *Si aqua in unum lacum conducatur et inde per plures ductus ducatur, hoc interdictum utile erit volenti reficere ipsum lacum.*

4. *Hoc interdictum ad omnes rivus pertinet, sive in publico sive in privato sint constituti.*

5. *Sed et si calidae aquae rivus sit, de hoc reficiendo competit interdictum.*⁵⁸

El *lacus* del cual habla el paso no es, sin embargo, verosímilmente, un lago natural, sino una cuenca de recolección de las aguas. El sistema al cual alude el texto prevé un único canal aductor, que alimenta la recolección, del cual se desprenden luego los canales derivadores que conducen el agua hacia cada uno de los usuarios. Parecería poder desumirse que la cuenca pertenece a todos los usuarios, uno de los cuales decide, por su propia iniciativa, realizar actos de conservación. La razón por la cual le son opuestos actos de *prohibitio* depende probablemente de la necesidad de vaciar la cuenca, lo que provocaría, como consecuencia inevitable, la falta de aprovisionamiento hídrico de los otros usuarios (se trataría entonces de un caso de acceso al agua más que de conservación). No obstante este prejuicio, Ulpiano se pronuncia sin duda alguna en el sentido de la ilicitud de la *vis*, que por lo tanto podrá ser inhibida con el interdicto.⁵⁹

5.- Algunos casos actuales en Argentina y la reforma del Código Civil

En Argentina, el art. 2639 del Código Civil vigente, establece que los propietarios limítrofes con ríos o canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar un camino público de 35 metros hasta la orilla y que no pueden intervenir en ese espacio: “Los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna”. No obstante, actualmente está costando mucho sacrificio que los privados cumplan con el libre tránsito existente de costas de ríos, arroyos y lagos, sobre todo en la Patagonia. La costa este del lago Nahuel Huapi, en Bariloche, es una franja de 25 km sembrada de obstáculos que luce cada vez más fragmentada por propiedades que avanzan sobre las playas. Los dueños construyen muelles, rellenan sin permiso y bloquean el paso con alambres o barreras naturales. Los controles parecen ineficaces.⁶⁰

⁵⁸ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXX*. Mas escribe Servio, que se conduce de otro modo el agua, que antes fue conducida por galería cubierta, si ahora fuese conducida por otra abierta; pero si uno hiciera alguna obra con la que mejor conserve el agua, o la contenga, no se le impide impunemente; yo aun tratándose de galería cubierta opino al contrario, si no mediara mayor utilidad de su adversario. 3. Si el agua fuese conducida a un lago, y de allí fuera llevada por muchos acueductos, tendrá este interdicto útil el que quiera reparar el mismo lago. 4. Este interdicto es pertinente para todas las acequias, ya se hallen establecidas en terreno público, ya en privado. 5. Pero aunque la acequia sea de agua caliente, compete este interdicto para repararla.

⁵⁹ FIORENTINI, *Struttura ed esercizio della servitù d'acqua* cit., 166.

⁶⁰ V. G. SANCHEZ, *El acceso a las costas de ríos y lagos, cada vez más restringido*, en *Clarín*, domingo 23 de septiembre de 2012, 44.

Por otra parte, existen al menos 19 acciones judiciales contra privados que edificaron sobre la costa hoteles o casas lujosas. De las 99 bajadas públicas al espejo de agua, más de la mitad están bloqueadas. Existen mega casas en construcción que parecen posarse casi sobre el agua, por encima de la línea de ribera que determina la frontera entre lo público y lo privado. Incluso, está casi naturalizada la costumbre que los pobladores deben pedir permiso a condominios privados para llegar hasta la orilla del lago o de los ríos, y a tener que abrir tranqueras o cruzar alambrados para llegar a la orilla. Es más, se han cercado playas, que antes todos usaban.⁶¹

Todo ello ha recreado un escenario de naturaleza cercada que ha planteado otro interrogante y debate de fondo acerca del uso que hacen del recurso acuífero los que controlan el acceso. En Esquel, por ejemplo, se espera desde hace más de un año que el municipio convierta en ordenanza un proyecto para proteger el libre acceso a las costas. Ello así, debido a que son muy conocidas las restricciones que impone la multinacional Benetton al libre acceso al río Chubut. Su propiedad ocupa casi la cuarta parte del curso de ese río, el más importante de la Provincia. Y en fin, sucedió también lamentablemente un caso trágico en Argentina, ya que un chico fue asesinado por el guardia de un complejo de cabañas mientras pescaba en las costas de un río “privatizado” de San Martín de los Andes.⁶²

En razón de lo expuesto, ha causado una gran polémica el proyecto de reforma del Código Civil Argentino en marcha, que en su art. 1974 reduce 20 metros el espacio de costas libres, al disponer que el dueño de un inmueble colindante con orillas de cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho. Se trataría del regreso a la medida del “camino de sirga”, algo que estaba en desuso. Pero se observa que ello produciría un perjuicio para la naturaleza y una restricción mayor a que la gente pueda hacer uso de un bien común. Esos 35m son un corredor biológico que garantiza la conservación de la biodiversidad, y con la reducción habrá un beneficio extra para los propietarios ya que antes no podían intervenir en ese espacio. Éste les pertenecía, pero debían dejar libre el camino público, es decir que pesaba sobre ellos una restricción al dominio y era ilegal edificar en esa zona. Con la modificación de este aspecto del Código, se teme que podrán cercar más el recurso natural y crear mayores dificultades para acceder a éste, lo que ya sucede de hecho, como fue visto, en muchos lagos y ríos del país.⁶³

La riqueza natural de estos bienes comunes, tiene un gran impacto social y es fundamental para el buen vivir de las personas, por lo tanto, se sostiene que el Código debe garantizar el libre acceso, el uso responsable, satisfacer el goce y uso de interés general y el cuidado del mismo. El art. 2369 del Código Civil vigente, es considerado como una norma que garantiza el acceso público a cursos de agua y que presta beneficios al mantenimiento de la biodiversidad. Este camino público cumple una misión clave para preservar ecosistemas costeros y garantizar la libre circulación y el acceso a bienes públicos como ríos y lagos. En el nuevo proyecto, sólo los dueños de terrenos colindantes podrán acceder y gozar de las costas, porque además se suprime el carácter de “camino público” de la franja de tierra, lo que anularía la posibilidad de acceder.⁶⁴

En consecuencia, se ha considerado que el proceso de reforma del Código Civil Argentino debería estar impregnado por el derecho ambiental. No sólo en mayores

⁶¹ SANCHEZ, *El acceso a las costas de ríos y lagos, cada vez más restringido* cit., 44.

⁶² SANCHEZ, *El acceso a las costas de ríos y lagos, cada vez más restringido* cit., 44-45.

⁶³ SANCHEZ, *El acceso a las costas de ríos y lagos, cada vez más restringido* cit., 44-45.

⁶⁴ E. VIALE, *Desmercantilizar la naturaleza*, en *Clarín*, domingo 23 de septiembre de 2012, 45.

restricciones al dominio, atendiendo a la función ambiental de la propiedad, sino con normas que lleven a la desmercantilización de la naturaleza. Frente a la tendencia de “privatizar” la naturaleza hasta lugares impensados, está tomando cada vez más fuerza la transición del concepto de “recursos naturales” al de “bienes comunes”. Ello garantizaría su real y pleno goce colectivo, y que ni los particulares ni los Estados tuvieran jurisdicción plena sobre ellos.⁶⁵

6.- Conclusiones

Es claro que para los Romanos casi todos los ríos y riberas eran públicos. Lo eran sobre todo aquellos de gran envergadura, por su magnitud o abundancia de sus aguas, por la perennidad de ellas, y por la valoración económico-social y apreciación de los habitantes que los necesitaban para satisfacer sus necesidades esenciales. En cuanto a las riberas, también podían ser públicas o privadas, pero se debía respetar su uso público o común *iuris gentium* así como su conservación.

En defensa de todo ello, existían, como fue visto, una serie de interdictos prohibitorios y restitutorios, así como la posibilidad de denunciar una obra nueva exigiendo a su vez una caución por el daño temido, y la existencia de una legitimación popular.

En cuanto a la acción de injurias, si bien se estableció que en lago de dominio privado se podía impedir a alguien que pesque, no se dice nada respecto al acceso a las riberas y a la posibilidad de otros usos colectivos de los lagos privados, y, por extensión, de los ríos privados.

Se podría pensar que al igual que los ríos, los lagos y sus riberas eran considerados públicos si así era valorado socialmente, por su extensión y utilidad para los usos colectivos, y debía permitirse el uso público (*iuris gentium*) de las riberas de los lagos aunque fueran privadas.

En consecuencia, el modelo romano parece ser el de acceso libre al uso público (*iuris gentium*) y conservación de las *ripae*, independientemente de su carácter privado o público, pero con una fuerte determinación hacia la calificación de público de aquellos ríos y lagos que fueran fundamentales por su extensión y magnitud y por la perennidad de sus aguas, así como por la valoración económico-social y la apreciación de sus habitantes, para satisfacer usos esenciales de interés general.

Ese es el modelo que deberían seguir los Códigos, y es de esperar que también el Código Civil Argentino lo siga en sus próximas reformas, reforzando incluso la tutela procesal en el sentido integral y expedito –interdictos, denuncia de obra nueva, caución por el daño temido- indicado por las fuentes romanas.

⁶⁵ VIALE, *Desmercantilizar la naturaleza* cit., 45.



ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FORMACIÓN Y EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN EL ECUADOR

MENESES SOTOMAYOR, María Cristina⁶⁶.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en el Ecuador. – 3. Vocación Profesional y Abogacía. – 4. Formación profesional y Estado.

1. Introducción

¿Es la sobreoferta de profesionales de abogacía, una justa causa para limitar la libertad de escoger profesión, en base a la vocación (*aptitudes intelectuales, éticas y físicas*), limitando nuevos ingresos en Escuelas de Derecho a nivel nacional y emprender en campañas publicitarias⁶⁷ que pretenden desvalorizar una de las profesiones más tradicionales y nobles de la humanidad?

¿O será acaso que en un trabajo conjunto estatal y privado, se debe motivar a los nuevos profesionales al perfeccionamiento, entendido como un proceso de conocimientos integrales a través de las especializaciones y posgrados que les permita hacer frente a las demandas laborales con una mayor autonomía y efectividad?

El presente artículo está orientado a analizar aspectos básicos como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vocación, el derecho y la abogacía en las pasadas, presentes y futuras generaciones, el abogado como defensor y mediador al servicio de la comunidad, generador de conocimiento y nuevas interpretaciones que contribuyan a la realización de los ideales constitucionales de libertad y justicia.

CONTENIDO.-

2. *El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en el Ecuador*

La Constitución vigente declara al Ecuador como un *estado constitucional DE derechos y justicia* o como también se le puede llamar Estado garantista; es decir, se cimienta y construye sobre los derechos fundamentales de la persona; y sobre aquel que ha sido considerado fundamento de todos ellos, *la dignidad humana*; la Carta magna, al igual que la mayoría de las constituciones latinoamericanas, así lo reconocen; en la nuestra expresamente se manifiesta en su artículo 84: “*La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados*”

⁶⁶ Licenciada en ciencias sociales, económicas y políticas. Abogada. Doctora en Jurisprudencia. Diplomado en Práctica Procesal, Investigativa y Oralidad. Magister en Ciencias Penales. Magister en Derecho Administrativo. Estudiante de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Piura). Directora y docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador sede Loja.

⁶⁷ <http://www.youtube.com/watch?v=MgTOL3VKPCI>

internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

Hablar de dignidad humana, es hablar de ese rasgo característico, único de los seres humanos, que le dota de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.

Tal como afirma nuestra Constitución, la dignidad humana se constituye en sustento inmejorable en el ejercicio de *los derechos fundamentales, es más, en sus artículos 7 y 8, afianza este postulado con la cláusula abierta* de los derechos humanos, que implica el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la norma suprema y en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, sin excluir los demás derechos que se deriven de la dignidad de las personas y los pueblos y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento; y, *el principio de progresividad de derechos*, determinando que los mismos deben ser desarrollados paulatinamente a fin de extender su ámbito de protección. Obligando al Estado ecuatoriano a generar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. El contenido de los derechos debe ser desarrollado doctrinario, normativo, jurisprudencialmente y a través de políticas públicas.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás, se encuentra previsto en la Constitución ecuatoriana, numeral 5, artículo 66, dentro de los derechos de libertad; estableciendo la obligatoriedad estatal de reconocer la facultad natural de toda persona a decidir sobre su propia vida, siguiendo su vocación profesional, misma que inicia en el primer día de ingreso al sistema educativo ecuatoriano, sin imposiciones, controles o impedimentos por parte de ninguna persona natural o jurídica. Éste derecho comprende: *a) la facultad de hacer o no hacer de acuerdo a su voluntad, buscando la realización de las metas propias de cada persona, en base a su vocación y carácter, la posibilidad de optar por una profesión u oficio, lógicamente sin afectar el derecho ajeno o vulnerar la legislación vigente; y, b) la prohibición que el Estado imponga decisiones o impida acciones al titular del derecho, que es el ser humano.* (Para abundar en éste tema revisar sentencia Nro. C-355-06. Corte Constitucional de Colombia)⁶⁸.

El sistema interamericano de derechos humanos, en los últimos años, incorpora a su jurisprudencia el proyecto de vida, como un derecho a la realización personal de acuerdo a la vocación y pretensión personal, permitiéndonos ser actores de nuestra propia vida,

⁶⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>: “...La primera y más importante de todas las consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia...” “...El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio genérico y omnicompreensivo cuya finalidad es cobijar aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona quien debe darle sentido a su existencia y en armonía con ésta, un rumbo...”

encaminando nuestra existencia y opciones profesionales, de acuerdo a nuestros intereses, aptitudes y capacidades físicas e intelectuales.

En éste contexto, somos libres de escoger la (s) profesión (es) u oficio(s) acordes a nuestra vocación, enmarcadas en el respeto al derecho ajeno y legislación nacional vigente.

3. *Vocación profesional y abogacía*

Vocación proviene del término latino “*vocatio*” que significa convocatoria, llamado, invitación; es decir, la convocatoria o inclinación, que basado en habilidades específicas, las capacidades, anhelos nos permite escoger carrera, profesión, oficio o estado.

El Dr. Hermán Jaramillo Ordóñez, jurista lojano y catedrático de la UIDE extensión Loja, al respecto, manifiesta: “*La vocación profesional es un proyecto de intenciones y aspiraciones que desea alcanzar una persona, al inclinarse, prepararse y formarse con deseos de superación, para el ejercicio de una profesión, con espíritu de servicio, tomando en cuenta lo que conoce, lo que piensa y desea hasta lograr los objetivos y metas trazadas.*”... “*Es el resultado de combinar nuestras aptitudes y potencialidades con los valores éticos y jurídicos que desea la comunidad*” (JARAMILLO, 2012, p. 15)⁶⁹.

Algunas discusiones se han generado respecto a si la vocación nace o se hace; múltiples y variadas han sido las respuestas, presentándose un elemento común en todas ellas, *el autoconocimiento*, y es que la elección acertada de profesión depende del conocimiento que el adolescente tenga de sí mismo, su valoración, aceptación e identificación de sus rasgos. A éste autoconocimiento se suma el apoyo incondicional y orientación, en primer término de la familia, posterior de docentes y formación recibida en la escuela y colegio. De ésta forma, se evidencia la responsabilidad compartida, entre familia y estado, a través de una formación integral, orientación y educación de calidad que debe impartirse desde la instrucción primaria y secundaria.

Para abundar en el tema, hago más las expresiones que de Johann Fichte, se expusieron en una de las ponencias presentadas en el Congreso: Retos y Expectativas de la Universidad, realizado en junio del año 2006, en Puebla México, en torno a la vocación⁷⁰:

“Pero debo abrir mis ojos, debo aprender a través del conocimiento de mí mismo: necesito saber lo que me constriñe. Esa es mi vocación primera. Entonces, bajo ese antecedente debo construir mi propio modo de pensar. Así seré absolutamente independiente, y proveeré y perfeccionaré mis propios actos y mis obras. La fuente de todo lo demás ya no le será extraño a lo más íntimo de mi espíritu. Ya soy enteramente mi propia creación y puedo seguir confiadamente la senda de mi espíritu. Ya no soy el producto de la Naturaleza sino de mí mismo. He llegado a aceptar mi propia obscuridad y mis incertidumbres, con la libertad de haberme resuelto simplemente a hacerlo. He escogido el sistema en el que mis propósitos se han fijado un destino, porque he reconocido en ello consistencia con mi dignidad y mi vocación. Mi libertad y mi convicción han regresado al punto en el que la Naturaleza me había dejado. Acepto lo que ella ahora me depara; –pero no lo acepto porque así debo hacerlo, sino porque así lo creo, así lo he decidido”.

⁶⁹ JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. (2012). *Ética Jurídica*. (Primera edición, pp 15- 16) Loja: Offsset Grafimundo: “... la vocación requiere de aptitudes intelectuales, éticas y físicas cuya posesión es una ventaja indudable para adquirir el éxito...”

⁷⁰ http://www.congresoretosyexpectativas.udg.mx/Congreso%206/Eje%202/Ponencia_338.pdf

El plan nacional del buen vivir, determina que “Ecuador es uno de los países latinoamericanos con menor cobertura de educación superior, es, entonces, una prioridad aumentar el acceso a este nivel educativo. A la par, se debe garantizar igualdad de oportunidades para todas y todos...” “De igual manera, deberá ser política pública la inversión en talentos humanos que estudien prioritariamente en áreas específicas ligadas a las necesidades de desarrollo del país, a través de becas para estudios de postgrado en universidades de primer nivel.” Se expresa además el afán del Estado por vincular “la investigación producida en las universidades a los institutos públicos de investigación a fin de crear sinergias que permitan aportar valor agregado a la industria nacional...” Es evidente el interés estatal por brindar una educación de calidad, en igualdad de oportunidades, apoyando la vocación profesional de los ecuatorianos, inclusive a través de becas, sin proscribir carreras, sino al contrario plantea enfoques de aplicación, en base a las nuevas necesidades estatales, por ejemplo en el área de derecho aplicadas a litigios ambientales, circunscripciones territoriales originarias, ejercicio ético del desarrollo biotecnológico, legislación para la investigación de la biotecnología y sus implicaciones jurídicas, sistemas de patentes internacionales que requieren la protección de nuestra soberanía natural e intelectual como la biópolis planteada por el plan nacional del buen vivir; y, además en el caso de la transmisión y consumo de energías alternativas limpias y eficientes, existe un vasto campo novel referido a la legislación que norme el espectro radioeléctrico y las afectaciones ambientales por mínimas que sean de la generación eólica, solar y de biocombustibles.

El plan del buen vivir es concebido, consciente de la necesidad de trabajo interdisciplinario, así como también de la imposibilidad de intentar cambiar el interés de carreras tradicionales y con aceptación social, pues primeramente sería necesario un planteamiento coherente vocacional desde el primer año de educación básica, hasta el tercer nivel de educación, esto considerando que a ningún ciudadano se le podría restringir que opte por la profesión que considera como vocación. Si éste fuera el interés, deberían existir pasos previos, que al momento no los hay.

Referente a la vocación profesional del abogado, debemos partir por conocer ¿Quién es un abogado? ... Como muchos autores lo han dicho, el abogado es el amante de la paz, dedicado moral, ética y académicamente a la defensa y asesoramiento de las partes, en aras de mantener la convivencia pacífica y seguridad jurídica.

Si nos remitimos, al origen del abogado, desde el substrato sobre el que se fundamenta nuestro derecho, debemos obligadamente mirar a Grecia y Roma.

En Grecia, la abogacía era ejercida por los ciudadanos libres y selectos, pues se decía que era trabajo de nobles y ciudadanos íntegros.

Bueno es recordar, en nuestras primeras clases de derecho romano, aquella clasificación de los abogados: Los *advocati* o *causadaci* (aquellos que asistían a otros en juicio); y, los *iurisconsulti* o *iurisprudenti* (que aconsejaban a los jueces, abogados y a las partes). La diferencia, según Cicerón, los jurisconsultos, pertenecían a la clase privilegiada y conocían a fondo el derecho; mientras que los abogados, eran producto de un empirismo ciudadano fruto de la experiencia social y no de la instrucción. Ésta era la clasificación que nos presentaba el mundo romano en su etapa clásica.

Ya, en el siglo XII, surge una verdadera ciencia del Derecho, iniciada por la Escuela de glosadores, creadores de la primera escuela de juristas⁷¹. Bologna, la primera universidad, en materia jurídica, estuvo enfocado en el estudio del digesto, decreto de graciano, las instituciones y el código, bien conocido además que su número de estudiantes fue muy reducido.

Como herederos del Derecho castellano, los primeros abogados, llegan a tierras americanas procedentes de España. Ya en América, la educación universitaria, incluida la jurídica, estaba reservada a las familias de origen español, hijos de funcionarios coloniales, aceptados bajo juramento en base a antecedentes familiares; siguiendo la tradición de las siete partidas estudios negados a mujeres, locos, desmemoriados, ciegos, sordos, pródigos, enjuiciados por adulterio, traición, homicidio, u otro delito de gravedad semejante, los herejes, sus hijos y nietos.

Bien es conocido, que a lo largo de la historia, en diferentes épocas, ya se pretendió hablar de la existencia numerosa de abogados, según los historiadores, la causa era la preocupación por los daños que ellos podían producir, como iniciadores de problemas y litigios.

La independencia americana, inicialmente en materia universitaria, afectó principalmente en la participación estudiantil, presentándose muchos desertores; situación que fue regulada con el paso de los años e inclusive garantizada en sus cartas magnas como un derecho fundamental.

Muchas fueron las batallas libradas, para que la educación sea un derecho general al que acceda cualquier ciudadano, no solamente las élites y clases pudientes; jornadas de trabajo y valentía, se evidenciaron también para que las mujeres puedan acceder a la educación superior, sirviendo a su comunidad con la misma capacidad y conocimiento que los caballeros.

Hombres y mujeres que a lo largo de la historia defendieron sus derechos y nos heredaron libertad, que sólo se consigue a través del conocimiento e igualdad, pues la educación es un derecho de todos.

Muestra de que las conquistas sociales respecto al tema de los derechos tiene que ver con la evolución histórica y cultural, se destaca la figura de Obdulia Romelia Luna Luna, primera mujer abogada en el país, que abre camino a la equidad de acceso a la formación jurídica a las mujeres en el año 1928, evento destacable que hoy, quienes ejercemos la abogacía consideramos una demostración fiel de que la dedicación individual hacia la consecución de conquistas colectivas por los derechos en nuestro país se hace efectiva a luz de la justicia entendida de manera genérica.

El abogado es el constructor de ideas, defensor y mediador al servicio de la comunidad, generador de conocimiento y nuevas interpretaciones que contribuyen a la realización de los ideales constitucionales de libertad y justicia.

⁷¹ REIG, José y LARREA, Juan (2000). *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Es innegable, que la corrupción y falta de ética profesional, ha tomado algunas conciencias, no solamente en nuestra profesión, sino en algunas otras profesiones u oficios; es precisamente esa la batalla por ganar. Debemos enfocar nuestro trabajo de manera tal, que sean las presentes y futuras generaciones, quienes con voz fuerte y mano firme, sienten bases de la transparencia y honestidad de los ecuatorianos en su vida profesional.

4. Formación profesional y estado

La constitución de la República garantiza nuestro derecho a la educación en la siguiente forma:

- El artículo 3, determina como deber primordial del Estado: “... 1. *Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes....*”
- Artículo 26: “*La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo.*”
- Artículo 350: El sistema de educación superior tiene como finalidad la formación académica y profesional con visión científica y humanista; la investigación científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas; la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del régimen de desarrollo.

De la misma forma, la Ley Orgánica de Educación superior, establece:

Art. 3.- Fines de la Educación Superior.- La educación superior de carácter humanista, cultural y científica constituye un derecho de las personas y un bien público social que, de conformidad con la Constitución de la República, responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos.

Art. 4.- Derecho a la Educación Superior.- El derecho a la educación superior consiste en el ejercicio efectivo de la igualdad de oportunidades, en función de los méritos respectivos, a fin de acceder a una formación académica y profesional con producción de conocimiento pertinente y de excelencia.

Las ciudadanas y los ciudadanos en forma individual y colectiva, las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo superior, a través de los mecanismos establecidos en la Constitución y esta Ley.

Art. 5.- Derechos de las y los estudiantes.- Son derechos de las y los estudiantes los siguientes:

- a) Acceder, movilizarse, permanecer, egresar y titularse sin discriminación conforme sus méritos académicos;
- b) Acceder a una educación superior de calidad y pertinente, que permita iniciar una carrera académica y/o profesional en igualdad de oportunidades;

- c) Contar y acceder a los medios y recursos adecuados para su formación superior; garantizados por la Constitución;
- d) Participar en el proceso de evaluación y acreditación de su carrera;
- e) Elegir y ser elegido para las representaciones estudiantiles e integrar el cogobierno, en el caso de las universidades y escuelas politécnicas;
- f) Ejercer la libertad de asociarse, expresarse y completar su formación bajo la más amplia libertad de cátedra e investigativa;
- g) Participar en el proceso de construcción, difusión y aplicación del conocimiento;
- h) El derecho a recibir una educación superior laica, intercultural, democrática, incluyente y diversa, que impulse la equidad de género, la justicia y la paz; e,
- i) Obtener de acuerdo con sus méritos académicos becas, créditos y otras formas de apoyo económico que le garantice igualdad de oportunidades en el proceso de formación de educación superior.

De la revisión previa de nuestra legislación, se puede afirmar categóricamente el deber del Estado de garantizar y efectivizar el derecho a la educación respetando los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República, vale la pena recordar lo manifestado por el doctrinario Manuel Atienza: *"Tener un derecho fundamental tiene que, significar que, al menos en principio, ninguna directriz política ni objetivo social puede prevalecer frente a él. El que el ejercicio de un derecho implique un obstáculo para llevar a cabo una determinada política gubernamental o que, incluso, sitúe al Gobierno ante un auténtico dilema no puede ser por sí misma una razón, válida para limitar dicho Derecho."*⁷² (ATIENZA, 2012, p 134), por lo tanto el respeto al libre desarrollo de la personalidad, analizado en líneas anteriores, que otorga la facultad de hacer o no hacer de acuerdo a su voluntad, buscando la realización de las metas propias de cada persona, en base a su vocación y carácter, la posibilidad de optar por una profesión u oficio, lógicamente sin afectar el derecho ajeno o vulnerar la normativa vigente, debe ser respetado y apoyado por el Estado y la sociedad.

Creo firmemente, en la necesidad de intervención del Estado, a través de sus organismos competentes, para garantizar la calidad de la educación superior, muy ligada al desempeño profesional; y, es que solamente el trabajo mancomunado de Estado, Universidad y sociedad, permitirá el desarrollo y crecimiento del país, de cada ecuatoriano.

Pero la intervención, no puede ni debe darse únicamente a nivel superior, la educación es un todo, educación integral, que parte desde la primera escuela, *hogar*, pero afianzada en la instrucción primaria y secundaria, meditemos en ésta reflexión de Maria Montessori: *"El niño, con su enorme potencial físico e intelectual, es un milagro frente a nosotros. Este hecho debe ser transmitido a todos los padres, educadores y personas interesadas en niños, porque la educación desde el comienzo de la vida podría cambiar verdaderamente el presente y futuro de la sociedad. Tenemos que tener claro, eso sí, que el desarrollo del potencial humano no está determinado por nosotros. Solo podemos servir al desarrollo del niño, pues este se realiza en un espacio en el que hay leyes que rigen el funcionamiento de cada ser humano y cada desarrollo tiene que estar en armonía con todo el mundo que nos rodea y con todo el universo"*.

Las falencias que hoy en día se pueden detectar en la vida universitaria e inclusive profesional, están relacionadas con los conocimientos adquiridos en edades tempranas y

⁷² ATIENZA, M (2012). *Tras la Justicia*. Barcelona: Editorial Planeta S.A.

fortalecidas en etapas juveniles. Y es, precisamente ahí, en donde también necesitamos y con urgencia la intervención estatal, para garantizar escuelas, colegios, universidades de calidad, con profesionales ecuatorianos en la dirección y docencia, seleccionados en base a sus méritos, sin injerencias políticas o partidistas.

Ya en la etapa universitaria, el rol que cumplen las facultades y escuelas de derecho es fundamental, pues sus propuestas deben consistir en programas académicos de excelencia cuidadosamente diseñados y dirigidos a la formación de profesionales con las competencias necesarias para enfrentar los retos de una sociedad anhelante de justicia.

En éste contexto, las mallas curriculares deben enfocarse a la formación profesional básica e integral, basada en principios jurídicos, combinando durante sus años de estudio-aprendizaje la teoría con la práctica, de tal forma que el estudiante pueda tener un acercamiento real a lo que va a ser el ejercicio de su profesión, sometiendo a sus alumnos a rigurosas pruebas de suficiencia académica; motivando además a no conformarse con los conocimientos adquiridos en la universidad, sino a su auto preparación, a incursionar en la investigación y vinculación comunitaria; y, que una vez obtenido su título profesional busquen su perfeccionamiento - especialización, a través de posgrados de calidad (maestrías y doctorados), al nivel de las grandes universidades mundiales, ofertados por universidades públicas y privadas ecuatorianas, en base a la demanda laboral, y con igualdad de oportunidades, hombres- mujeres, jóvenes – adultos, sin distinción de clases; y de esa forma hacer efectivo nuestro derecho a la educación, encontrando oportunidades académicas y laborales en nuestro propio país, sin tener que dejar nuestras familias, trabajos; ofreciendo nuestro talento, capacidad y aporte económico de preparación al servicio de la patria.

Siempre se ha escuchado que lo importante no es la cantidad, sino la calidad y ejercicio propositivo al servicio de la comunidad; es por ello que se deberían conocer y revisar las estadísticas que influyen al Estado actualmente a discriminar la formación de nuevos abogados, pues si bien un abogado *generalista* ya no tiene asidero en una sociedad como la nuestra, precisamente por la multiplicidad de oportunidades de desarrollo en nuevas áreas relacionadas al cambio de la matriz productiva ecuatoriana, como la minería responsable, los conflictos, la producción energética alternativa, los nuevos parámetros de políticas públicas con más competencias para las unidades pequeñas como las juntas parroquiales, la incursión en la tecnología aeroespacial, etc., *se requieren de juriconsultos especializados en cada una de estas áreas*. Lo trascendental entonces, es la calidad, la formación académica y honestidad en el ejercicio de su profesión, no podemos estar frente a una miopía estatal, de limitación de carreras, pues en el caso de la abogacía, el campo profesional es amplio, la incidencia de los abogados se evidencia en cada actividad del ser humano; de ahí, que las especializaciones, maestrías, doctorados a impartirse en el Ecuador, sean coordinadas en base a las líneas de desarrollo estatales.

El ejercicio honesto de nuestra profesión, nos posibilita ser responsables en las soluciones estatales y constructores de éste gran país, que hoy más que nunca requiere la presencia y trabajo sacrificado de sus hijos; necesitamos profesionales especializados, *docentes, funcionarios de estado y autoridades de elección popular* capacitados, preparados para su desempeño, con maestrías y doctorados, como política de Estado.

En este estado de cosas adquiere singular importancia la identificación irrestricta del estudiante o del profesional en Derecho con aquellos altos ideales que promovieron la búsqueda existencial relacionada hacia el ejercicio de una profesión en particular.

La formación del abogado en el Ecuador requiere la generación de espacios propicios para el debate sobre la pertinencia y legitimidad de medidas restrictivas para el libre acceso a ésta profesión, ya hemos aportado datos básicos, respecto a la visión que tiene la autora, sobre un tema en el que estamos inmersos algunas escuelas de derecho en nuestro territorio, que si bien nacen de una visión particular sobre el orgullo que representa, en éste análisis crítico, el hecho de percibir la importancia que tiene el ejercicio responsable y ético de nuestra profesión como propulsor de los motores de desarrollo que de manera reiterativa plantea la institucionalidad actual en su discurso sobre el tema.

De esta manera somos sinceros al plantear desde el ejercicio de la docencia una convocatoria renovada a las nuevas generaciones a no abdicar a su proyecto de vida, si es que éste sigue siendo un llamado a ejercer la abogacía en el Ecuador contemporáneo.





EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN “BLASÓN” DE JOSÉ SANTOS CHOCANO

RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Ivan⁷³

SUMARIO: 1. Noticias sobre el autor. – 2. Referencias sobre la obra de Chocano en la historia de la literatura peruana. – 3. Blasón. – 4. Análisis jurídico. – 5. Conclusiones.

1. *Noticias sobre el autor*

José Santos Chocano tiene que ser definido como poeta. El periodismo, el ensayo, el teatro que también cultivó son expresiones de su actividad intelectual, pero no alcanzan consistencia estética o de contenido para compartir o superar la calidad e influencia que tuvo su poesía. Forman parte del desarrollo de su vida y solo pueden explicarse como referencias ligadas a su quehacer vital.

Nace en Lima en 1875 y muere asesinado en Santiago de Chile en 1934.

Coincidiendo con la publicación de su primer libro: **Iras Santos** (1895) y su temprana experiencia en el periodismo, le trajeron dificultades políticas, siendo objeto de detención, abriéndole a la vez su ingreso en la esfera político-gubernamental.

Escribió o dirigió periódicos y revistas en Lima y otros países como México y Guatemala.

Sirvió como Secretario de Nicolás de Piérola en el Perú, de Francisco Madero y Francisco Villa en México y de Manuel Estrada Cabrera en Guatemala, determinándole tiempos de agitación, azar y desplazamiento de un país a otro.

Viajó por el interior del país y por América Latina y España, en algunos casos cumpliendo con encargos diplomáticos del gobierno peruano.

Fuera de la poesía, los acontecimientos expresan su temperamento. Uno, en el que terminó implicado en el homicidio del joven escritor Edwin Elmore debido a versiones periodísticas que Chocano consideró lesivas a su honor y; el otro, el riesgo de ser fusilado en Guatemala al caer Estrada Cabrera; trance del que salió librado por la intercesión de famosos escritores de América, España y Francia.

Por su poesía se abrió espacios en América y España, haciéndose conocido y ganando celebridad y reconocimiento como una voz poética con cualidades y valores nuevos para su tiempo, considerándolo un poeta representativo del nuevo mundo. Fue objeto de elogios de

⁷³ Rector de la Universidad Ricardo Palma; Ex Presidente de la Asamblea Nacional de Rectores. Doctor en Educación por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

presidentes y escritores, como Wilson, Vasconcelos y Rubén Darío; Meléndez Pidal, Gabriela Mistral, Rodó, entre otros.

En el Perú la Municipalidad de Lima lo declaró hijo ilustre y aprobó la moción de coronarlo como poeta nacional en acto público llevado a cabo el 5 de noviembre de 1922.

El mismo se autoproclamó *Cantor de América*. Los recitales que convocaba en los teatros constituían un éxito de taquilla y hasta lo sacaban en hombros al término de estos.

2. Referencias sobre la obra de Chocano en la historia de la Literatura Peruana

La producción poética de Chocano es abundante. Inicia sus publicaciones en libro en 1895 con *Iras Santas* y el último libro que edita en vida es *Primicia de oro de Indias*, en 1934.

Cierra el último lustro del XIX con *La epopeya del Morro* (1899), poema épico, cuyo héroe es Francisco Bolognesi en la defensa de Arica.

La primera década del siglo XX sigue prolífica. En 1901 entrega *El canto del siglo* y tres años después *Los cantos del Pacífico*. En 1906 logra su libro cumbre *Alma América* y dos años después *Fiat Lux*, con el que cierra un ciclo poético vital, dinámico, avasallante.

Después de una prolongada inactividad editorial reaparece en 1924 con un intento poético de una epopeya dedicada a *Bolívar: Ayacucho y los Andes Canto IV*, escrito por encargo del Presidente Leguía.

El mismo año de su muerte salió de la imprenta *Primicia de oro de Indias* (1934). En esta enumeración quedan títulos sin mencionar. Luego de su muerte se dará al público títulos inéditos como *Poemas del amor doliente* (1937) y *Oro de Indias* (1940-1941) en cuatro volúmenes.

La crítica literaria lo registra como poeta representativo del modernismo, caracterizándolo como impulsor de una línea denominada novomundista.

Escogida por el propio Chocano *Alma América* como su mejor obra, hay coincidencia de la crítica en ese sentido y se la valora por su estructura orgánica, dueña de una unidad temática concentrada en la historia, el paisaje, la cultura, la flora y la fauna americana, no exenta del amor y del encantamiento a través de una visión de fusión, identificación y filiación.

La poesía de Chocano marca una época probablemente de medio siglo en que imperaba su estilo y su temática no solo en los ambientes intelectuales sino en el gusto del público en general.

En las últimas décadas, desde la aparición de la vanguardia y, de manera especial, de la poesía de Vallejo y su influencia estilística, se ha optado por olvidar y desconocer el aporte de la poesía de Chocano y el sitio en el que pone a la literatura peruana en el propio país e internacionalmente. Prescindir de Chocano es cercenar la historia de nuestra literatura.

3. *Blasón*

3.1. *El texto*

*“Soy el cantor de América autóctono y salvaje
mi lira tiene un alma, mi canto un ideal.
Mi verso no se mece colgado de un ramaje
con vaivén pausado de hamaca tropical.*

*Cuando me siento Inca, le rindo vasallaje
al Sol, que me da el cetro de su poder real;
cuando me siento hispano y evoco el coloniaje,
parecen mis estrofas trompetas de cristal.*

*Mi fantasía viene de un abolengo moro:
los Andes son de plata, pero el León de oro;
y las dos castas fundo con épico fragor.*

*La sangre es española e incaico es el latido;
¡y de no ser Poeta, quizá yo hubiera sido
un Blanco Aventurero o un indio Emperador!”*

3.2. *Caracterización literaria*

Se trata de un soneto. Consta de 14 versos distribuidos en 4 estrofas: 2 cuartetos y 2 tercetos. Los versos son alejandrinos modernistas divididos en 2 hemistiquios de 7 sílabas rítmicas cada uno.

Chocano ha aplicado la rima consonante que se distribuye de la siguiente manera: a) en los cuartetos es alterna. Se establece entre el primero con el tercero y el segundo con el cuarto verso; b) en los tercetos, riman el primero con el segundo y el tercero con el tercero de cada uno.

Forma parte de *Alma América* y se aprecia como el corazón del libro en cuanto sintetiza la idea del mestizaje hispano-andino de lo peruano e hispano-americano; producto de la fusión histórica de las dos culturas en un escenario geográfico y natural del nuevo continente.

Por un tiempo *Blasón* se difundió independientemente, habiendo alcanzado estar en la memoria de la población, sintiéndolo como expresión suya.

3.3. *El contexto social*

Para entender y valorar la poesía de Chocano conviene conocer el ambiente social, la mentalidad de entonces y la coyuntura histórica.

Cabe sopesar tres factores que ayudarán a explicar la ideología que plasmará su producción poética:

a) La experiencia directa de los efectos de la derrota peruana en la guerra con Chile que sufrió en su infancia durante la ocupación chilena de Lima. Tenía 5 años y padeció el encierro en su casa como todas las familias peruanas. Respiró el duelo, la amargura, la decepción, el infortunio cívico. De alguna manera y en alguna medida limitó el desenvolvimiento normal de su desarrollo y ha tenido que dejarle una marca que lo inducía a la búsqueda de la libertad, a expresarse por los cánones de algún matiz de la inconformidad y la rebeldía. Fueron años vividos de represión, de censura, de inautenticidad fomentada por la presencia sanguinaria y destructiva de los enemigos ocupantes de la capital y del país.

b) En 1906 que publica *Alma América* y dentro de ella *Blasón*, se acercaba el primer centenario de la independencia, sin haber alcanzado los ideales libertarios. El pasivo era trágico y difícil de superar. Las culpas tenían que pesar más que los sueños. Cabía las ansias de revertir esa perspectiva. Había necesidad de hacer y avanzar lo que había sido entorpecido por la guerra y la inestabilidad política con sus luchas internas entre los caudillos de posguerra. La pugna individual y social entre la visión de un futuro mejor y la dura realidad de división, exclusión, pobreza, bajos niveles de educación y falta de oportunidades de realización personal y colectiva.

c) El ánimo colectivo lleno de sentimientos de recusación contra los malos gobiernos y las banderas de revanchismo y antihispanismo enarboladas por Manuel González-Prada. La tragedia de la derrota conducía a las causas y a los culpables. Con razón o sin ella, pero este sentir y parecer generalizado era una consecuencia de la pérdida de la guerra, de la presencia del enemigo y de la desmembración del territorio.

Cundía en la población un sentimiento de baja autoestima, de sentirse menos como peruano en comparación con los otros nacionales de los otros países que no habían pasado por las secuelas y los efectos de la tan grave derrota y que le hacía llegar con un saldo negativo al primer centenario de la independencia. El ser peruano no daba motivo de orgullo. Propiciaba sentir un complejo de inferioridad, de vergüenza, desánimo y desesperanza en el porvenir.

Estos tres factores ubicaban al Perú en situaciones desventajosas en las relaciones internacionales. País en ruinas, sin atractivo ni potencialidades, con una población diezmada en su economía, productividad y psicológicamente afectada.

Había que admitir su pésima situación nacional en el conjunto de naciones hispanoamericanas, con su gran tarea de levantarse, de normalizar la vida social.

Dentro de ese ambiente, las individualidades tenían que estar heridas en su autoestima. Ser peruano no estaría entre lo cotizado, entre las personas a las que se les abrían opciones y oportunidades. El estigma resultaría frustrante, pero a la vez con la tarea de borrar ese pasado y anteponer cualidades y condiciones de un país sano, bien enrumado, con logros favorables para toda la población.

Frente a este decaimiento cívico y psicológico masivo cabía el liderazgo intelectual de la reconstrucción, de la revaloración, del volverse a levantar. Tal necesidad convoca a tres grandes figuras, cada una con su propio estilo que con su literatura devuelve la fe, cura las heridas, re enruma las actitudes derrotistas en semillas de nueva vida. Uno es Manuel González Prada, el crítico acerado, de verbo punzante, de acusación inclemente. El otro, es Ricardo Palma, con otro tono, con otra forma de crítica, con la ironía antes que con la

expresión descarnada. El tercero, José Santos Chocano con el canto altivo, sentencioso, en moldes metafóricos impactantes y musicales. González Prada en ensayo, Palma con el relato y Chocano con la poesía objetiva, que como una enciclopedia temática transportaba en rítmicos versos, plásticas estrofas y metáforas solemnes y deslumbrantes al pasado heroico y a lo que teníamos sin apreciarlo como valioso. González Prada, con su prédica fustigante político-moral sin transacciones; Palma, con su presentación sosegada y fotográfica de nuestro pasado; y, Chocano proclamando nuestro ser mestizo hispanoandino como medio de ubicación orientadora, a partir de la identificación de quiénes somos.

Esta línea de filiación cultural impregnará su poesía, encaminada asertivamente a calar en cada peruano como mensaje de renacimiento y resurgimiento.

4. *Análisis jurídico*

El núcleo temático de *Blasón* es el de la identidad como atributo personal y como dimensión social

a. *En el nivel social o colectivo Blasón* establece nuestra identidad a través del mestizaje, como producto de la fusión de las dos culturas protagonistas de nuestra historia: la quechua andina y la española. El yo no sólo señala la individualidad sino también representa al nosotros, a todos los peruanos. Todos, en algún grado provenimos de un padre conquistador y de una madre nativa. En consecuencia, el mestizaje hispano-andino es la cabal caracterización biológica y cultural de lo peruano.

b. Para plantear el mestizaje como signo distintivo del peruano, a pesar que no aparece esta palabra en el poema, Chocano usa los símbolos de una y otra cultura. En abono de su vertiente nativa menciona al Inca y al sol. Por la historia se sabe que el inca era hijo del sol y que la quechua era una cultura heliolátrica; es decir, tenía al sol como la máxima deidad, dentro de una religión panteísta. Al interior de esta relación, el sol como dios procuraba el bien de sus criaturas y el inca era su emisario e intermediario que, con su acción gubernamental, materializaba en la población los mandatos de su padre. Igualmente menciona los Andes y los metales, aludiendo a la motivación y razón de la conquista y la colonia. La monarquía española sometió a nuestros antepasados con el interés de la explotación minera del oro y la plata. La mención de “*el León de oro*” se refiere a España en coordinada con “*abolengo moro*” del noveno verso, pero oro no se refiere al mineral, sino, probablemente, al valor cultural.

Una tercera puntualización respecto al mestizaje incluido en el poema pertenece al campo biológico. El duodécimo verso dice: “*La sangre es española e incaico es el latido*”; representando otro factor incuestionable e indiscutible del mestizaje. Los peruanos, filogénicamente; es decir, en cuanto comunidad humana acusamos una mezcla genética. Sintetizamos la constitución biológica de un padre europeo con la de nuestra madre nativa. La última dualidad integradora aparece en el decimocuarto y verso final. Reúne a los conceptos de europeo expresado con “*blanco aventurero*” e “*indio Emperador*” como inca; vale decir, gobernante de estos pueblos ancestrales ciudadanos.

b. *El nivel personal*

Blasón no solo declara y proclama al mestizaje como un componente psicológico esencial de la identidad sino que se aferra a ella como pertenencia y en tono de aprobación. La condición de mestizo le corresponde; es suya, por tanto no solo la manifiesta sino la reclama para sí. Ser mestizo es la nota característica de su identidad, de su signo de identificación. Ser mestizo corresponde a su filiación y se siente bien con ella. Le da su personalidad; le hace sentirse él y no otro. Reconoce su descendencia de dos culturas en encuentro. En este nivel personal, tienen las mismas explicaciones de los elementos simbólicos de las dos culturas. Compartiendo las mismas características que el yo colectivo, se completa en su identidad personal un tercer elemento que es el de su condición de poeta. A Chocano le interesa que lo reconozcan como mestizo hispano-andino, pero su configuración requiere de añadirle su condición de poeta. Por eso los vocablos que a lo largo del poema tributan a esa condición: cantor, lira, verso, canto, estrofas, fantasía y finalmente Poeta, escrita con mayúscula tal como se lee en el decimotercer verso. Chocano no solo es mestizo indo-español como todos los peruanos, sino a ello agrega que es un poeta, consecuentemente con un mensaje original, de síntesis, diferente a cada uno de ellos vistos por separado. Tiene de español y de nativo, nacido en estas tierras de América, con lo bueno y valioso de cada uno en síntesis, pero mejorado, gracias a sus cualidades individuales.

Su poesía no es intrascendente, hueca porque “*tiene alma*” e “*ideal*”. Para simbolizar lo citadino usa los términos “*ramaje*”, “*hamaca tropical*” y para significar lo hispánico, emplea la construcción “*trompetas de cristal*” en alusión al instrumento musical europeo así como el cristal, al que no se llegó en la cultura prehispánica.

La otra huella está en el noveno verso que dice: “*Mi fantasía viene de un abolengo moro*”. Con ella alude otra vez al creador y al artista. La fantasía viene a ser el elemento esencial para la composición poética. No hay poesía sin fantasía y su expresión en estrofas. Finalmente y, como para que no haya duda, reserva al final el propio término poeta, rematando con una opción sustitutoria: ante la imposibilidad de no haber sido poeta, hubiera sido inca o conquistador; es decir, siempre lo más alto; no lo común, no lo sencillo. Su calidad, su valoración está en las entrelíneas; no en expresión literal.

En suma, en *Blasón*, para Chocano, la identidad mestiza es un derecho, un atributo que le pertenece, que lo siente suyo y por eso lo pregonar y se siente ufano. Es una propiedad biológica que lo lleva en la sangre, pero también es espiritual y un bien cultural de todo el grupo y personal, repotenciado por su condición de no solo un poeta, sino de un gran poeta.

c. *El derecho de identidad y las normas*

Si *Blasón* se publica en 1906 en las páginas de *Alma América*, en ese tiempo regía la Constitución de 1860, la que en sus disposiciones sobre la persona no contemplaba el concepto jurídico de la identidad tal como si aparece ahora en la Constitución Política vigente de 1993.

La Carta de 1860 que rigió hasta 1920 en sus artículos 34° y 35° definían a los peruanos por nacimiento y por naturalización, puntualizando los casos y condiciones para cada cual; sin aludir al concepto de identidad ni de manera tácita ni expresa. En todo caso, la identidad de la persona se regía por el nacimiento en el territorio nacional (*jus soli*); por ser hijo de peruano nacido en el exterior (*jus sanguinis*) o por la adquisición de la nacionalidad.

Igual temperamento se encuentra en la Constitución de 1867 que, según Juan Vicente Ugarte del Pino rigió por medio año, continuando en las de 1920, de 1933 y de 1979.

Es en la Constitución de 1993, que en el inciso 1) del artículo 2º se reconoce como derecho fundamental el de la *identidad*, juntamente con el derecho a la vida, la “*integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar*”.

El Código Civil de 1984 en vigencia, anterior a la Constitución de 1993, tampoco menciona de manera expresa el derecho a la identidad en todo el conjunto de artículos sobre la persona. Se comprendería dentro de los derechos irrenunciables como la vida, el honor, la libertad, la integridad física con la categoría de inherentes a la persona, contemplados en el artículo 5º de este cuerpo normativo.

El derecho a la identidad es un concepto jurídico nuevo. Se vincula a la multiculturalidad. Está considerado de modo tácito en las normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entrado en vigor el 23 de marzo de 1976 así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, entre los derechos fundamentales vinculados a la vida de la persona.

5. **Conclusión**

a. El derecho a la identidad ha existido como derecho natural desde antes de su formulación en las normas del Derecho positivo nacional e internacional.

El caso de Chocano en su poema *Blasón* constituye un buen ejemplo de esta precedencia del hecho en la realidad antes que su formulación en la norma.

b. El derecho a la identidad se vincula al derecho a la vida, como inherente a la naturaleza humana y por tanto de carácter irrenunciable.

c. El derecho a la identidad tiene un origen jurídico, psicológico y cultural. Psicológico, directamente vinculado al bienestar personal explicado por la necesidad de saber quién es. Se relaciona con la filiación y con el nombre.

Desde el punto de vista cultural, expresa la consideración de la persona como miembro de un grupo del cual comparte su lengua, costumbre, tradiciones, creencias y posee el derecho de pertenencia a él; y, por lo tanto, de ser integrado en igualdad de condiciones que todos los demás.

Es un elemento de afirmación en sí misma como persona individual, acompañada de su identificación con el grupo.



LAS FAMILIAS TRANSNACIONALES

AGUILAR DÍAZ, Richard⁷⁴

SUMARIO. 1. Introducción. – 2. Los cambios en los modelos de familia, factores. – 3. La familia en el ordenamiento jurídico español. – 4. Extensión del concepto de familia. – 5. La familia en el ámbito internacional. – 6. El derecho a vivir en familia y el Derecho a la Libre circulación de personas. – 7. Conclusiones.- Bibliografía

RESUMEN

Considerando la constante evolución del modelo de familia tradicional por factores interestatales (personales, jurídicos y económicos) e internacionales (migraciones), que originan nuevos modelos de familia, resulta necesario conocer si estos modelos gozan o no de reconocimiento jurídico y por ende de la protección familiar dispuesta por la constitución política del Estado y leyes pertinentes.

Palabras clave: Familia, organización, reconocimiento jurídico, migraciones, protección familiar, globalización, familia trasnacional, matrimonio, convivencia, parejas mixtas.

ABSTRACT

Key words:

⁷⁴ 1 Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Becario del Máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona. Posgraduado en Derecho Diplomático y Consular. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Colaborador distinguido de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA).

1. Introducción

En el presente estudio analizaremos la situación actual de las familias y su proyección en el ámbito estatal, europeo e internacional.

Partiendo de la base que el modelo de familia tradicional se encuentra en constante evolución producto a diversos factores interestatales (personales, jurídicos y económicos) e internacionales (flujos migratorios) y que estos originan nuevos modelos de familia o de organización familiar, los cuales interactúan en nuestra sociedad.

Analizaremos si estos modelos gozan o no del reconocimiento jurídico y por ende de la protección familiar dispuesta en el artículo 39 de la Constitución española (CE).

Asimismo, teniendo en cuenta que vivimos en un mundo globalizado, en donde las políticas y flujos migratorios de corte económico y laboral, inciden en la esfera familiar tanto nivel estatal como internacional. Analizaremos también la protección de la familia, especialmente cuando ésta presenta un elemento de extranjería, así como cuando se da el traslado de la misma a un tercer país con el objetivo de afincarse en dicho Estado de destino. Derivados de estos últimos supuestos, se configura lo que jurídicamente se denominan familia transnacional que son el eje principal del presente estudio.

2. Los cambios en los modelos de familia, factores

Si bien es cierto el modelo tradicionalmente aceptado es el conformado por padres e hijos, en el que interactúan por un lado las relaciones paterno filiales y de otro obligaciones parentales; hablamos pues de la familia nuclear, modelo mayoritariamente aceptado en los ordenamientos jurídicos europeos, entre ellos España.

La sociedad evoluciona constantemente y con ello los modelos de familia. Así pues podemos afirmar que existen diversos factores que propician los cambios dentro de la esfera familiar. Entre los factores que sirven como base de estos nuevos modelos de familia podemos indicar a los siguientes:

La integración de la mujer en el mercado laboral. Se ha superado el estereotipo en el que la mujer era quien se quedaba en casa para cuidar del hogar y los niños. Actualmente ambos progenitores trabajan y necesitan ayuda externa para solventar, entre otras, responsabilidades como el cuidado de los hijos.- Los Cambios en los roles de familia o tareas domésticas. El ritmo social y económico actualmente ha conducido a nuevas organizaciones en la esfera familiar y reparto de tareas domésticas.

Las crisis familiares (la separación, nulidad y divorcio) generan nuevas situaciones de organización y residencia, como por ejemplo, disuelto el vínculo matrimonial, uno o ambos ex cónyuges se ven obligados a regresar, junto con los hijos, a la casa de los padres, iniciando con esto una nueva relación familiar y convivencial.- Los flujos migratorios que responden a fines laborales y/o económicos en donde uno de los miembros de la familia emigra a un tercer país iniciando así su proyecto migratorio. Vistos los factores citados, es importante tener en cuenta las clasificaciones de familia hechas por los sociólogos, las cuales ofrecen una lista de modelos de familia basadas en la residencia. Los cuales son: unipersonal, sin núcleo conyugal, mono parental, pareja sin hijos, pareja con hijos dependientes, grupos

recompuestos, familias extensas, familias múltiples, familia mono parental y familia compuesta (RICO IÑIGO, Marta).

3. La familia en el ordenamiento jurídico español

En la CE de 1978 en sus artículos 32.1 y 39.1, el primero reconoce el derecho a contraer matrimonio y el segundo establece la protección social, económica y jurídica a la familia. Con base en lo anterior, el Tribunal Constitucional español (TC) en su ejercicio jurisdiccional interpretativo de ambos preceptos, concluía que la protección otorgada a la familia se circunscribía únicamente a la familia matrimonial. Actualmente la doctrina constitucional ha superado dicha postura, resolviendo que dichos apartados deben interpretarse aisladamente.

En el ámbito estatal, es importante citar la existencia del sistema matrimonial español regulado en el Código Civil estatal (CC) en sus artículos 42 y siguientes. En los que apreciamos un sistema matrimonial mixto, ya que coexisten dos tipos de matrimonio: el matrimonio civil en su art. 44 CC y el matrimonio religioso con reconocidos efectos civiles establecido en el art. 59 CE (SATORRAS FIORETTI, Rosa M^a). Ambos matrimonios producen efectos una vez cumplido el requisito de inscripción en el Registro Civil siguiendo, siguiendo lo establecido en el art. 61 CE.

Continuando con la regulación matrimonial, es oportuno citar la presencia de la legislación autonómica, toda vez que España al ser un Estado unitario plurilegislativo y siguiendo lo establecido por el art. 49.1.8^a CE, se reconoce la competencia legislativa a las Comunidades Autónomas (CCAA) en asuntos de ámbito civil. Citaremos especialmente a la legislación civil catalana, específicamente la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

4. Extensión del concepto de familia

Siguiendo lo expuesto en el anterior apartado I, donde hicimos referencia sobre las Nuevas manifestaciones en la organización familiar con la consecuente aparición de Nuevos modelos de familia, y la necesidad de regular estas nuevas situaciones de Convivencia dentro del ordenamiento jurídico español. Es preciso recordar que el Derecho no es ajeno a estos cambios sociales y familiares por lo que el legislador estatal debe responder a estas demandas.

En cuanto a los cambios en los modelos de familia, teniendo en cuenta las crisis matrimoniales como las relaciones de convivencia, en sus diferentes modalidades, generan nuevos supuestos en el ámbito familiar, por lo que es menester formular las siguientes cuestiones: ¿el ordenamiento jurídico español reconoce a los nuevos modelos de convivencia como una familia?, ¿el sistema legal contempla dicho reconocimiento y por ende los nuevos modelos de familia son beneficiarios de la protección al mismo nivel que la familia matrimonial y nuclear? La respuesta, en mi opinión, es parcialmente afirmativa, toda vez que de las 17 comunidades autónomas que conforman el Estado español, sólo 13 de ellas han regulado lo referente a las parejas de hecho y uniones estables de pareja (VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos) y su tentativa de equiparación de efectos al matrimonio, lo cual evidencia la ausencia y tan necesitada legislación estatal al respecto.

Una parte de la doctrina se ubica a favor de concebir a las parejas de hecho o uniones estables de pareja de manera similar a la de un matrimonio a prueba por tanto se entiende que hablamos de un modelo de familia no matrimonial o *more uxorio*. Y la otra concepción doctrinal se decante por equiparar los efectos de dichas parejas a los del matrimonio.

De todo lo anterior, y con especial referencia a las familias transnacionales la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE), de su dispositivo 17.1.b. podemos sostener que el legislador incluye al grupo recompuesto como modelo de familia, lo cual permite a los hijos del residente y del cónyuge como beneficiarios de la reagrupación familiar.

La existencia de estos tipos de familia basados en la convivencia y la solidaridad han sido reconocidas por el TC, entre otras, en su sentencia 222/1992, como un modelo de familia y por ende reconoce a sus integrantes como beneficiarios de la protección dispuesta por el art. 39 CE.

Finalmente en este apartado citaremos que tanto parejas de hecho como uniones estables surgen como respuesta a las siguientes situaciones: parejas que sólo quieren convivir con sus propias reglas sin someterse a la normativa establecida para el matrimonio, y por otro lado a las parejas que no pueden casarse ya sea por impedimento legal o por vínculo matrimonial existente o casados bajo sus costumbres o religiones, su matrimonio religioso no gozan de reconocimiento de efectos civiles en España. A mayor abundamiento es importante citar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recaída en el Asunto Muñoz Díaz c. España, de 8 de diciembre de 2009 en la que se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado bajo el rito de la etnia gitana.

5. La familia en el ámbito internacional

Una vez revisado el sistema familiar interno daremos un paso más allá y analizaremos la protección de la familia en el derecho internacional. Para esto debemos tener presente que:

El Derecho internacional privado, regula lo referente a los matrimonios mixtos y esta regulación se hace extensible a las parejas mixtas. Se entiende como matrimonios mixtos aquel matrimonio celebrado entre dos personas con un elemento de extranjería configurado generalmente por la nacionalidad de cada cónyuge. Estos supuestos se encuentran regulados por el artículo 9.2. CC. referente a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio mixto.

Una vez identificado el elemento de extranjería, podemos avanzar y analizar el proyecto migratorio de la familia mixta, es decir, si por motivos de trabajo uno de los cónyuges se traslada a un tercer país, país de destino, donde establecerá su residencia y posteriormente llevará a los demás miembros de su familia. Con la ejecución de su proyecto migratorio se configura la familia transnacional, entendida como aquella familia que se desplaza desde su país de origen hacia un tercer país, denominado país de destino, donde continuará con su vida familiar.

Dicho lo anterior, el familiar residente en el país de destino pasa a ser titular del derecho a la reagrupación familiar, derecho que permite llevar a sus familiares al país de destino donde actualmente resida.

En cuanto a los familiares beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar la LODYLE en ya citado artículo 17 se menciona quienes son los familiares reagrupables o beneficiarios del derecho a reagrupación familiar. En el siguiente apartado Analizaremos los derechos que sirven de base para la configuración de la familia transnacional y el derecho a la reagrupación familiar.

6. El derecho a vivir en familia y derecho a la libre circulación de personas

Visto el contexto de las familias transnacionales, es oportuno traer a colación lo comentado en el apartado IV de este estudio, en el que analizamos los modelos de familia reconocidos en el ordenamiento civil español, se dijo que el legislador, además de la familia nuclear, recoge en sus dispositivos legales a otros modelos de familia que también gozan de la protección contenida en el art 39 CE.

En el plano del Derecho internacional, se analizó a la familia en el ámbito del derecho internacional privado, familias mixtas y en el ámbito del derecho de extranjería citamos la reagrupación familiar como presupuesto de la familia transnacional.

Cuando hablamos de reagrupación familiar en España (RAVETLLAT BALLESTE, Isaac), se ha de tener en cuenta la interacción entre dos regímenes. El régimen comunitario aplicable cuando uno o ambos familiares son nacionales de un país miembro de la Unión Europea (UE). Y el otro régimen es el general de extranjería, aplicable cuando ambos los familiares son nacionales de terceros países no miembros de la UE. Para mayor abundamiento la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de fecha 27 de julio de 2006, se pronuncia en cuanto a los elementos configurativos de la reagrupación familiar.

Ambos regímenes se nutren del derecho a vivir en familia, dispuesto en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DDHH) y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), directrices que informan tanto a la Directiva comunitaria 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre reagrupación familiar del régimen comunitario, la Directiva 2003/86 CE, del 22 de septiembre, sobre el Derecho a la reagrupación familiar y a la LODYLE. Es oportuno indicar que existe una flexibilidad en el régimen comunitario en cuanto a los requisitos exigidos a los familiares reagrupantes y esta flexibilidad responde a que los ciudadanos de la UE, además del derecho a vivir en familia son titulares del derecho a la libre circulación de personas dentro del territorio de la UE; siendo este derecho extensible a sus familiares nacionales de terceros países no miembros de la UE. Es decir, la reagrupación familiar de esa familia transnacional se concreta fácilmente por el ejercicio a la libre circulación y en cambio en el régimen general únicamente por el derecho a vivir en familia, debiendo acreditar entre otros la validez del vínculo afectivo y familiar (MONTILLA MARTOS, José).

Dicho todo lo anterior no puedo dejar de manifestar que a pesar de contar con una vasta estructura jurídica de protección a la familia en el ordenamientos jurídicos nacional e internacional. No sucede lo mismo en el ámbito nacional ya que aún queda pendiente la tarea

de desarrollar las garantías de los familiares en cuanto al ejercicio del derecho a vivir en familia.

Por su parte las familias transnacionales (MOYA MALAPEIRA, David), especialmente las que tienen miembros nacionales de países no miembros de la UE, no pueden ejercer fácilmente el derecho a vivir en familia e incluso se encuentran con muchos obstáculos (burocráticos o razones que responden a políticas migratorias) que se manifiestan a través de la exigencia de requisitos principalmente de acreditación del vínculo familiar y obligando con ello a la judicialización del ejercicio de tal derecho. No olvidemos que el legislador europeo dotó de carácter fundamental al multicitado derecho a vivir en familia y sin embargo para el legislador español este derecho sólo goza de un carácter legal, ver sentencia del TC 236/2007.

7. Conclusiones

1. Los cambios sociales en el ámbito familiar, responden generalmente a factores como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, cambio en los roles y áreas domésticas, crisis matrimoniales y factores migratorios lo cual ha generado la manifestación de nuevos modelos de familia como son: las familias extensas, las familias de grupo recompuesto y las familias transnacionales. Estos modelos de familia están presentes en nuestra sociedad y cada vez en mayor número, lo cual indica la superación de la concepción clásica de familia (nuclear o matrimonial) entendida como la formada por padres casados y sus hijos.

2. En el ordenamiento jurídico español, se ha superado el concepto clásico de familia matrimonial toda vez que la doctrina constitucional interpreta el artículo 32 y 39 CE de manera separada, reconociendo así la protección de la familia, dispuesta en el art. 39 CE, no sólo a la familia matrimonial sino a otra forma de convivencia basada en la solidaridad y convivencia. Asimismo el legislador ha tenido en consideración las nuevas formas de residencia y convivencia siendo prueba de ello, a nivel autonómico, lo referente a familia no matrimonial "*more uxorio*", la variada legislación sobre parejas de hecho y uniones estables de pareja (13 legislaciones distintas) y en cuanto a grupos recompuestos, en la LODYLE podemos indicar que el art. 17.1.b. regula lo referente a la reagrupación familiar de los hijos del cónyuge o pareja de hecho.

3. En cuanto al derecho internacional, como consecuencia de los flujos migratorios nos encontramos frente a dos situaciones que afectan a la familia: - En primer lugar en el ámbito del derecho internacional privado lo referente a matrimonios mixtos y parejas mixtas y sus correspondientes efectos personales y patrimoniales que son regulados mediante la norma de conflicto contenida en el art. 9.2. CE., y

En segundo lugar, en el ámbito del derecho de extranjería, las familias transnacionales y su extensa estructura diseñada alrededor de los derechos a vivir en familia, para los ciudadanos nacionales de terceros países no miembros de la UE y del derecho a la libre circulación para los ciudadanos nacionales de países miembros de la UE.

4. Finalmente, indicar que las incidencias y conflictos en cuanto al reconocimiento de derechos a los nuevos modelos de familia y su pleno ejercicio del derecho a vivir en familia están siendo resueltos principalmente por el TEDH. A nivel interno, los conflictos son resueltos primordialmente por el TC, tribunal que dota de un carácter no fundamental al derecho a vivir en familia y esta situación nos conduce a una mayor expectativa en cuanto a

la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con el que se intentará homogeneizar y dar mayor coherencia a los criterios de los distintos en el marco de la UE.

BIBLIOGRAFIA

AJA ELISEO, MONTILLA MARTOS JOSE A., *Los derechos de los inmigrantes en España*. Instituto de Dret Público. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

AJA, ELISEO. *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. 2ª Edición. Instituto de Derecho. Público. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

ALONSO PEREZ, JOSE IGNACIO. *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*. Ed. Bosch. Barcelona, 2007

FERNANDEZ ROZAS, JOSE C., SANCHEZ LORENOZ SIXTO. *Derecho Internacional Privado*. 4ª edición. Ed. Thomson Civitas - Aranzadi. Navarra, 2007.

LAFONT NICUESA, LUIS, *Extranjería*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

MOYA MALAPERIA, DAVID. *Comentarios a la reforma de la Ley de extranjería (LO 2/2009)*. Instituto de Dret Público. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

RAVETLLAT BALLESTE, ISAAC. *La reagrupación familiar*. Ed. Bosch. Barcelona 2011.

ROCA TRIAS, ENCARNACION. *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Ed. Consejo general del Poder Judicial. Madrid, 2005.

SANCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER. *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia y Sucesiones*. Cuarta edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005.

SATORRAS FIORETTI, ROSA MARÍA. *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*. 3ª edición. Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 2004.

VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS., RICO IÑIGO, MARTA. *Derecho de Familia*. Ed. Bosch. Barcelona 2011.



LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA BIOÉTICA

CORONEL AQUINO, Nancy⁷⁵

SUMARIO: Valoración ética – Valoración jurídica – Conclusiones – Bibliografía

RESUMEN

El óvulo fecundado por un espermatozoide es ya persona humana, con un acto de ser, con un cuerpo y con un alma y por lo tanto su primer deseo humano es el derecho a vivir. El avance de la ciencia médico-biológica, incorpora nuevas situaciones fácticas que el derecho no puede dejar de comprender como es el caso de las consecuencias derivadas de la aplicación de las normas técnicas de reproducción humana asistida y específicamente a las técnicas de fertilización in vitro en los que el procedimiento utiliza espermatozoides y óvulos necesarios para producir sólo un embrión vivo pero varios embriones quedarían congelados sin saber cuál es su destino generando la pregunta, ¿qué sucede con aquellos seres humanos congelados en el laboratorio?. Este problema requiere de una legislación adecuada y urgente.

Palabras clave: Técnicas de reproducción humana asistida, técnicas de fertilización in vitro, derecho a la procreación, paternidad y maternidad, esterilidad e infertilidad, embriones crio conservados congelados, tráfico comercial, adopción pre-natal.

ABSTRACT

Key words:

En estos últimos tiempos, con el avance de la ciencia médica - biológica se viene incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones fácticas, que el derecho no puede quedar ajeno, nos referimos a las consecuencias de la aplicación de las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁷⁶, y específicamente a las Técnicas de Fertilización In Vitro, en las que si bien se hace efectivo el derecho a la procreación y por ende el derecho a la paternidad y maternidad, como una solución de avance científico que ofrece a las parejas con problemas de esterilidad e infertilidad, sin embargo, es conocido que durante dicho procedimiento se utilizan no solo la cantidad de espermatozoides y óvulos necesarios para producir un solo embrión, sino varios, y consecuentemente como producto de dicho procedimiento, quedan embriones vivos sobrantes los mismos que se encuentran congelados en los laboratorios, sin saber cuál es su final; la pregunta que viene a colación es la siguiente:

⁷⁵ Juez Superior de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁷⁶ Definidas como métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación.

¿Qué sucede con los otros embriones sobrantes?, ¿Qué sucede con aquellos seres humanos que permanecen congelados en los laboratorios reproductores, que no siendo utilizados para la reproducción de sus progenitores, se están acumulando en diferentes bancos de embriones?. Sin duda es un problema ético legal, que requiere de legislación urgente.

VALORACION ETICA. Cabe destacar, que en 1978, el *Kennedy Institute* de la Universidad Jesuita de Georgetown en Estados Unidos, publicó la primera Enciclopedia de Bioética dirigida por Warren Reich, un teólogo católico, donde se define a la Bioética como el "*estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud, examinado a la luz de los valores y principios morales*"; Este campo se dedica a encontrar una solución adecuada a los frecuentes dilemas éticos que se plantean en la práctica, en la investigación con seres humanos. Algunos consideran, como la iglesia católica, que debe prohibirse la investigación con seres humanos y por lo tanto no permitir la práctica clínica de la fecundación in vitro, sin embargo consideramos que ello no es una solución al problema, no obstante, resulta evidente la existencia de un número creciente de embriones criopreservados congelados, sin protección legal y susceptibles del tráfico comercial, como objetos de valor patrimonial, lo cual también constituye un problema ético y social relevante.

VALORACION JURIDICA. En principio se hace insoslayable, determinar *¿cuál es la naturaleza jurídica que tienen dichos embriones?*, algunos consideran que tales embriones simplemente son un grupo de células susceptibles de ser utilizados en el laboratorio para la lucha de ciertas enfermedades, para detectar ciertas anomalías genéticas, o para mejoramiento de la raza humana, mientras que otros hacen distinciones otorgándoles un estatus jurídico de acuerdo al tiempo de procreación; que en efecto, en el caso de la legislación española, por ejemplo, el ser humano hasta los 14 días de concebido, le otorga la calidad "*pre – embrión*"; hasta los dos meses y medio, "*embrión*" y hasta su nacimiento, "*feto*". Entendiendo por "*pre- embrión*", "***al embrión in vitro constituido por un grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde***", conforme lo regula el inciso 2 del Artículo 1º de la Ley 14/2006, sobre "*Técnicas de Reproducción Humana Asistida*".

Que en nuestro país, en el Código Civil, en su Artículo 1º regula que "*La persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.*". Norma que implícitamente quedó derogada⁷⁷ al entrar en vigencia el Código de los Niños y Adolescentes, (Decreto Ley 26102) con fecha 28 de junio de 1993, en el cual recogióse el "*Sistema de Protección Integral*" contenido en la Convención Sobre los Derechos del Niño⁷⁸, en virtud del cual se definió "***al niño***" como persona humana desde la concepción, ello para evitar las manipulaciones o experimentos genéticos, puesto que el tratamiento condicionado a que nazca vivo, que le otorgó el Código Civil, implicaba también desprotegerlo de ciertos derechos;

Que en efecto, el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes regula que "*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad.... El Estado protege al concebido para todo lo que le*

⁷⁷ En merito a lo dispuesto en el Artículo I del Título Preliminar de dicho Código.

⁷⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa número 25278 del 03 de agosto de 1990.

favorece. ...” y el Artículo II del mismo cuerpo legal establece que “*el niño es sujeto de derechos, libertades y de protección específica.*”.

Que en el quehacer jurisdiccional se conoció de un caso de Impugnación de Maternidad⁷⁹, en virtud del cual los padres biológicos hicieron realidad su derecho de tales, mediante fecundación in vitro, con la colaboración altruista de una tercera persona de sexo femenino, quien albergó y alimentó en su vientre durante toda la etapa de gestación a la niña concebida hasta su nacimiento; Que durante el curso de dicho proceso, se tomó conocimiento que durante el procedimiento de fertilización quedaron tres embriones congelados vivos los que se encontraban en un laboratorio clínico de ésta ciudad; Que ante tales circunstancias, y considerando a que conforme lo dispone el Artículo 1° del citado Código de los Niños y Adolescentes, “*El niño y el Adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.*” y que el citado Código de los Niños y Adolescentes “*...garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.*”, se tomaron las medidas necesarias a efectos de hacer efectivos los derechos fundamentales de los citados seres humanos crio conservados, como el derecho a la vida, derecho a crecer, derecho a nacer, derecho a conocer a sus padres, derecho a desarrollarse en el seno de una familia, etc. Se legislo en el caso concreto, toda vez que en nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones fácticas y proteja los derechos de estos niños, por considerar al Juez un creador del derecho a tenor de lo prescrito en el inciso 8 del Artículo 139° de la Constitución Política del Estado. Todo ello, en observancia además de la Novena Parte del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece “*...Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”...*”⁸⁰ puesto que los derechos fundamentales a la vida, a crecer, a nacer, son considerados derechos indisponibles.

Que tomando como base el derecho comparado, y en dicho caso concreto, la legislación española, la Ley 14/2006 sobre “*Técnicas de Reproducción Asistida*”, del 26 de mayo del 2006, en su Artículo 11° establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crio-conservados, como: 1) *Su utilización* por la propia mujer o su cónyuge; 2) *La donación* con fines reproductivos; 3) *La donación* con fines de investigación; y 4) *El cese de su conservación* sin otra utilización (la muerte de dicho embrión));

De acuerdo a nuestro derecho nacional, que recoge el Sistema de Protección Integral, solo resulta válido, ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujeto de derecho, sino objeto de derecho, afecta principios elementales de la dignidad humana, *dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable*, como instrumento o medio, y por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, más aún que conforme la última parte del Artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley Número 26842, “*Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*”; La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crio-conservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su

⁷⁹ Expediente número 183515-2006-00113.

⁸⁰ Norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, en mérito a los dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículos 3° de la misma norma legal;

concepción; que por dichas razones se *dictaron medidas destinadas a hacer efectivo el derecho a la vida que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado.*

Que dichas medidas constituyeron en: 1) Otorgar el plazo de dos años a efectos que los padres de los “*concebidos*” hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los citados embriones concebidos producto de la fecundación In Vitro de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados, sea mediante implantación en el vientre materno o una subrogación de vientre de tercera persona sin fines de lucro, contados a partir de que dicha resolución quede consentida y/o ejecutoriada; 2) Disponer que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran el precitado mandato, cursar oficios al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso tutelar de abandono de los citados embriones congelados y puedan otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el “*Derecho a la vida*” que tienen aquellos seres humanos, en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica; 3) También se dispuso que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de “*Amicus curiae*” (amigo de la Corte) y encargado de la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, de acuerdo al artículo 162° de la Constitución Política del Estado y artículo 1° de su Ley Orgánica, ley número 26520, *supervise* el cumplimiento y la ejecución de dicha sentencia.

Que tales medidas se tomaron considerando en primer lugar que el derecho a la vida es un derecho fundamental que no se puede soslayar, que permitir lo contrario, aun por omisión, constituye un atentado contra la ética, que el Órgano Jurisdiccional del Estado no puede avalar; que el permitir que seres humanos permanezcan en estado de desarrollo humano de “*concebido*” y “*congelados*” en forma indeterminada, flagrante inobservancia a lo dispuesto en el artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño que regula que: “1. *Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.* 2. *Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño...*”, concordado con el artículo 3° de dicha norma supranacional que prescribe: “1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* 2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres,... y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*”, que por lo tanto estando a que han sido los padres los que los han concebido utilizando dicha técnica, aquellos tienen el deber, en primer orden, de hacer efectivo tales derechos.

También se previno que si por razones de fuerza mayor aquellos no pudiesen hacer efectivo los derechos de los niños en el plazo de dos años, es el Juzgado de Familia o el Ministerio de la Mujer, quienes deben promover el proceso tutelar de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo su “*Derecho a la vida*”, toda vez que existen en la actualidad listas de espera de varios años de parejas que desean adoptar un niño, siendo que los “*embriones sobrantes*” deben descongelarse con el fin de transferirlos al útero de las madres adoptivas que desean gestarlos. Implantándose así el proceso de adopción prenatal, aplicándose supletoriamente las normas que regulan la adopción de nacidos (Adopción tutelar o excepcional), y así puede darse cumplimiento a los derechos de los niños, y de los adoptantes, esto es los derechos de

vivir y procrear, respectivamente. Que para evitar que las disposiciones de dicha sentencia judicial queden en olvido, dado que un expediente concluido, necesariamente queda archivado a los cuatro meses por falta de impulso procesal, según normas administrativas de la Corte Superior de Justicia de Lima, se dispuso que se supervise el cumplimiento y la ejecución de dicha sentencia, por la Defensoría del Pueblo considerando su rol de protector, promotor y defensor de los derechos fundamentales;

Que dicha sentencia fue elevada en Consulta a la Corte Suprema de Justicia de la Republica, vía control difuso, en merito a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por: 1) Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y 2) Haber dispuesto de oficio, pese a no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la citada institución médica privada, por constituir derechos indisponibles, inaplicado las restricciones dispuestas en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo “*Ultra y Extra Petita*”, *al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de “la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales”* conforme lo prescribe el inciso 3 del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica desaprobó dicho extremo consultado, con la sola consideración “*que se ha incurrido en vicio de congruencia extra - petita al no haber sido materia de la pretensión demandada*”; que sin embargo, la Suprema Corte no consideró que tratándose de derechos indisponibles, en los que están involucrados derechos de niños, el Estado tiene el poder - deber de impartir medidas necesarias a efectos de preservar sus derechos, conforme lo regula el artículo 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño que prescribe que “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.*” La que, como se repite, forma parte del derecho nacional.⁸¹. Que aún más, el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema Republica, *Casación 4664-2010-Puno*, emitido con fecha 18 de marzo del 2011, dejó establecido que “*...las finalidades fundamentales tuitivas a la familia trascienden a los intereses estrictamente individuales, de modo que su incumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual... ”*.

⁸¹ Que en efecto, así se lee en dicho precedente vinculante: “*...Que el derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc. De allí que se diferencie del proceso civil en razón de la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas....La naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro tenga el Juez de Familia amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos. Las finalidades fundamentales tuitivas a la familia trascienden a los intereses estrictamente individuales, de modo que su incumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual... Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al Principio de Congruencia Procesal cuando un Juez de Familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos... en tal sentido no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitir la flexibilización del Principio de Congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiere planteado la demanda... ”*.

Que en ejercicio al derecho a la crítica de las resoluciones judiciales prevista constitucionalmente, dicha sentencia ha sido cuestionada académicamente⁸², en el sentido que “...el obligar a una mujer enferma a gestar por sí o bien buscar quien gaste por ella, a tres óvulos fecundados crio conservados, y poner a tal fin un plazo perentorio de dos años, bajo amenaza de iniciarle a ella y a su esposo un proceso de abandono de menores es ir demasiado lejos. ¿Dónde queda el derecho a elegir el número y espacio entre los hijos?, ¿Dónde su derecho a la integridad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad? ¿De que manera se respeta su dignidad al convertirla a ella a riesgo de su vida, o bien a una tercera mujer, con el costo físico y emocional que una maternidad subrogada conlleva, en una incubadora?...”; que efectivamente nos encontramos frente a dos derechos constitucionales opuestos, nos referimos a los derechos de tres niños, seres humanos en estado de “concebidos”, que no pueden valerse por sí mismos, cuyos derechos fundamentales se encuentran objetivamente vulnerados, y los derechos de dos personas (los padres) con plena capacidad de ejercicio, quienes decidieron voluntariamente vía fecundación in vitro procrear a estos niños, los mismos que se encuentran en estado de indefensión “congelados vivos”, recordemos que un derecho constitucional, por su naturaleza no es absoluto, será mediante una ponderación de derechos, en el que se determinará cuál de ellos cede para dar prioridad al otro, por nuestra parte, está clara la decisión adoptada;

Que por otro lado, la disposición emitida en el sentido de que si en el plazo de dos años los padres no hacen efectivo el derecho a la vida de sus hijos, deben ser dados en adopción, a fin de transferirlos al útero de madres adoptivas que deseen gestarlos; ello de ninguna manera puede constituir una amenaza para los padres, muy por el contrario, constituye la respuesta por parte del Estado en otorgar a los padres el derecho de preferencia en hacer efectivo los derechos fundamentales de tales niños, como el derecho a la vida, el derecho a nacer, el derecho a crecer, y demás derechos inherentes a la persona humana, toda vez que de ninguna manera el Estado puede permitir o soslayar que “un niño”, “un concebido” quede en la eternidad congelado, vivo y sin protección legal; lo contrario implica afectar derechos fundamentales que la ética ni el derecho permiten ; de allí la necesidad imperante de regular sobre esta materia.

⁸² Por Paula Siverino Bavio, abogada por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Civil y Bioética de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Inca Garcilaso de la Vega, en su Artículo “¿Quién llamo a la cigüeña? Maternidad Impugnada e Identidad Genética.” Pub. En Dialogo con la Jurisprudencia, Tomo 141, Junio del 2010, Pág. 140/160.

CONCLUSIONES

1. Según el artículo 1° del código civil, la atribución de derechos patrimoniales al concebido, está condicionado a que nazca vivo. Norma que implícitamente ha quedado derogada por el código de los niños y adolescentes que define al niño como persona humana desde la concepción, (art. I, título preliminar), ello para evitar manipulaciones o experimentos genéticos.
2. En el Perú aún no se expide una ley de reproducción humana asistida que regule estas situaciones fácticas y proteja los derechos de estos niños por considerar al juez un creador del derecho a tenor de lo prescrito en el inciso h del artículo 139 de la constitución política del Estado.
3. Los diferentes destinos posibles que podrían darse a los embriones crio conservados su utilización, su donación o el cese de su conservación, (muerte de dicho embrión).
4. El derecho a la vida es un derecho fundamental que no se puede soslayar, por tanto, su omisión constituye un atentado contra la ética que no puede ser avalado por el órgano jurisdiccional del Estado.
5. Existen en la actualidad listas de espera, de varios años, de parejas que desean adoptar un niño; consecuentemente sería conveniente que los embriones sobrantes sean descongelados con el fin de transferirlos al útero de las madres adoptivas que deseen gestarlos; implantándose así el proceso de adopción pre natal, aplicándose supletoriamente las normas que regulan la adopción de nacidos y así poderse dar cumplimiento a los derechos de los niños y de los adoptantes, es decir vivir y procrear respectivamente.
6. El Estado no puede permitir que un niño, un concebido quede eternamente congelado vivo y sin protección legal. Lo contrario implica afectar derechos fundamentales que la ética ni el derecho permiten; de allí la imperiosa necesidad de legislar sobre la materia.

BIBLIOGRAFIA

- SIVERINO BAVIO, Paulo. (2010). *¿Quién llamó a la cigüeña?. Maternidad impugnada e identidad genética. Diálogos con la jurisprudencia*, tomo 141 (pp.140/160)
- Casación 4664-2010 del 18.03.11 Puno
- Código de los niños y adolescentes
- Código civil (art. 1)
- Convención sobre los derechos del niño. ONU ratificada por resolución legislativa 25278 del 03.08.90
- Constitución política del Estado (4ta. Disposición final y transitoria)
- Expediente sobre fecundación in vitro N° 183515-2006-00113
- Ley 26520 Ley orgánica de la defensoría del pueblo
- Ley general de salud
- Ley 14/2006. Técnicas de reproducción humana asistida. España



EL MARCO LÓGICO DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y LAS INTANGIBILIDADES DEL RÉGIMEN NORMATIVO EN EL DERECHO PARLAMENTARIO

DELGADO-GUEMBES, César (*)

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El concepto cerrado del sistema legal y la naturaleza externa de las fuentes del derecho.

1. Introducción

Cuando se examina la cuestión de las fuentes dentro del discurso especializado que se asume como patrimonio preferente y esfera de control de quienes se ocupan del derecho, se asume automática y virtualmente preconcepciones sobre qué es el derecho. Esas preconcepciones resultan del supuesto mejor saber técnico de quienes reciben entrenamiento universitario para hablar sobre el derecho. El supuesto mejor saber no es objeto de cuestionamiento y es más bien parte del conjunto de creencias compartidas de manera masiva y generalizada.

El problema de la asunción del supuesto mejor saber técnico de quienes reciben formación especializada en el derecho es que en aras de la certeza se corre el riesgo de sacrificar la mejor comprensión de la realidad. En especial cuando esas certezas resultan de la repetición de criterios o pautas de análisis como si poseyeran capacidades axiomáticas. La certeza es un atributo inherente al conocimiento y en sí misma no es en absoluto desdeñable. Lo que sí es materia de conocimiento es exhibir la certeza con ignorancia o menosprecio por la verdad que no llega a ser aprehendida. La certeza es una cualidad del conocimiento, pero su condición no es patrimonio del sujeto que cree poseerla. No son lo mismo el conocimiento cierto, que el sujeto que cree poseer la certeza del conocimiento. La certeza se aplica sobre el objeto del conocimiento, pero el sujeto puede sólo creer o declarar la certeza sin que esta sea en efecto una propiedad del objeto sobre el que afirma tener certeza.

Esta es una materia decisiva en cuestión de las fuentes del derecho parlamentario porque del concepto que se maneje y tenga sobre qué es el derecho y cuándo estamos ante una norma con capacidad vinculante de generar un sentido de orden colectivo dependerá

* El autor es abogado (1983), tiene estudios de pregrado en filosofía (1974-1975) y en ciencia política, y ha concluido el posgrado en sociología (2007) por la Pontificia Universidad Católica del Perú. En su condición de investigador de la institución parlamentaria ha publicado libros y artículos especializados sobre el estatuto, la organización, gestión, procesos y normatividad parlamentaria entre los que se cuenta *Manual del Parlamento* (2012); *Para la Representación de la República* (2011); *Prerrogativas Parlamentarias* (2007); *Congreso: Procedimientos Internos* (1995); y *Qué Parlamento Queremos* (1992). Es profesor de derecho, gestión y procesos parlamentarios en varias universidades peruanas. Está vinculado laboralmente al Congreso desde 1980, donde se ha desempeñado en posiciones asesoriales y funcionariales. Fue Sub Oficial Mayor de la Cámara de Diputados (1991-1992), Oficial Mayor del Congreso (2003), y Director General Parlamentario (2003, y 2010). Para acceder a las publicaciones electrónicas del autor puede llegarse a través del enlace electrónico <http://www.scribd.com/people/view/5117586-delgadoguembes>.

también cuándo se considere que existe vulneración del orden o incumplimiento del mismo. La irregularidad de los actos parlamentarios se concreta no sólo respecto de la literalidad de una proposición normativa, como no basta que se clame tal irregularidad por quien esté en posición o posibilidad de afectar decisivamente la realidad en su favor, para que el orden parlamentario sea el justo o el correcto. El juicio sobre el orden y el derecho, y por lo mismo, sobre la fuente de la que se deriva ese orden y derecho y la validez de las decisiones normativas, no se produce con independencia del concepto que el operador o agente de la interpretación o de la aplicación asuma de modo explícito o tácito.

Precisamente por la última razón es que es una cuestión de primera importancia establecer la base desde la cual se propone una teoría de las fuentes. No hay modo de proponer un marco razonable de ordenamiento colectivo que no suponga el reconocimiento y declaración de las premisas desde las cuales se deduce qué es y qué no es una fuente que vincule jurídicamente los actos o las conductas en los procesos que se desarrollan en el órgano estatal de la representación. Obviar las premisas y base desde la cual se reconoce qué tipo de acto constituye una fuente con capacidad normativa vinculante supondría la elaboración indiscriminada de planteamientos con ocultamiento del fundamento del desarrollo que se propone, y por lo tanto también una imposición vertical de modos de entender la operación del proceso hermenéutico, que no se compadece precisamente con el carácter reflexivo de cualquier organización colectiva que se jacte de su propia flexibilidad y pluralidad política.

2.1 El concepto cerrado del sistema legal y la naturaleza externa de las fuentes de derecho

Las fuentes de derecho tienen un significado claro para quienes se forman en la disciplina jurídica. Para los abogados o juristas las fuentes son la autoridad normativa a la que se le reconoce efectos vinculantes. Cuando una fuente de derecho no se acata o cumple el propio derecho prevé mecanismos de coacción para asegurar que la conducta se ajusta al precepto. El derecho basta en sí mismo como autoridad para generar conductas obligatorias, y no depende de orden ajeno al derecho mismo.

La claridad que tiene el asunto para quienes están vinculados al derecho y a la abogacía deriva de la formación que las escuelas de derecho ofrecen, así como de la concepción que de modo generalizado y uniformemente se sostiene en la práctica de la disciplina en los diferentes niveles de la vida estatal (en la administración pública y en la administración de justicia) o en la práctica privada. Es una claridad que deriva de una misma concepción o modelo paradigmático del derecho.

Esa concepción y modelo asume que el derecho es un ámbito cerrado en sí mismo, cuyo sustento es normativo. La ley es el sustento de la ley. La ley se basta a sí misma. No existe orden ajeno que funde o en el que se respalde el fundamento del derecho. La norma es el axioma que no requiere justificación. Es necesaria sin requerir demostración, y si se realiza el ejercicio de demostrarla es para reiterar el circunloquio. La ley es un bien que no requiere demostración. Es buena porque lo es. Es necesaria porque sin ella la sociedad es inviable. El hombre no puede existir sin ley. Sin ley el hombre deja de tener la naturaleza que lo define. La ley, en suma, es una profecía autocumplida.

La tendencia uniforme y dominante suele representarse el derecho como un cuerpo seguro, predecible y confiable, donde no cuenta otra cosa que el producto objetivo que los actores elaboran y producen *tout court*. Se asumen las tesis erróneas de que el derecho es un

cuerpo autosuficiente y hermético, sostenible como base política de conductas socialmente obligatorias e imponibles, independientemente de la fuente que produce las normas, las ejecuta o dicta jurisprudencia según ellas. Su pretensión es eliminar la subjetividad, o la particularidad de que sean unas personas y no otras quienes elijan y decidan qué es derecho. Detrás de tal pretensión se avizora igualmente la supuesta eliminación de la controversia respecto ya no de las subjetividades o de las personas, sino de los sentidos que las mismas subjetividades y personas le dan al derecho cuando surge una situación de discrepancia, controversia, conflicto o antagonismo en la sociedad o en la vida política.

En esa misma perspectiva general en el universo de la academia jurídica no suele discutirse ni dudarse mucho sobre el fundamento de la naturaleza legal de los preceptos. Y ello es así porque, en el proceso de especialización que caracteriza a la modernidad, el corpus del derecho ha ido segregando fuera de su ámbito normativo normas sociales, morales o religiosas. El derecho es una disciplina que se afirma contemporáneamente en el concepto de que la norma es imponible por quien cuenta con competencia reconocida para hacerlo en nombre del Estado. Entre esas normas se menciona la Constitución, las leyes y tratados, los decretos y resoluciones administrativas del gobierno, los contratos y las sentencias jurisdiccionales.

Ese concepto cerrado de lo que tiene naturaleza jurídica es parte de la compartimentalización de las ciencias, a propósito de premisas que regulan conceptualmente los bordes de las competencias y de la especialización. En el propósito de asegurar la comprensión de los distintos objetos de estudio, disciplinas como el derecho han ajustado los linderos de sus alcances a límites tales que llega a verse cada vez menos cómo el objeto básico de toda ciencia o disciplina está relacionado con el sistema de vida humana. Las ciencias, y entre ellas el derecho, enfrentan un cuadro de pulverización o desintegración de su naturaleza.

La ventaja que representa tener el campo de juego delimitado, a su vez tiene el inconveniente de aislar analíticamente una realidad que trasciende a las esferas de cada una de las disciplinas en potencial disputa sobre la explicación de la realidad. La formalización de los límites entre las distintas esferas del conocimiento en realidad oscurece la comprensión de la realidad. Es una forma de simular y simplificar la inaprehensibilidad de la realidad, mediante un recurso técnico que hace abstracción de la compleja diversidad material que abordan las distintas especialidades y disciplinas académicas.

De ahí que lo usual que sería referir el problema de las fuentes del derecho parlamentario a un tema formal, configure una situación y una experiencia limitante en la que resulte inevitable el cercenamiento de parte importante de las dimensiones del ser humano. La perspectiva formal de la cuestión de las fuentes del derecho, según suele referirla tradicionalmente la escuela y la academia, adopta incuestionadamente una posición unidimensional. Unidimensionalidad definida a partir de la negación de factores que explican el sentido del derecho como una disciplina que nace del propósito de asegurar una sociedad con relaciones justas. La perspectiva en la que hoy se conoce y estudia el derecho lo concibe como un fenómeno o como una cosa ajena y extraña al deseo de justicia. El derecho se queda hoy sólo con la dimensión lineal de la validez positiva para imponer coactivamente normas dictadas por quien tiene fuerza suficiente para dictar la norma sin resistencia en la sociedad.

Si es así que la concepción unidimensional del derecho entendido sólo como validez legal elimina esferas esenciales de la vida de relación del ser humano, y que la ley es precisamente uno de los productos que elabora el parlamento con la capacidad que tienen sus miembros en el órgano estatal responsable de la representación para decidir qué es a lo se dará la condición de materia coaccionable con la fuerza, la hegemonía y el monopolio que tiene el Estado para someter al individuo, si ello es así, parece razonable que el cuestionamiento sobre esa misma concepción formal, lineal, y unidimensional, que se sustenta en la sola validez y en la fuerza para imponer o someter a la sociedad según la voluntad de quien tiene la fuerza para hacerlo, reciba una atención especial para tratar de encontrar vías o modos de entender y de hacer la ley que incluyan de modo efectivo otras dimensiones de la ley que permitan comprender por qué debe existir una ley y cómo debe ella asimilar el entorno de factores cuya inclusión permitiría a la sociedad contar con leyes justas, y no sólo válidamente discutidas, aprobadas y cumplidas.

Un mínimo de espíritu crítico demanda y exige reflexiones básicas. No es cuestión de no hacerse de problemas teóricos o innecesarios, ni de que los abogados pierdan inútilmente el tiempo con dilemas poco prácticos. Lamentablemente para los hábitos pragmáticos o utilitarios del hombre moderno y del modelo democrático igualitario, el descuido, negligencia, indiferencia, desinterés o ignorancia de la dimensión teórica forman parte de una actitud que desconoce y subvierte la capacidad y posibilidad de conocer y de hablar apropiadamente de la realidad. Ese hombre y ese modelo contemporáneos optan por el pragmatismo de los resultados, como si obtener logros fuese una prioridad con el poder de excluir o negar cualquier otra actividad humana.

Esta disposición es parte igualmente de las actitudes y de las prioridades axiológicas del abogado. En particular cuando se plantea el análisis pragmático de las consecuencias concretas de la acción humana. Una de las versiones más elaboradas de esta disposición o actitud en relación con el derecho es la escuela del análisis económico del derecho, que en parte fue el antídoto frente al positivismo jurídico, para el cual la ley tiene una dimensión y valor autónomo e independiente del contexto político, sociológico o histórico en el que el derecho se afirma.

La actitud pragmática, instrumental o utilitaria que sobrevalora el rendimiento, los efectos o los beneficios, importa también, implícitamente, una toma de posición sobre el ser, la verdad y el valor de las cosas sobre las que tramitan procesos o se accionan pretensiones. Supone que el valor del derecho se mide y aprecia según la eficacia que la norma tiene para cambiar la realidad sobre la que se la pretende aplicar de forma que agregue una ganancia socialmente tangible y sostenible para la colectividad. Adoptar las prioridades teóricas del método inherente al pragmatismo excluye otros modos de valorar la naturaleza del orden político según los cuales más allá de la dimensión práctica, de los resultados o de los beneficios sociales, existen principios o fines que deben alcanzarse independientemente del costo o ventajas económicas para la colectividad.

Cuando se ignora la dimensión teórica de los problemas cuya solución se aspira a alcanzar con criterio práctico la consecuencia es que se da por descontado y se pasan por alto aspectos significativos en la calidad de la existencia humana cuyo valor no es priorizado por razones instrumentales, utilitarias o pragmáticas. La visión utilitarista del mundo, del hombre, de la sociedad y de la vida en general, es sólo una racionalidad o mentalidad más en el múltiple espectro cultural en que concurren o compiten las opciones y posiciones filosóficas a partir de las cuales se produce la praxis política. La pretensión de hegemonizar el discurso

jurídico a partir de la posición instrumental en general, o de la escuela del análisis económico del derecho en singular, debe asumir el carácter parcial y particular que le corresponde entre la diversidad de escuelas, de forma que los procesos de creación, interpretación o aplicación del derecho no se formulen con carácter axiomático o dogmático. Contrariamente el derecho se convertiría en una disciplina de naturaleza semejante a la que tiene la religión, o formas fundamentalistas de orientar la acción humana.

Lo práctico es encontrar soluciones cuando el tema legal aparece y afecta intereses concretos de las personas, y no generar un problema que ponga al sujeto en emergencias prácticas inexistentes. La teoría del derecho resulta una cuestión de indeseables dimensiones, cuya naturaleza y alcances es inconveniente examinar, a menos que sobreviniesen cuestiones que exigieran evaluación y soluciones concretas. Sin tal emergencia la discusión es inútil e improductiva, porque lo que no exige una respuesta para un problema efectivo en la interacción social carece de significancia o trascendencia.

Una dimensión del problema está asociada, por esta misma razón, a la aparente dificultad de advertir y constatar cómo es precisamente que la falta de visión es la que impide a la comunidad jurídica en general darse cuenta del impacto que tienen los paradigmas teóricos en cuestiones concretas y prácticas relacionadas con el desarrollo social y con el bienestar de la comunidad. La dificultad o incapacidad de ver más allá de la frontera de la legalidad, es la que convierte a la profesión legal en un coto sumiso y mecanizado de practicantes de la ley, que no alcanza a cumplir los fines que los valores y principios inherentes al derecho demandan de la ley y de quienes la administran y practican. Por el contrario familiarizarse con el fundamento teórico y con el origen conceptual de la normatividad legal habilita y capacita más al derecho y a sus operadores para alcanzar logros y resultados colectivos mucho más valiosos que los que pueden obtener debido al reducido marco en el que se enseña el derecho y en el que se ejercita la profesión legal.

Más allá de la supuesta irrelevancia de la dimensión teórica para el monopolio de la actitud pragmática o positivista, la cuestión sí tiene trascendencia y significación cuando el objetivo es definir si las decisiones políticas exigen todas sustento en el derecho, o si es una finalidad política la que decide que exista un orden legal fijado de acuerdo a una autoridad cuya potestad de decir la ley no pueda justificarse sólo en la ley misma sino en una fuente anterior o ajena a la ley misma. El cuestionamiento y crítica a la autosuficiencia de la legalidad no puede dejar de atender un tema como el de la fuente del poder o la fuente de la legalidad. La ley no es creada por la ley sino por un agente u operador que la define y que, además, la impone. La capacidad de decidir los términos de la ley, o la simple y básica capacidad de decir qué es una ley de alcance general para toda una asociación colectiva no puede resolverse dentro del sistema legal. Ese es un límite que la legalidad no puede resolver técnicamente. La ley no se sustenta en una decisión legal. No hay decisión legal sin sujeto que la decida, ni voluntad que la defina. La ley es insuficiente para fijar sus propios contenidos. Requiere de reglas, voluntad y sujeto capaces de definir sus contenidos.

Negar la capacidad de decidir la ley es ignorar la necesaria relación entre el poder y la legalidad. Esta es naturalmente una cuestión concreta innegable, cuyo desconocimiento o ignorancia pone a quien sólo se limita a operar desde la ley en la situación de súbdito de un orden en el que supuestamente no tiene capacidad de decisión. Una posición de esa naturaleza, sin embargo, no le hace favor alguno al régimen político en el que la legalidad es instrumento que apoya en el propósito de alcanzar resultados no todos los cuales son precisamente normativos.

Como se ve, hay por lo menos alguna dimensión anterior al derecho, desde la cual sus contenidos son fijados según un orden anterior a él. Para esa concepción del derecho es posible distinguir y diferenciar la capacidad o poder normativos sobre las conductas según fuentes no legales. Esas fuentes pueden ser internas, sociales, religiosas, morales o políticas. Cuando se refiere la cuestión de las fuentes de derecho se excluye en él, el carácter preceptivo de toda esfera diversa a la que tiene naturaleza legal. Y esa omisión no es precisamente una condición que auxilie en la comprensión del problema sobre las fuentes del derecho.

Hay una esfera esencial en la cuestión sobre la naturaleza y concepto del derecho que impacta respecto de la producción de la ley, y que además tiene que ver con la comprensión de la actividad productora de la ley. En el parlamento debe definirse cómo deben ser las normas que, además de producir la ley, aseguran adecuadamente la calidad de la representación de la comunidad. Esto es, el parlamento debe decirse a sí mismo cuál y cómo deben ser las normas para hacer las normas para todos, por cuenta de todos, y en interés de todos. Del concepto que tenga el parlamento de la ley y del derecho, dependerá el concepto y tipo de leyes que él mismo discuta y apruebe.

El hecho de que el parlamento sea el órgano responsable de decir la ley, lo pone en consecuencia en la posición de ser la instancia que debe decir la según otra ley que es desde la cual ejercita la potestad de discutirla y de aprobarla. La producción de la ley no se hace sólo desde la voluntad de quien decide cuál y cómo puede ser la ley. La cuestión es entonces conocer, determinar y definir cuál es ese universo normativo, cuáles son las fuentes de ese universo normativo, que ordena, en el propio Estado, a quienes les corresponde hacerlo porque tienen el mandato político, el poder estatal, y la competencia constitucional, para ordenar y legislar, desde el Estado, para toda la república. Cuál es ese universo normativo, pues, que deben observar los representantes políticos de la colectividad ante el Estado, y que permite el funcionamiento ordenado de la organización, procesos y actividad parlamentaria; cuál es su naturaleza; cuáles son los diferentes tipos de fuentes que ordenan o encarrilan las decisiones que les corresponde tomar por cuenta e interés de la república.

Aquí se ubica la cuestión de las fuentes del derecho parlamentario. No es lo mismo hablar de las fuentes del sistema jurídico peruano, que hablar de las fuentes de derecho para el órgano que decide y produce diversidad de actos, además de los legislativos, en el sistema político peruano. El sistema jurídico se refiere a la organización normativa general para toda la sociedad, ciertamente, pero lo singular de la cuestión del problema de las fuentes en el parlamento es que éste es el órgano desde el que se produce la ley desde la capacidad y voluntad representativa de toda la república.

El análisis y la cuestión de la fuente del derecho adquieren un significado especialmente trascendente cuando se aborda a partir de la experiencia de la producción concreta de la ley por el agente estatal preeminente a cargo de la definición y decisión sobre qué es la ley. De modo análogo tiene también singular trascendencia el estudio de las fuentes del derecho en la dimensión jurisprudencial, pero la capacidad reveladora parece especialmente superior cuando se examina la producción de la ley debido a una diferencia crítica.

En tanto que la judicatura se integra por profesionales cuya especialidad es el derecho, en el parlamento la especialidad desaparece porque los agentes de la ley son titulares del proceso de formación del derecho no en mérito a su conocimiento especializado de la

disciplina jurídica, sino en razón a cumplir con el principio central de la organización democrática del Estado que consiste en que la autoridad la tiene quien es elegido por el pueblo para establecer cuál es la ley de la república. De ahí que la revisión de la experiencia del agente a cargo de la producción de la ley permite comprender con mejor fundamento de causa cuál es la naturaleza de la ley y del Estado de derecho, y por lo tanto en qué consiste el sistema de producción de normas.

La teoría sobre las fuentes del derecho debe integrar e incorporar el fenómeno de la génesis política de la norma que en una sociedad y Estado democráticos está a cargo de quienes no deciden la ley según la ley, sino conforme a la voluntad y a la consciencia que de lo que debe ser ley tienen quienes representan a la sociedad. Y más que sólo integrar o incorporar, en realidad todo el problema de las fuentes del derecho deben asumir y suponer que en el núcleo y eje de la dimensión jurídica o legal la base no es propiamente legal sino quizá más concretamente una base de orden político o ético.

Ocurre, por ejemplo, que si el parlamento dice y decide la ley, es obvio que el nivel de exigibilidad de la ley para el propio parlamento no sea el mismo que para el resto de los órganos estatales, o que para el resto de la sociedad. Si el parlamento es el órgano estatal que impone la regla de la legalidad de la actividad de la comunidad, es coherente con esa posición que el propio parlamento asuma y funde su posición en un respeto similar por la ley desde la cual se fijarán los contenidos que luego obligará a toda la sociedad. Sin embargo, esa ley no se encuentra en el sistema legal, sino fuera de él, porque es desde fuera del conjunto normativo que alguien decide las normas por y para toda la comunidad. El carácter externo de la fuente de la norma, sin embargo, no excluye a quienes crean la norma de decidir qué es y cuál es el contenido de la norma según un orden que, sin ser propiamente legal, no deje de contar con el reconocimiento normativo de la misma comunidad que confía en quienes la representen para adopten normas generales válidas para toda la sociedad. La regla de distribución de funciones políticas mediante la cual unos dictan la norma legal y otros la siguen y observan, se basa en principios de organización colectiva suficientemente sólidos y confiables como para que la función normativa merezca legitimidad en la colectividad en general.

Se trata de dos órdenes paralelos, complementarios, con válvulas comunicantes entre uno y otro. El orden legalmente normativo y el orden normativo cuyos principios fundan la legalidad. Ese orden normativo tiene naturaleza política, en la medida que se refiere a la asociación y vínculo de unión de una comunidad bajo una misma autoridad y unas mismas reglas, y también tienen naturaleza ética en la medida que sin un mismo orden compartido de principios éticos la base de la comunidad decae o se degenera. La cohesión de la asociación política depende del reconocimiento de un mismo orden ético para la colectividad que se agrupa. No es que exista un contrato en el que se consigne en un momento pasado e ideal la decisión de dejar el estado de naturaleza (*exeundum e statu naturae*) para pasar al estado de derecho, sino que el desarrollo histórico de las relaciones políticas ha reconocido de modo inmemorial la institución de la unidad política bajo un mismo mando o directo o de carácter representativo, cuya base se sustenta en la preferencia de un cuerpo competente y virtuoso de autoridades antes que en la indiferencia en la calidad, competencia y virtud de dichos representantes.

Sólo el orden ético de la asociación política garantiza la legitimidad en el uso de la voluntad de las mayorías en el parlamento. La sola fuerza de las mayorías no garantiza la cohesión de la comunidad ni la legitimidad de la voluntad que ellas expresen. Es la

superioridad de la posición ética de la representación la que asegura que las normas que el Estado aprueba cohesionen y se reconozcan. El desarrollo político de la república se inspira, depende y se dirige hacia un Estado en cuya base existe un propósito ético y no sólo la mera reproducción de las reglas de decisión independientemente de la calidad moral de las mayorías que representan y que dictan las normas del país.

Debe en efecto tener alguna significación y sentido que quien tiene la capacidad, la potestad, la competencia, el poder y la fuerza para decir la ley, a partir de su sola voluntad corporativa, no esté lógicamente compelido a observar la ley en los mismos sentidos e intensidad que quienes no tienen la potestad de decir la ni decidirla a partir de su sola voluntad. Pero la lógica de la excepción legal, sin embargo, es distinta de la regla ética bajo la cual los representantes sí tienen igualdad de sujeción. En el plano político los representantes gozan de una posición jerárquicamente diferenciada y superior a la de quienes no son autoridad estatal. La voluntad de la representación expresa la voluntad de la colectividad, y por esta misma razón existe una relación cratológicamente asimétrica. A la expresión cratológica de la dimensión política, sin embargo, no le es ajena la dimensión ética a la que el poder se somete. La diferencia entre el despotismo o la tiranía, y el ejercicio ético de la autoridad, reside en que el despotismo y la tiranía son ejercicio de la fuerza sobre las mayorías; el ejercicio justo del poder, por el contrario, no se basa en la fuerza ni en la capacidad operativa y efectiva del ejercicio monopólico y legal del poder, sino en la correcta dirección y uso del poder según un orden y principios de conducta colectivamente superior.

De esa situación diferenciada es que cabe deducir que para el parlamento la ley no tiene el significado que tiene para quienes no son parte del parlamento. La experiencia parlamentaria permite ensanchar la comprensión de la ley y del derecho en modos tales que es improbable que se conozca en los foros especializados. El parlamento es existencialmente autónomo respecto a una ley que depende de su propia voluntad corporativa definir y decir. El resto de la sociedad no tiene la misma posición existencial que el parlamento respecto de la ley. La diferencia no es irrelevante, ni poco significativa. Por el contrario, los rasgos de diferenciación justifican la jerarquía y la propia razón de ser del Estado como garante ético y político del todo el orden comunitario.

2.2 Los límites normativos del parlamento y las intangibilidades implícitas en el ejercicio normativo de la representación

La capacidad reconocida al Congreso para definir el ordenamiento es una capacidad discrecional pero no ilimitada ni indefinida. Primero, porque no basta la sola voluntad de una mayoría para adoptar los acuerdos políticos o normativos que correspondan, toda vez que es necesario valorar la fuerza de las minorías además de reconocer el valor de los argumentos que plantean durante el debate. Y segundo, porque su capacidad de establecer contenidos tiene como parámetro el marco de principios éticos y valores políticos reconocidos por la comunidad. Las limitaciones materiales de la capacidad de las mayorías, y los límites intangibles de carácter ético y político fungen de encuadre normativo respecto de la actividad del Congreso.

¿Qué relación existe entre el encuadre normativo de carácter ético y político al que debe ceñirse el Congreso, y los límites que la Constitución prescribe para el ejercicio de sus atribuciones funcionales?. ¿Cabe reducir la naturaleza de los límites éticos y políticos a aquellos que recoge el texto constitucional? ¿Es esperable que las dimensiones éticas y políticas estén todas incluidas en el ámbito normativo de la constitucionalidad? De otro lado,

¿qué tipo de exigibilidad corresponde a los órdenes propia y exclusivamente éticos y políticos, más allá de la exigibilidad constitucional en el ejercicio del poder? Finalmente, ¿cuál es el ámbito intangible que limita la capacidad de acción ética, política o representativa de quienes tienen el mandato popular? ¿O es que la intangibilidad tiene sólo y únicamente una dimensión constitucional?

Las preguntas anteriores bordean la cuestión del núcleo esencial de la constitucionalidad de la asociación política del pueblo. Todo admite reforma siempre que el contenido no lesione esos núcleos esenciales de la constitucionalidad de la asociación. Esos núcleos son formalmente explícitos, o materialmente implícitos. Entre la explicitud de los textos formales que lo precisan, o el carácter tácito de los núcleos materiales presuntos, existe un margen considerable de acción representativa. Este margen comprende desde la interpretabilidad de los textos formales explícitos, hasta la indiscutibilidad de obvios núcleos materiales dados por válidos universalmente por la comunidad.

En cualquier caso es necesario tener claro que la intangibilidad de los núcleos esenciales no depende de si éstos son reconocidos, intuitivos, deducidos o insinuados, en las cláusulas de la Constitución, porque pretenderlo es una forma de mitificar el carácter básicamente orientador y provisorio que tiene todo documento normativo, y ello no obstante la ritualidad y especiales exigencias que se impone para acordar los preceptos que dicho documento incluye o incorpora en su textualidad. En realidad no hay rito político en sociedades modernas como en las que vivimos, capaz de congelar la fluidez de la dinámica vivencial de cualquier órgano o asociación políticas.

El culto a la documentalidad normativa de los textos legales es una forma de sacralizar o investir de religiosidad secular lo que por naturaleza no tiene mayor valor que las creencias, convicciones o compromisos efectivamente alcanzados por la comunidad durante el desarrollo de su historia. Son resabios que adjudican al documento lo que antes tuvo un origen trascendente a la humanidad. La ley moderna no es una ley cuyo contenido tenga garantía en ella misma. Es una ley siempre deliberable y argumentable por las comunidades en las que ella se reconoce como texto. Pero el documento mismo no es más valioso que la capacidad de las sociedades para reconocerla. La ley moderna, por esta razón, es sólo una ley inmanentemente fundada. No una ley externa cuyo cuidado y aplicación sea encomendado a una dinastía sacerdotal, guerrera o familiar, como la que sin mayor espíritu crítico pretende asumir por sí y ante sí la comunidad legal. La ley moderna es una ley sin otro vicario que quienes la viven hoy, aquí y en este mundo. No tiene más pontífices, diáconos ni custodios que quienes la operan y quienes debaten sobre sus alcances.

De ahí que las intangibilidades constitucionales no estén integradas por un canon o cuerpo venerable de preceptos, a cuya sola invocación se conjure la arbitrariedad por merced del dicho de la autoridad que los sentencia. Las intangibilidades constitucionales son las que se construyen mediante el discurso fundamentado de los operadores de los arreglos en casos de dilemas o conflictos normativos. El discurso legal no es un discurso acabado ni definitivo, sino contingente y temporalmente, en la medida en que lo sostienen quienes lo reconocen en la historia de la convivencia social. Lo que las leyes mandan tiene una legitimidad de origen cuando el proceso legislativo se desarrolla de modo concertado entre la pluralidad de representantes, pero esta legitimidad de origen no niega la legitimidad de desempeño que ampara la voluntad estatal emanada del órgano de representación. Sin convencimiento ni compromiso de la comunidad de destinatarios a los que ella se dirige la ley es un valor vacío e inservible

¿Qué es lo intangible e inabdicable en el mandato que deben cumplir quienes asumen la representación política para organizar los procesos y la actividad representativa? La Constitución en su sentido documental no pasa de actuar como un dique semántico cuya textualidad es tan penetrable como su textura. En casos la textura es similar a la del diamante, y en otros como la del talco. La diferencia en uno y otro casos no es el tenor literal ni explícito de su texto, sino el convencimiento y la fundamentación argumentativa con la que se afirma y construye la constitucionalidad por quienes operan la representación por cuenta e interés de la república. Y esas afirmaciones y construcción deliberativas o argumentativas son siempre juicios sujetos a validación y legitimización *ex post* por la comunidad de destinatarios cuyo poder ejercitan los representantes por su cuenta e interés.

En similar situación se encuentra la aplicación de la Constitución y de las leyes por los jueces, porque las supuestas objetividades y explicitudes documentales en que suelen descargar el ejercicio de sus atribuciones funcionales, son todas formas de convencimiento o de creencias inmanentes en la comunidad por la que hablan. Lo judicialmente obvio no es otra cosa que la apelación a convicciones inmanentes a la comunidad desde la que se habla. No porque el texto tenga el poder de salvar la obligación de fundar el fallo de la autoridad jurisdiccional, sino porque quien falla pretende hablar desde el núcleo de creencias o convicciones en las que le parece encontrar autoridad para cesar en el esfuerzo de fundamentar o argumentar su fallo, sentencia o resolución.

La cuestión es qué tan factible es encontrar contenidos determinados a los que quepa dárseles la fuerza inmanente de la indiscutibilidad que excuse la ausencia de fundamentación y la exigencia de argumentación. ¿Cuándo es que la autoridad se encuentra ante una creencia o convicción comunitaria tan evidentemente compartida que le sea excusada la obligación de fundar y razonar la decisión que toma en su calidad de autoridad estatal o política? Esos son los límites de la constitucionalidad. En unos casos esos límites serán documentalmente razonados, en otros serán meras creencias o convicciones compartidas no necesariamente derivables de los textos. En uno u otros casos las decisiones se basan en una creencia o en una convicción de la que se predica su valor universal y su inabdicabilidad. La razón última de una decisión política es siempre un criterio o principio en el que se cree encontrar la base esencial de la convivencia justa en una relación comunitaria. Llegar a esa razón última está en la base y el sentido elemental del ejercicio del mandato cuando debe decirse qué es la ley y qué es el derecho para la sociedad a la que se representa.

No hay en realidad más cláusulas pétreas o intangibles que las convicciones y creencias compartidas en la historia por los sujetos a cargo de un dilema colectivo, o de una cuestión cualquiera de importancia para la asociación política de la república. La comunidad es la única depositaria de esos valores intangibles, inmodificables o pétreos, y ellos siempre tienen carácter históricamente contingente. No hay más objetividad fuera de la inmanencia de las creencias compartidas y de las convicciones sostenidas colectivamente. Se trata, como puede verse, de un límite de naturaleza eminentemente intersubjetiva. Sólo lo que las creencias afirman, encuentran y reconocen como cierto o verdadero desde la concurrencia subjetiva de quienes intervienen y participan en la deliberación de asuntos colectivos tiene el carácter firme que alguna vez, antes de la modernidad, tuvieron las verdades universales y trascendentes.

El discurso legal que se pregunta por las inmunidades constitucionales que impiden redefiniciones no es más que la pretensión de encontrar verdades absolutas en comunidades históricas para las que hasta la pretensión del absoluto tiene carácter contingente. Detrás de la pretensión de inmunidad de los principios se oculta, en buena cuenta, la impotencia del derecho para garantizar verdades de orden objetivo y absoluto. Es un síntoma común en el derecho la actitud de asertividad con la que se espera negar la exigencia de sustento. La competencia es por decidir desde las creencias que no requieren fundamentación. Alcanzar la posición desde la que se enuncia lo que no se duda es una posición ética y políticamente poderosa. Es la dimensión de la actitud psíquica la que genera el vínculo de dominio y también de legitimidad. Por ello es que una comunidad basada en el sentido de dignidad y de honor de los ciudadanos requiere de su sentido crítico para no dar por evidente u obvio lo que no resulta ser más que el simulacro en el que el emisor de enunciados habla con una asertividad carente del adecuado sustento y razonabilidad.

El afán de poder es tanto más grande en las sociedades modernas cuanto más se siente la ausencia de un orden trascendente que asegure, elimine o mitigue la necesidad de argumentar y razonar las decisiones colectivas. De ahí los atajos que suelen tomar quienes, pretendiendo mayor seguridad que la humana y colectivamente alcanzable, asumen posiciones demagógicas y recurren a sofismas detrás de los cuales hay sólo poco más que un ego débil, e insuficientemente individuado, cuyos déficits se compensan con la imagen de líderes que creen ser y que proyectan socialmente, anteponiendo la astucia o sus habilidades seductoras, para compensar de esa manera la ansiedad que deja la fugacidad del éxitos y de la gloria, y dejar de enfrentar así la contingencia del mundo y de los proyectos históricos de nuestra existencia.

Las antiguas seguridades del orden trascendente en el que el hombre moderno deja de creer y del que pretende prescindir asumiendo para ese fin la pose del hombre omnipotente que se sobra y se basta con su sola razón y competencias individuales, no eximieron nunca del honor que genera sabernos mortales pero a la vez sujetos obligados de llevar y morir una vida virtuosa y reflexiva. No las vanas falacias del racionalismo que endiosa a la razón desligándola del orden divino. Parte de esa pretensión es la que acompaña al mito de las autosuficiencias autárquicas de la legalidad que postula la sumisión del poder y del Estado a las máscaras de la ley, ignorando que, paradójicamente, éstos son los mejores argumentos detrás de cuyo disfraz se escudan, con timidez o con alevosía, los espíritus despóticos que compensan su arbitrariedad con los artificios argumentativos y deliberativos de la razón instrumental.

Estos son los modos de la modernidad que crean las coartadas para la acción política en la que se embarcan a título de ciudadanos quienes no aprendieron a asumir las responsabilidades colectivas, no de los partidos en los que militan, sino las exigentes consecuencias espirituales de la república que heredamos de quienes nos la confiaron con esperanza en el testimonio de vida que nos dejaron en la familia y en la historia. Estos son alcances, si bien poco usuales en el discurso académico no menos reales, concretos y efectivos, y son alcances también que suelen minimizarse con petulancia si no con el halo de una generosidad mal fingida, para mantener ensoberbecidamente la hegemonía del discurso dominante, pero fatuo, vano y espiritualmente ineficaz, de la legalidad como orden autónomo de la ética y de la política.

Es por las razones que preceden que la inmutabilidad e intangibilidad en el sistema de fuentes normativas del parlamento carece de los límites míticos que el discurso legal suele endosar a los documentos. La inmutabilidad e intangibilidad es de naturaleza eminentemente discursiva. El poder de representación, si en efecto debe tener sentido la aspiración de un estilo de vida democrático o republicano, es un poder constitucionalmente argumentado y fundamentado. La constitucionalidad es una constitucionalidad histórica y subjetivamente construida a través de la elaboración de los diversos proyectos de vida que existen en un mismo espacio y tiempo histórico. Y por eso tales inmutabilidad e intangibilidad no puede ser más sólida, pétrea ni inconvencible, que las convicciones y creencias de las comunidades en las que conviven los sujetos que se reconocen como miembros de una misma asociación política.

El *logos* es el sustento en el que el orden constitucional se funda. No en el fariseísmo de una legalidad exánime y pétrea que suele cosificarse en las tablas de los documentos. La escribaldad es parte de la imagen del mundo que compite con el paradigma de la oralidad y del discurso. No hay más ley auténtica que la ley que internalizan quienes conviven en una misma asociación política. Si esa ley se convierte en un fenómeno externo capaz de coaccionar y someter a quienes no la reconocen como regla de convivencia, la ley pierde la dimensión ética necesaria que define su utilidad y naturaleza.

El régimen normativo del parlamento es por estas razones un régimen mucho más rico que el de la documentalidad o de la escribaldad, y también mucho más complicado que el de la hermenéutica de los textos legales. La simplificación de esta realidad confunde el papel de legisladores, jueces y abogados, que reducen a la unidimensionalidad de la legalidad la trama compleja del universo normativo implícito en el proceso desde el que se cumple con la representación política. El régimen normativo es un régimen representativa y discursivamente construido. Pero por esta misma razón es que los malos usos de la representación pueden ocasionar la destrucción del lazo político cuando la arbitrariedad, el exceso o el abuso omiten fundar razonablemente las decisiones que se toman por cuenta e interés de la república. La diferencia entre el uso constructivo o destructivo del papel de la autoridad de la representación es frágil y no sencillamente distinguible.

El parlamento es el lugar en el que los contenidos constitucionales se procesan mediante la deliberación de los representantes de la voluntad colectiva. También el lugar en el que la acción colectiva se decide conforme a los valores públicos comprendidos por esa misma voluntad colectiva representada ante el Estado por los representantes. La acción parlamentaria es una acción constitucionalizante, porque capta lo que pudiera tener carácter mutable y lo fija acoplándolo en una cadena de permanencias históricas. Si la posición de la constitucionalización de la representación es correctamente asumida en supuestos constitucionales cognitivamente bien conceptuados el límite de acción del parlamento está normativamente fundado. La crisis del vacío normativo es constitucionalmente subsanada desde la posición representativa. La acción representativa es por ello una acción constitucionalmente construida, condicionada y suturada, en la medida que los valores constitucionales sean existencialmente afirmados en la concreción de la deliberación y de las decisiones parlamentarias. Sólo el reconocimiento de los contenidos intersubjetivos efectivamente compartidos es lo que habilita la ilimitada capacidad representativa del Congreso para sustentar sus decisiones en un orden normativo políticamente sólido. La materialidad constitucional de la acción representativa se sujeta a la regla de la reconocibilidad de los fundamentos políticos de la asociación por quienes representan y expresan la voluntad representativa efectiva de la colectividad.

La capacidad de acción del Congreso según un orden normativo, su fidelidad a las fuentes normativas de su propio mandato, por lo tanto, no es legal sino política, salvo que se extendiera yuxtapositivamente el concepto de legalidad al orden político en el que funda su representatividad el parlamento. El parlamento tiene la capacidad de decidir según la voluntad representativa orientada a esos contenidos constitucionales existencialmente presentes en la comunidad, así los mismos no estuvieran inscritos en la documentalidad constitucional. El parlamento es la voz constitucional de la colectividad y su papel democráticamente asimétrico respecto de la población representada es tanto más ilimitado cuanto con mayor fidelidad refleje el discurso y decisiones parlamentarias el proyecto constitucional de la comunidad. Sin el reconocimiento especular de la voluntad constitucional la acción parlamentaria falla y yerra en su capacidad representativa.

Visto de este modo, los límites normativos del Congreso, a la vez que las intangibilidades de su acción deben enfocarse a partir de la dimensión cultural y simbólica de la institución parlamentaria. El Congreso es no sólo una instancia cuya acción se regula por normas, sino además un agente activo que capitaliza los símbolos de la colectividad. Actúa como símbolo y se reconstruye como símbolo en el imaginario de la sociedad, más allá del encuadre normativamente documentado de su acción y decisiones. El Congreso es el espacio del capital cultural en el que se ejercita el dominio y la hegemonía para establecer modos, estilos, gustos o tendencias de normalización grupal o colectiva. No obstante lo aparentemente inasible de conceptos como lo son los símbolos, paradigmas o creencias, su intangibilidad o invisibilidad no es menos vinculante y expresiva sobre la normatividad y normalización del comportamiento o del desarrollo de los procesos parlamentarios.

Es en este ámbito, cuyo criterio central es el acceso o mayor disponibilidad de capital simbólico y social de que dispongan los actores en los diversos procesos sociales o políticos, donde la mayor disponibilidad de ese mismo capital genera hegemonías de sentido y visiones o creencias que se concretan en el mayor poder de unos sobre otros. Los actores desarrollan tendencias de hábitos análogos de comprensión y comportamiento en relación con la estructura generada por los sectores dominantes en materia de acceso o disponibilidad del capital cultural de la sociedad. La normalidad es establecida por la lógica dominante de sentido que consigue imponerse.

El acceso al capital simbólico y su uso en función de intereses de dominio divide a la sociedad según posiciones relativas a la adaptación y al consumo de los patrones hegemónicos. Los patrones son relativos a las épocas. Las distintas imágenes del mundo varían y se tipifican de acuerdo a los paradigmas dominantes. La imagen dominante es la que consigue regir e imponerse entre lo que se aceptan como valores colectivos dominantes. La imagen del mundo de una época es una imagen de hábitos, valores, gustos, afectos y sentimientos desde los que la sociedad se ordena y, también, se jerarquiza. Esto es, desde los que la sociedad se divide entre el orden, o normalidad, y el desorden, o la anomalía. Entre el orden, o el caos. Lo que no está comprendido en la imagen de la época constituye una amenaza que debe controlarse, aislarse y arrinconarse para que el orden prevalezca.

La estructura que se define según el patrón e imaginario dominante, no obstante, no agota la capacidad del actor en el sistema de sentidos compartidos como normales. El actor no es un mero operario del sistema, porque cada uno dispone de cierto capital social. Cada actor tiene capacidad para conspirar dentro del sistema para competir por una lógica distinta. El actor reproduce el simulacro social cuando conspira dentro del imaginario dominante para aumentar su valor con el capital culturalmente necesario que le asegure el acuñamiento de

visiones no hegemónicas. Existe pues una interacción entre el imaginario dominante y el imaginario de agentes cuyo deseo no se atiende adecuadamente por la norma dominante en el sistema. La reproducción del sistema se estabiliza a través de la constante interacción entre la visión dominante y las contribuciones conspirativas de quienes no se satisfacen con la mecánica sumisión a la cadena de producción de sentido colectivo.

El éxito del modelo hegemónico, por eso, es un éxito cuyos logros dependen de la constante capacidad del sistema de neutralizar o de reducir la competencia de agencias conspirativas que contradicen o niegan los valores dominantes. Las tendencias simbólicamente dominantes resultan del poder de adhesión que es capaz de generar la lógica de sentido que se mantiene en el gusto y los afectos de la colectividad, y ello a pesar de las lógicas conspirativas contra dicho sentido. El espacio para la pluralidad, según este esquema, es tanto más estrecho cuanto más universal sea la pretensión de afirmar valores particulares con el carácter de dominantes. La universalidad en la visión del mundo de cada colectividad es, así, una universalidad contingente, en la medida que es posible porque la pluralidad de agencias competitivas, o conspirativas, conviven y se adaptan al simulacro de la imagen dominante en cada época.

Los sistemas legales son precisamente rasgos del resultado más tangible del imaginario. Quienes definen la legalidad son agentes a cargo de la fijación de cuotas importantes del imaginario. Su poder reside en la capacidad reconocida formalmente para disponer del capital público. La cultura que llega a las posiciones desde las que se definen los contenidos constitucionales y políticos de la sociedad adquiere la capacidad de usar visiblemente el discurso público. Su capital cultural es potencialmente superior. El poder del discurso político consiste en el capital de intermediación que le reconoce el sistema político formal, además del capital cultural efectivo que cada representante pueda ejercitar. Si sus competencias culturales son escasas tanto menos relevante será su contribución y su capacidad de definir o perfilar la normalidad. Los déficits culturales del representante, a la vez, exponen la pobreza de los electores que lo seleccionan, tanto y no menos que las escaseces espirituales de los líderes de los partidos que lo proponen en la vitrina del sufragio.

El entorno de las fuentes normativas del parlamento no es insensible frente a esta lógica. El poder del parlamento es un poder ordenado según esta lógica. La imagen colectiva añade el concepto que el pueblo tiene del valor que agrega el parlamento para el bienestar político de su sociedad. La satisfacción o insatisfacción del pueblo con su parlamento es consecuencia del desempeño de sus representantes respecto del buen o mal uso del capital cultural que tienen responsabilidad de invertir, reproducir, gastar y hacer rendir desde la posición que ocupan, por cuenta e interés de la comunidad, en el Estado. De ahí la tanto mayor responsabilidad del ciudadano de usar las capacidades de su agencia personal en la gestión que cumple y de las gestiones que exige de otros según el modelo constitucional que ordena ética y políticamente la convivencia social, no menos que la articulación fluida entre la colectividad y el Estado.

2.3 Los límites de la lógica democrática

Un tercer e importante límite en la producción del derecho del parlamento, y por el parlamento, son las consecuencias de las premisas democráticas en el proceso de producción de la ley.

El modelo constitucional supone que el origen del poder político reside en la voluntad popular. A ese concepto se alude comúnmente con el proverbio medieval que dice que *vox populi est vox dei*, la voz del pueblo es la voz de dios. La democracia es el régimen político sobre el cual se estima de modo genérico que es el menos malo de los distintos tipos de organización política, a pesar que los resultados de la medianía de esta forma de régimen distan mucho de generar un consenso satisfactorio en la ciudadanía. Sobrevive porque los demás tipos de régimen son más temidos, a pesar del rechazo que algunos de sus productos ocasionan en la consciencia pública.

En el centro del carácter polémico del régimen democrático debe apreciarse la crítica que el año 798 expresó el clérigo Alcuin, o *Alcuinus Flaccus Albinus*, rector de la escuela de York, cuando le dijera en una epístola a Carlo Magno que *nec audiendi qui solent dicere, Vox populi, vox Dei, quum tumultuositas vulgi semper insaniae proxima sit* (no hay que escuchar a quienes suelen decir la voz del pueblo es la voz de Dios, a aquellos que afirman que el carácter tumultuoso del vulgo está siempre próximo a la locura). *Fuenteovejuna* es en la tradición hispánica un hito que da la razón a Alcuin, y en el Perú del siglo XXI son los casos de ajusticiamiento o linchamiento popular de los que se da noticia en los medios de comunicación tanto en el interior del país como en algunos de los distritos de los conos norte, centro o sur de Lima metropolitana. Estos datos expresan la irreparabilidad del daño cuando se asume el criterio democrático en su radicalidad, y sin consideración alguna a los límites de un axioma insuficientemente convincente. La voluntad popular, en efecto, no siempre es correcta y por ello menos aún puede tratársela con la veneración que se reserva para las convicciones de índole teológica o religiosa. La vida política dista considerablemente de la infalibilidad de juicio y en mayor media aún de la santidad de opinión. Perder este límite de vista confunde la regla política con la experiencia mística o religiosa que adopta algún fundamentalismo democrático.

Porque es cierto que el sistema electoral es razonablemente eficiente en su capacidad de reproducción especular de la calidad del carácter del pueblo, no es apropiado ni conveniente olvidar el carácter sintomático de la capacidad reproductiva y especular del sistema electoral. Los representantes expresan fidedignamente el carácter, los hábitos y las actitudes regulares del pueblo. Por eso el Estado no puede tener mejor calidad política que la peor de las capacidades y actitudes del ciudadano que es representado en el Estado.

Si es así que las fuentes del derecho tienen como base el criterio popular de definición de la ley por quienes han sido ungidos representantes gracias a la voluntad del pueblo, no es difícil deducir que si el fundamento del derecho reside en la voluntad del pueblo, dadas las deficiencias en la calidad ciudadana, por lo tanto, la exponenciación de tal calidad en el plantel representativo de la voluntad popular producirá un derecho tan deficiente como la calidad política de los representantes igualmente elegidos por la raíz popular de la sociedad.

No hay modo de mejorar la calidad del derecho y de la ley que produce el Congreso que no pase por el reconocimiento de la necesidad de optimizar primero la calidad de política de la ciudadanía, la capacidad didáctica de los órganos de intermediación que son los partidos y agrupaciones políticas, y el conjunto de competencias y aptitudes con que llegan al Congreso quienes son elegidos por el pueblo para representarlo democráticamente.

La dificultad no es un obstáculo ni impide reconocer que las fuentes del derecho en general, y del derecho parlamentario en singular, no tienen carácter tautológico y, por lo mismo, tienen una base exógena al derecho. Esa base es la calidad política del criterio y juicio de los representantes. El derecho es un derecho afirmado desde la experiencia concreta de quienes con sus actos le permite existir en la relación colectiva de la autoridad con la colectividad. Si la calidad de esa experiencia ha sido adecuadamente elaborada cabe esperar con esperanza cierta que la calidad de los actos representativos cumpla con el orden colectivo.

En eso consiste la dualidad o ambivalencia en el carácter contradictorio o aporético del Estado moderno de las sociedades democráticas. Afirmar el Estado de derecho como si fuera posible que *sólo* el derecho (independientemente de la voluntad política de los agentes de creación o producción de la ley), limitara la capacidad hermenéutica o decisoria de los operadores de los procesos estatales, y a la vez afirmar que la voluntad popular es un principio y una condición de validez del uso del poder estatal, en una sociedad cuyos ciudadanos padecen serias deficiencias en la calidad de sus competencias políticas y cuyos representantes, a su turno, no cuentan con las habilidades y aptitudes necesarias para la eficiente gestión de las funciones y procesos estatales propias del mandato representativo que deben desempeñar, son funciones cuya eficacia es de bastante difícil verificación sin advertir la imperfección y asimetrías en cada acto de decisión política. La cuestionabilidad y la exposición de los representantes al juicio de la sociedad de la que reciben autorización para representarla los sujeta a un marco amplio de vulnerabilidad que define precisamente la fragilidad del modelo democrático, y que además mina potencialmente el papel ordenador de la autoridad estatal.

Las fuentes del derecho, en este contexto, muestran la desnudez, carencia, faltas y precariedad de la organización del Estado y de la sociedad moderna. El hombre moderno no es un sujeto regulado por la razón del derecho, porque el universo de sus afectos, voluntades y la variedad de intereses en conflicto expresan la impureza inherente a las decisiones políticas que adoptan representantes y representados, intermediarios, comunicadores y críticos de la voluntad popular y también del derecho aprobado por los operadores del Estado.

Las sociedades modernas son sociedades atomizadas en múltiples identidades o racionalidades; no son sociedades particularmente homogéneas ni su pensamiento es uniformemente compartido ni construido. Son sociedades fragmentadas en variedad de racionalidades grupales e individuales. El derecho es lo que las individualidades y agrupaciones avalan en el marco de sus convicciones y creencias concretas. La universalidad es un espacio discontinuo en el que compiten las diferencias y las particularidades heterogéneas de una sociedad en la que concurren voluntades, apetitos, afectos e intereses nunca lineales ni uniformemente convergentes.

Una teoría de las fuentes que ignore que el derecho está muy lejos de constituir un conjunto cerrado y seguro de preceptos y de claves para ordenar propositiva y preceptivamente la sociedad, no es congruente con el objeto al que supuestamente debe servir

el derecho. De ahí la necesidad de reconocer que una teoría de las fuentes del derecho, en el contexto de sociedades modernas y democráticas, exige un método y un concepto del derecho que integren y que no se desentiendan ni excluyan la dimensión exógena del derecho.

El derecho es una creación cultural de las sociedades históricas en las que el derecho se afirma. El derecho parlamentario por esta razón reconoce como fuente de su ordenamiento mucho más que un conjunto hermético y axiomático de pautas de conducción de sus procesos y de desempeño de las diversas funciones representativas a cargo del parlamento, porque es parte de su capacidad ordenadora el reconocimiento que hace de su textura abierta a la sociedad en la que el orden y las normas adquieren significados y sentido para su desenvolvimiento.

Es por el carácter abierto, plural y flexible que tiene en el régimen político la voluntad popular que ésta no queda suprimida, cancelada, reducida ni minimizada como método de dirección política de la sociedad. Porque conforme a nuestro régimen político el origen del poder nace de la voluntad popular es que ella puede modular con discrecionalidad suficiente y razonable los contenidos de las principales decisiones políticas. Por lo tanto, es la propia voluntad popular la que afirma los principios constitucionales en los que basa los contenidos de las normas que el propio poder representativo aprueba. Si la voluntad popular es un criterio efectivo de afirmación del régimen político de ello se deduce también que es la voluntad popular y no la de otro tipo la que decide qué es derecho y cuáles son los contenidos acordes con el orden que el pueblo manda que se respete en el país.

Llegado a este punto la reflexión, puede verse que si se afirma que es parte del régimen político la vigencia del Estado de derecho, y simultáneamente que el principio de la soberanía popular según el cual el origen del poder es la voluntad popular, se presenta una situación en la que o el derecho limita la voluntad popular en el ejercicio de su soberanía, o la voluntad popular desconoce en el derecho preexistente cualquier límite al ejercicio de su poder soberano. El Estado de derecho puede, en este contexto, contradecir la capacidad de decisión de quienes representan la voluntad popular, de la misma forma que la voluntad popular puede oponerse, y no coincidir, a contenidos o a significados preexistentes de las normas y del orden social.

La teoría de las fuentes del derecho asume una jerarquía de órdenes normativos, conforme a la cual los operadores con competencias normativas en niveles subordinados están impedidos de transgredir los órdenes normativos anteriores. Lo que la racionalidad de esta misma teoría no puede prever es que el carácter abstracto de la organización jerárquica de los órdenes normativos es operativa a través de sujetos que se desenvuelven y desempeñan en el marco igualitario de una sociedad democrática y, por condicionar la definición de los significados y contenidos a la intermediación de los sujetos que operan las normas, el supuesto carácter objetivo de la norma pierde la pureza y diluye el valor subjetivamente aséptico que suele adjudicársele.

Una teoría democrática de las fuentes del derecho que se resista a las pretensiones de la hegemonía técnica de la profesión legal, en consecuencia, no se somete a la lógica silogística de las abstracciones inherentes a la doctrina del Estado de derecho, puesto que el derecho tiene el sentido y valor de consistir en el lenguaje y el medio que permite hacer efectivo el poder de decisión soberano de la voluntad popular.

Como resultado de la lógica democrática, la teoría de las fuentes del derecho excede las restricciones técnicas que construyen quienes se especializan en la ciencia o teoría legal, y por lo mismo ve limitada su aspiración a ordenar los procesos políticos conforme a un conjunto cerrado de posibilidades proposicionales. Reconocer la dimensión exógena del orden normativo (esto es, que la norma no se sustenta en sí misma) es garantizar la vigencia del principio democrático según el cual la comunidad política se rige por el principio de la soberanía de la voluntad popular.

Ahora bien, así como en concordancia con el principio de la soberanía popular debe afirmarse el carácter democrático de los procesos de decisión política mediante los cuales se crea el derecho en la comunidad política, es igualmente necesario plantear una pregunta adicional. ¿Qué efectos y límites representa la adopción de la lógica democrática como sustento de una teoría de las fuentes del derecho parlamentario? Quizá el alcance más importante sea que el principio de organización democrática supedita la obtención de resultados políticamente valiosos y óptimos a lo que quiera que decidan las mayorías, con prescindencia de la capacidad de estas mismas mayorías para tomar decisiones con la capacidad de comprensión y análisis necesarios de la información sobre la realidad respecto de la cual se toman decisiones. Obviamente una de esas dimensiones de la realidad está conformada por la información sobre la dimensión normativa, pero hay mucho más, desde el punto de vista técnico, respecto de lo cual la voluntad popular puede estar literal y perfectamente desinformada, más allá de que, precisamente por la ausencia de otro límite que no sea el de la suma del número de votos, en muchos casos las decisiones sean adoptadas y precedidas por afectos insuficientemente cernidos, modulados o valorados por quienes las toman.

Si bien el sentido del parlamento debe apreciarse en el marco del carácter republicano y democrático que conviene en reconocer nuestra Constitución política, no es menos cierto que en particular el carácter igualitario con que se enfoca el modelo democrático no es el mejor de los métodos políticos cuando de lo que se trata es de contar con un Estado con capacidad efectiva de asegurar la gobernabilidad y la gestión estratégica del país. El Estado tiene responsabilidades para las cuales son insuficientes las exigencias del voto igualitario propio de un régimen representativo, porque el solo hecho de ser elegido por la preferencia colectiva del voto popular es una condición que no llega a satisfacer las competencias exigibles para tomar decisiones estatales acertadas y ventajosas para toda la colectividad.

En el mejor de los casos la lógica democrática reproduce el carácter utilitario de una población insuficientemente informada sobre las consecuencias de sus decisiones, y generalmente simplista respecto de la compleja diversidad de asuntos propios de los distintos sectores técnicos y del conocimiento. Es desde la simplicidad del voto que se reproducen, igualmente, representantes que raramente superan la calidad del juicio democrático del pueblo al que representan. De ahí que las exigencias estatales estén en riesgo clamoroso de quedar inadecuadamente atendidas con el plantel de representantes que ocupan posiciones estatales cuyos perfiles exigen o demandan capacidades y aptitudes más amplias que aquellas que se requiere para ocupar un escaño en el Congreso.

El Estado de derecho que puede afirmarse con equipos de representantes no elegidos precisamente por su formación en la disciplina legal nace y opera con una carencia radical. Si quienes tienen la responsabilidad de actuar según el supuesto teórico de la doctrina del Estado de derecho no pueden cumplir con las premisas que harían operativo dicho tipo de Estado, es obvio que la colisión entre la capacidad operativa de los representantes y las premisas de la

doctrina no llevan al mismo fin. Los representantes son quienes dicen el derecho, y para decirlo deben regirse por el principio que justifica su concurrencia ante el Estado en representación del pueblo que los elige, no por sus competencias en el conocimiento del derecho, sino por la condición central del Estado representativo que es el favor y la preferencia electoral que el pueblo expresa por unos representantes y no por otros.

Suele con frecuencia plantearse como alternativa la posibilidad a que pueden recurrir los representantes para asesorarse por personal profesional y técnico. Sin embargo, el endoso de la capacidad representativa a terceros no deja de ser una modalidad precaria de vigencia del modelo político. Si no son los representantes quienes ejercitan directa y efectivamente el mandato recibido, la voluntad que intermedian terceros pierde fidelidad y el régimen representativo deja de ser esencialmente representativo. Este no es pues un remedio eficaz para el mal y, por lo mismo, subsiste el límite central de la lógica democrática que genera procesos y resultados manejados y gestionados según el puro mandato popular (o, peor aún, por el mandato popular intermediado con la presencia de asesores o profesionales no elegidos para representar al pueblo).

De lo anterior no resulta difícil explicarse que cuando se advierten deficiencias en el desempeño de la capacidad operativa de la representación nacional ello resulta de las consecuencias propias de la lógica democrática. Algo debe ceder, porque no es posible la calidad política ni el adecuado sustento técnico de las decisiones estatales que tiene a su cargo el Congreso, cuando quienes deben tomarlas son elegidos sin referencia ni examen alguno de las competencias ni perfiles de capacidades y aptitudes para tomar decisiones estatales según las exigencias técnicas que demandan los problemas sobre los que el Estado tiene responsabilidades orgánicas y funcionales en la prestación de sus bienes y servicios.

A nivel de las fuentes del derecho parlamentario se proyecta, en consecuencia, que los operadores del sistema de fuentes cumplen sus funciones conforme a la lógica democrática cuyos resultados pueden ser predeciblemente deficitarios y, por lo mismo, no les es exigible modos de intervención normativa conforme a las pautas ni premisas que suelen regir para los actos de operadores técnicos del derecho. De ahí que una teoría de las fuentes del derecho parlamentario haya de reconocer en las carencias propias del sistema democrático también una característica que acompañe la materialidad del ejercicio normativo por los representantes. Salvo que el propósito fuera el boicot o sabotaje del régimen político no sería esperable que se confronte a los representantes con las exigencias que la técnica legal, como si ésta, además, por otro lado, tuviese una existencia autónoma. Las mismas dificultades metodológicas que se enuncian respecto al carácter subjetivo con el que los operadores técnicos interpretan y aplican las normas se reproducen, y con mayores niveles de presencia en la subjetividad de sus actos, igualmente se manifiestan y reproducen en los actos normativos que ejecutan y aplican quienes operan el sistema representativo.



EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL FRENTE A LA CONTRATACION DE CONSUMO EN EL MERCADO

DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar⁸³

1. Resumen

El fenómeno de la producción industrial, la anonimización y despersonalización de los proveedores, la masificación de los consumidores y la proliferación de los contratos por adhesión, han dado lugar a la “*Contratación de Consumo*” y al crecer el comercio, obviamente las normas clásicas del Derecho Privado incorporadas en los códigos civiles de base romanista el Código Civil e influencia napoleónica, sin duda resultan ya insuficientes para regular los efectos jurídicos derivados de este tipo de contratos, en un mercado como el de hoy lleno de presiones crecientes y extendidas. Por lo tanto, podemos establecer que el Derecho del Consumidor es una disciplina singular, especializada y con cierta autonomía que no se ubica ni en el Derecho Privado, ni en el Derecho Comercial, ni el Derecho Civil, sino que constituiría una disciplina de carácter interdisciplinario y que está fortalecida de nuevos conceptos y que tiene además notas características importantes.

En este sentido el Derecho del Consumidor constituye un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor para garantizar en el mercado una posición de equilibrio con los empresarios proveedores, en una relación de consumo y como destinatario final de los bienes y servicios adquiridos.

Palabras clave:

Contratación en masa, contratación de consumo, anonimización y despersonalización de los proveedores, Contrato por Adhesión, Cláusulas Generales de Contratación, Contratación Clásica, Protección del Consumidor, Contratante débil, Códigos Civiles

⁸³ Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres; Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Diplomados en Propiedad Intelectual, Derecho Internacional, Derecho Empresarial, y Gerencia.

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL FRENTE A LA CONTRATACION DE CONSUMO EN EL MERCADO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Contratación de consumo y contratación clásica. – 3. Contrato de Consumo. – 4. Crisis de la contratación clásica. – 5. Cambios que genera el Derecho Civil en el Derecho del Consumidor. – 6. Derecho Civil y el régimen jurídico de las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión. – 7. El Contratante Débil. – 8. Responsabilidad Civil en el ámbito del Derecho del Consumidor.- 9. Conclusiones.

1. Introducción

El Derecho del Consumidor y todo el movimiento pro consumerista mundial desde hace buen tiempo viene ejerciendo cierta influencia en las normas clásicas del Derecho Civil y en particular en materia contractual, la que se ha visto seriamente afectada en sus principios, por la evolución económica y social de nuestros tiempos y que han debilitado la permanencia e inmutabilidad histórica de las reglas establecidas sobre la base del Derecho Romano y la fuerte influencia del Código Civil Francés de 1804, entre otros.

Pero revisemos en qué consiste en esencia esta nueva disciplina llamada Derecho del Consumidor. En efecto, el Derecho del Consumidor constituye un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor para garantizar en el mercado una posición de equilibrio con los empresarios proveedores, en una relación de consumo y como destinatario final de los bienes y servicios adquiridos.

El régimen especial del Derecho del Consumidor tiene tres elementos importantes: a) Consideración especial del sujeto consumidor, dentro de un determinado rol; b) Función de tutela; c) Carácter imperativo en materia de orden público.

En este contexto, llama particularmente la atención, la contratación de consumo, como una nueva modalidad que tiene una gran relación con el Derecho del Consumidor, sobre todo en la preocupación por el llamado contratante débil que no es una noción individual sino una categoría y una cualidad con la que se acude al contrato. La contratación de consumo es en cierto modo una contratación derivada de la contratación masiva cuyas expresiones más acabadas son el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación y donde la teoría general de las obligaciones ha perdido vigencia en muchos de sus principios basados en una economía agraria y de pequeños comerciantes.

En el Derecho del Consumidor, la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios deben ajustarse a su naturaleza y las garantías ofrecidas darán lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios aun cuando no figuren en el contrato celebrado, o en el comprobante recibido.

De otro lado, la mayoría de legislaciones de protección del consumidor de Latinoamérica y en especial el Código de protección y Defensa del Consumidor del Perú, que contemplan los derechos de los consumidores establecen, que éstos tienen derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuada en la adquisición de productos. Asimismo, los consumidores tienen derecho a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada de los productos o servicios.

Con las normas descritas anteriormente, podríamos decir que las disposiciones de carácter civil, presentes en casi todos los códigos latinoamericanos y europeos inclusive, estructurados sobre la base del Código Civil Napoleónico, se estarían derogando tácitamente, porque ya no se permitiría establecer cláusulas aprobadas administrativamente beneficiarias para la parte que la pre-redactó sin conocimiento de su contraparte. Es más, podrían quedar sin efecto aquellos artículos de los códigos referidos a las cláusulas generales de contratación por los cuales se presume una publicidad adecuada, teóricamente entendida, para dar paso a una defensa real del propio consumidor que trasciende el contenido a veces limitado e irreal, intencionalmente plasmado por el prototipo de hombre contractual que busca siempre asumir menores riesgos y obtener mayores beneficios. Así, ahora los consumidores pueden exigir el cumplimiento de las características inherentes al bien o servicio específico, teniendo derecho a una información adecuada y protección frente a mecanismos coercitivos que reflejen desinformación o información equivocada.

Para algunos tratadistas el Derecho del Consumidor ha derogado y desplazado al Derecho Civil en materia de contratación de consumo; sin embargo, nosotros tenemos una lectura distinta y en tal sentido creemos que el reciente Derecho del Consumidor ha complementado al Derecho Civil en la regulación de las complejas relaciones derivadas del fenómeno del consumo. En efecto, es preciso reconocer que el Derecho Civil creó figuras como el “*Contrato por Adhesión*” y las “*Cláusulas Generales de Contratación*” para facilitar el tráfico comercial, así mismo estableció figuras como la buena fe, los vicios de la voluntad, el saneamiento por los vicios ocultos, etc. y fueron estas las normas de justicia contractual que se aplicaron en un primer momento para resolver los eventuales problemas de información asimétrica que afectaban la voluntad de las partes; no obstante el fenómeno de la producción industrial, la anonimización y despersonalización de los proveedores, la masificación de los consumidores y la proliferación de los contratos por adhesión, dieron lugar a la “*Contratación de Consumo*” y al crecer el comercio, obviamente el Código Civil ya era insuficiente para regular los efectos jurídicos derivados de este tipo de contratos, porque dicho código estaba estructurado sobre otras bases, como la de la autonomía de la voluntad, el principio *pacta sunt servanda*, entre otros.

Es en este contexto que surge el Derecho del Consumidor como una disciplina jurídica que va ganando autonomía y que nace como una respuesta a este fenómeno socio-jurídico propio del crecimiento del mercado y va construyendo su propio contenido, su propio objeto de estudio, sus propios principios, instituciones y procedimientos que de una u otra forma complementan el Derecho Civil en el tratamiento jurídico del consumo.

Podemos afirmar que el Derecho del Consumidor ha hecho una construcción especializada sobre la base de las instituciones que en su momento creó el Derecho Civil Clásico y que tuvieron su aplicación en un momento dado y que hoy ya no son aplicables porque la contratación de consumo exige un tratamiento distinto que supera lo establecido en el Código Civil, por lo que resulta saludable que la normatividad elaborada posteriormente

efectivice el cumplimiento de disposiciones declarativas y se delimite en forma clara y taxativa los alcances de la protección al consumidor.

Es tarea ahora de legisladores, técnicos y especialistas, concordar y actualizar las normas sustantivas civiles; sobre todo ahora que la comunidad jurídica en general propone una modificación del código. Es pertinente ahora hacer un balance de lo favorable o desfavorable del mismo.

El ordenamiento civil clásico, no puede seguir manteniendo estructuras jurídicas atrasadas, sobre todo en la parte contractual y específicamente en los Contratos por Adhesión, donde las cláusulas generales deben ceder a las nuevas connotaciones del Derecho del Consumidor que han ido ganando terreno gracias a los modelos económicos imperantes, caso contrario la norma civil de contratos perderá vigencia social por estar desarraigada del contexto socio económico que paradójicamente regula, generando con ello conflictos de interés que precisamente el Derecho tiende hoy a evitar.

En este contexto es preciso analizar algunos temas relacionados con la contratación de consumo y su influencia en la contratación civil clásica.

2. Contratación de consumo y contratación clásica

El cambio de la dinámica económica y su masificación tiene su respuesta jurídica en la estandarización de la contratación. La contratación negociada es sustituida por la contratación en masa que exige la pura adhesión. Todo esto es producto de las exigencias del mercado, de la automatización y la racionalización de la economía. La tecnificación también ha venido a cambiar el escenario: los llamados contratos con máquinas automáticas, la facturación por ordenadores, la contratación por Internet, tráfico de ventanillas, etc., exigen urgentes cambios en la doctrina de los contratos.

Como se ha dicho, esta nueva realidad, la de la contratación en masa y de consumo, produce una erosión en la teoría clásica de la contratación y la consiguiente necesidad de elaborar una nueva teoría general que involucre estas nuevas expresiones del mercado y sus correlatos jurídicos; también queda en entredicho, la vigencia de los principios generales que hasta ahora han gobernado la teoría tradicional de los contratos: El *pacta sunt servanda*, la autonomía de la voluntad, la justicia contractual, etc. En otros términos, la nueva problemática nos plantea acaso, la creación de nuevos principios contractuales y como consecuencia nuevas figuras normativas.

Aun cuando el impacto de la contratación en masa ha sido importante, creemos que el remozamiento de la doctrina contractual viene a forjarse en el surgimiento del Derecho del consumo. En efecto, el Derecho del consumo choca con la visión tradicional de contrato, el contrato no es más un asunto sólo de los particulares. El Estado no puede permanecer indiferente, ausente al reglamento que crean las partes para regular sus relaciones jurídico-patrimoniales. El contrato de consumo se distancia de la contratación clásica, porque mientras que ésta se presume paritaria, aquél presupone una relación asimétrica. En la contratación clásica las partes son libres e iguales, en la contratación de consumo es recurrente la falta de total libertad y la asimetría de las partes. Ambos tipos de contratación son diferentes y como tal tienen disposiciones normativas también diferentes, pero ambas buscan la eficiencia contractual para que ambas partes satisfagan sus pretensiones y tengan garantizado el cumplimiento de lo pactado.

2. Contrato de consumo

Legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente está reconocida la contratación de consumo no como un tipo contractual, sino como una modalidad de contratación con caracteres propios. Se trata de transacciones que se realizan en el mercado, que por sus características no pueden ser dejadas simplemente bajo la esfera de las normas contractuales comunes, es decir las normas del Derecho Privado incorporadas en el Código Civil o Código de Comercio, menos aún en el estado en el que se encuentran estas normas, anquilosadas por los años e inmutables a los nuevos fenómenos y la dinámica del mercado creciente; por ello se han incorporado normas especiales que reclaman su aplicación cuando se trata de esta modalidad de contratar.

En contra de la necesidad de la existencia de esta normatividad especial, podría argüirse que en el Derecho común ya existen soluciones al problema de la asimetría informativa entre las partes, motivo por el cual la necesidad de un sistema legal de esta naturaleza deviene en innecesario. De esta manera, figuras como el error, el dolo o el saneamiento por vicios ocultos podrían ser utilizadas por quien se hubiese visto afectado por un problema de información asimétrica entre las partes, en la medida que se vea afectada su manifestación de voluntad.

La existencia de un régimen diferente se justifica plenamente, pues la legislación civil, como hemos visto, ha revelado su impotencia ante estas situaciones. Las razones son varias. En primer lugar, los principios en los que se basa la contratación clásica no se aplican linealmente a la contratación de consumo, la libertad se halla recortada, la igualdad no existe y la manifestación de voluntad no es expresión plena del querer. Adicionalmente, el excesivo carácter burocrático de la jurisdicción civil ordinaria desalienta la posibilidad de denunciar los abusos y disfunciones en la relación de consumo.

3. crisis de la contratación clásica

Veamos ahora cómo surge la contratación de consumo y cómo afecta a la contratación civil.

El capitalismo en su última etapa exige, debido a la competencia, la reducción de sus costos. Esto lo conduce a la producción en masa de bienes y servicios y la necesidad de una ampliación o ensanchamiento del circuito de los posibles clientes o destinatarios de los bienes y servicios producidos. Díez Picazo (1996) sostiene que el empresario, en el capitalismo avanzado, tiene que llevar a cabo una producción masiva, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el número real de los eventuales clientes, a los que es necesario captar a través de fenómenos muy singularizados como el marketing y la publicidad.

El influjo del movimiento civil en defensa del consumidor y el fenómeno de la producción en masa que venían ya desde los años 50, trajo también como consecuencia una anonimización y despersonalización del vendedor y la masificación de los consumidores que no tienen más que aceptar mercadería ofrecida y suscribir contratos de adhesión con cláusulas predispuestas. Esto implica que sistemas jurídicos como el nuestro, inspirados en el clásico Código de Napoleón se consideren en crisis porque el contrato como símbolo y expresión de la autonomía de la voluntad ha perdido vigencia y se atiende hoy al papel que cumple en la sociedad moderna, perdiendo progresivamente el significado de acuerdo de voluntades para

asumir el papel de un simple acto de sometimiento a una determinada disciplina predispuesta por fuentes extrañas a la voluntad de las partes, provenientes de los poderes públicos o de entes u organismos privados.

No obstante esta realidad que no puede ser negada ni discutida por el Derecho, particularmente creemos que mientras sea posible aún celebrar un contrato interindividual, como por ejemplo una compra venta de casa habitación, se mantendrán vigentes los principios contractuales clásicos que establece el código civil, puesto que no toda adquisición de bienes es de carácter masivo, por lo tanto será la contratación masificada a la que se aplique las disposiciones pro consumidor por tratarse de una contratación de consumo, mientras que en los demás contratos se aplicará las normas del Código Civil.

Obviamente hay posiciones encontradas al respecto, pero creemos que hay que tener en consideración cual es el objeto de la contratación y que tipo de relación está de por medio, o sea si es contratación de consumo o interindividual.

En este aspecto, los instrumentos jurídicos tradicionales también han revelado su insuficiencia, surgiendo la necesidad de crear nuevas expresiones jurídicas más de cara a esta realidad. Para decirlo en una frase, la responsabilidad civil codificada tampoco es apta para regular los daños en las relaciones de consumo, por lo tanto, ha sido preciso crear nuevos instrumentos, hoy expresados en leyes especiales.

Queda claro, por otra parte, que el fenómeno es global; en el Perú acontece sólo un reflejo de lo que sucede en todo el mundo, donde los fenómenos derivados de la problemática del consumidor presiona las normas clásica del Derecho Civil en la búsqueda de nuevas construcciones jurídicas que respondan mejor las situaciones cada vez más originales y novedosas que plantea la sociedad de consumo.

3.1 Replanteamiento de Autonomía de la voluntad

El surgimiento en el Derecho privado, a nivel mundial, de una política de protección al consumidor, ha permitido que se pueda hablar, no sin reservas de Derecho del consumo, que en nuestra región tiene como principales expresiones El Código de Protección y Defensa del Consumidor del Brasil, el reciente Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Ley de Competencia Desleal del Perú, la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, Ley Federal de Defensa del Consumidor del México, la legislación especial de Colombia, entre otras.

En otras latitudes, como en España y en la Unión Europea el desarrollo ha sido aún mayor, así se ha regulado no sólo la protección al consumidor como norma genérica, sino algunas modalidades contratos en particular como: contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, la venta ambulante, venta en mercadillos y mercados ocasionales, crédito al consumo, contrato de viaje combinado, etc.; y desde luego no podemos olvidar la reciente norma sobre cláusulas generales de contratación.

3.2 Carácter vinculante de las normas contractuales dispositivas

Frente a esta problemática el Profesor Federico de Castro y Bravo ha planteado el carácter vinculante de las normas contractuales dispositivas si las partes no las han derogado justificadamente para su reglamento contractual.

Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlas o no seguirlas. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones.

3.3 Resolución unilateral en el contrato de consumo

La inadecuación de la tradicional teoría de la justicia contractual, basada en la autonomía de la voluntad, ha creado la necesidad de atender al contenido de los contratos, así como todo su proceso de formación, con el propósito de evitar que la situación de debilidad de los consumidores los haga víctimas de abusos.

Esto se hace aún más evidente cuando constatamos que nuestro Derecho en diversos casos recoge normas que parten de la presunción de debilidad del consumidor y la necesidad de protección que tiene. Es el caso del artículo 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, se permite el prepago de obligaciones dinerarias con la correspondiente liquidación de intereses. Esta norma sería eventualmente inadmisibles en el Derecho Civil clásico. La regla en el Derecho civil es que los contratos se celebran para ser cumplidos; sin embargo, en el propio Código Civil Peruano, por ejemplo existen casos excepcionales en que se permite la resolución unilateral del contrato, tales los casos de los arts. 1769 y 1768 que permiten al Locador y al Comitente resolver unilateralmente el contrato de Locación u obra respectivamente, pero con las limitaciones señaladas en dichos artículos.

4. Cambios que genera el derecho del consumidor en el derecho civil

El impacto que el Derecho del Consumidor ha tenido en el Derecho Civil ha sido de grandes proporciones, por lo que es preciso determinar la manera concreta como se ha manifestado esta influencia; algunas de estas normas inciden directa o indirectamente en el Derecho Civil, afectando con mayor o menor intensidad, según los casos, a diferentes aspectos de la teoría general del contrato.

Vega Mere (1996) en relación a la legislación peruana, considera que en relación a la juridificación de la fase pre contractual, es necesario añadir el tema de la llamada oferta al consumidor que ha creado nuestro Derecho del Consumo. En efecto, en el Perú, hasta antes de la Ley de Protección al Consumidor, la oferta era regulada básicamente por el Código Civil. Así, el Código Civil Peruano, había recogido varias clases de ofertas, tales como ofertas alternativas (artículo 1371), ofertas cruzadas (artículo 1378), contra oferta (artículo 1376), oferta al público (artículo 1388) Esta última ha sido legislada como una invitación a ofrecer y, por tanto, carece de carácter vinculante, es decir, no obliga al proponente, sino que éste será el destinatario de las ofertas que le lancen.

Sin embargo, las legislaciones de protección del consumidor como el artículo 46 del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano, establece el carácter obligatorio de toda oferta pública o privada que se lance al consumidor. De esta manera, si el proveedor lanza una publicidad por medio de la cual promociona sus productos indicando las características, ventajas y precio de aquellos se entenderá que se trata de una oferta al consumidor y por consiguiente será exigible por éste. Como se observa, el tratamiento normativo que se le da a la oferta -incluida la oferta al público- se aparta de lo prescrito por el código, creando lo que en nuestra doctrina se ha llamado oferta al consumidor.

Todo esto nos lleva a considerar a la publicidad como oferta, en el derecho del consumidor, pero además de su importancia en la formación del contrato, también la tiene en la determinación de su contenido, pues el proveedor queda vinculado por el contenido de su anuncio -oferta- cuando contrata con el consumidor, aunque en el contrato se silencien los aspectos enunciados.

De esta manera, las legislaciones de protección del consumidor y en particular las normas del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano ha creado un nuevo tipo de oferta, la llamada oferta al consumidor, que se aparta de los alcances de la oferta regulada por el Código Civil; las características propias de la oferta al consumidor son las siguientes:

- a) Puede o no ser recepticia, es decir, puede estar dirigida a una persona determinada o ser dirigida al mercado.
- b) Siempre es vinculante, a diferencia de la oferta al público regulada en el Código Civil
- c) Sus alcances rebasan el mero documento contractual.
- d) En caso de ofertas promocionales, el deber de información del proveedor es agravado al punto de exigirle precisiones sobre la duración de la promoción y unidades disponibles.

A todo esto se añade que en otros países, en los que se encuentra más avanzado el Derecho del Consumidor, incluso se ha llegado a derogar en ciertos casos el principio de obligatoriedad de los contratos. Es el caso de varios países de la Unión Europea y en especial España. Nos referimos concretamente a la concesión de un plazo para la revocación del contrato, sobre todo aquellos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, muy de moda en mercados como el de hoy donde la dinámica mercantil profusa.

Como sucede con el artículo 5 de la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles de España, que establece Ejercicio del derecho de revocación: *“El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción. Para determinar la observancia del plazo, se tendrá en cuenta la fecha de emisión de la declaración de revocación”*.

4.1 La Información en la Contratación Civil

Otra situación que se produce como consecuencia de la aparición del contrato de consumo, es la relativa al derecho de información de los contratantes. En la doctrina que sirvió de fundamento para la elaboración de los códigos civiles occidentales -incluido el nuestro- corresponde a cada contratante adquirir la información sobre los alcances de las obligaciones, prestaciones y objeto de éstas que generará el contrato.

No obstante, en vista de la asimetría informativa existente en las relaciones de consumo, en éstas es una obligación de una de las partes -el proveedor- proporcionar información. Por ello, la necesidad de la imposición de un deber genérico de información por parte del proveedor, que subsane el déficit informativo del consumidor y permita que exprese su consentimiento suficientemente informado.

Las legislaciones de consumidor tienen esta tendencia, así se comprueba de la lectura del artículo 2 del Código de protección y Defensa del Consumidor del Perú, que señala taxativamente que el proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medida, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

Podemos concluir lo siguiente:

El consumidor es la parte débil en el contrato de consumo; su debilidad es estructural, es decir, responde a su ubicación en el mercado y a la lógica de éste. Esta debilidad se funda en un déficit de negociación, déficit de reflexión y sobre todo déficit de información.

Cabe precisar también que cualquier contratante que tenga un desconocimiento de aquello que contrata, es decir que tenga un déficit de información en su relación contractual es también un contratante débil en la medida que queda expuesto a lo que la contraparte exprese por ser quien tiene la información.

Los principios que sirvieron para edificar la teoría clásica de la contratación civil se revelan insuficientes cuando se advierte que las figuras jurídicas a las que dieron origen, son ineficientes cuando pretende regular el contrato de consumo.

Caen o cuando menos se relativizan los siguientes dogmas:

- a) El de la irrelevancia de la fase precontractual.
- b) El de la irrelevancia de la desinformación y de toda coacción que no integre ninguno de los supuestos de los vicios del consentimiento
- c) El del *pacta sunt servanda*.
- d) El de neutralidad del Derecho frente al contrato; ya no puede afirmarse que el Derecho se preocupa de las reglas de juego, pero no del juego.
- e) El de la justicia contractual objetiva.

Se supera el principio de la relatividad del contrato, desde que no sólo el consumidor contratante le puede exigir al proveedor el cumplimiento de sus obligaciones, sino también quien, aunque no contratando con él, consume el bien o utiliza el servicio.

Surgen figuras legales que se apartan de la contratación clásica:

- a) Oferta al consumidor.
- b) Revocación de ciertos contratos de consumo (esta figura aún no ha sido recogida en el Perú).
- c) Facultad del consumidor de resolver unilateral e inmotivadamente el contrato de crédito al consumidor.
- d) Interpretación a favor del consumidor en los contratos de consumo.
- e) Principio Pro Consumidor.

Por último, consideramos indispensable que el Código Civil regule, aunque de modo genérico, la contratación de consumo.

4.2 Compra Venta de Inmuebles en construcción como bienes futuros

Un hecho que se viene observando es la compra venta de inmuebles (casas y departamentos) en construcción como bienes futuros y el problema legal se presenta porque las empresas constructoras ofrecen un inmueble con un metraje determinado generalmente alto para llamar la atención y promover la venta, luego al entregar el inmueble ya terminado, se verifica que faltan metros y ante el reclamo de los compradores se ajusta el precio, sobre la base de que se trata de venta de bienes futuros y expresan que no hay problema alguno, toda vez que este tema está regulado en el Código Civil .

Particularmente, creemos que en este caso hay una falta contra los derechos del consumidor porque se promociona un inmueble con un metraje determinado , con una publicidad engañosa y luego se vulneran las expectativas de los compradores entregándoles un departamento o una casa con otro metraje, obviamente menor y aunque se ajuste el precio, la falta ya se produjo, ya se afectaron sus intereses y sus expectativas, más aún si los consumidores son generalmente gente de clase media que por primera vez compra un inmueble con mucha esperanza gracias al *boom* de los préstamos hipotecarios y de programas sociales de construcción de viviendas populares llevados a cabo en las grandes ciudades y conos urbanos de las capitales latinoamericanas como por ejemplo los programas sociales de Trecho Propio y Mi Vivienda promovidos por el Estado Peruano durante el gobierno del Presidente Alejandro Toledo (2001-2006) y continuados por el Presidente Alan García Pérez (2006-20011) como estrategias políticas y de gestión pública para paliar el problema de viviendas populares .

El Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI) ya se ha pronunciado al respecto a través de una interesante jurisprudencia administrativa que creemos es aleccionadora en la doctrina del Derecho Privado y en particular en el Derecho Civil y lo que creemos es que no se trata propiamente de una venta de bien futuro conforme lo expresado por las legislaciones civiles como es el caso del Código Civil Peruano, sino que estamos frente a la presencia de un contrato de obra de ejecución diferida donde la prestación consiste en la obligación de entregar un inmueble de determinadas características. En efecto, consideramos que el Código Civil Peruano de base romanista, al hablar a bienes futuros se refiere a aquellos cuya materialidad depende obviamente de la futuridad, es decir de un evento incierto que puede eventualmente afectar las características del bien futuro que una de las partes se obliga a entregar, como por ejemplo las cosechas o las crías del ganado que pueden verse afectadas por las lluvias o la sequía o el alimento, etc. y en estos casos es obvio que el precio debe ajustarse a las características reales de aquello que se entrega, lo cual tiene lógica.

Por otra parte, el Código Civil al hablar de ajustes en inmuebles estaba pensado en predios rurales, donde es posible que por cuestiones geográficas, o por la configuración topográfica del suelo, se afecte el área previamente acordada entre comprador y vendedor, pero de ninguna manera puede alegarse este tipo de situaciones futuras e inciertas en la venta de una unidad inmobiliaria en un edificio en construcción o en una casa previamente delineada y trazada en un plano con mediciones precisas. En efecto, hoy en la industria de la construcción es posible diseñar y proyectar como quedará finalmente la obra, incluso con la ayuda de la informática, de manera tal que el trazado, la planimetría de distribución y de diseño de la obra en construcción nos llevan a un resultado preciso y determinado de manera que no se puede alegar la falta de metros cuadrados, no se puede hablar de mermas, eso es inadmisibile.

Es posible que pueda haber algunas diferencias mínimas que incluso el propio Reglamento Nacional de Construcciones acepta, pero de ninguna manera se puede hablar de un déficit de 5, 10, 20 o 30 metros cuadrados. Por lo expuesto, consideramos que se puede hablar con más propiedad y desde el punto de vista de la teoría del contrato-realidad, que estamos ante la figura de un contrato de obra de ejecución diferida, toda vez que la parte interesada, es decir el comprador participa también activamente en la obra dando algunas indicaciones y precisiones para el resultado final de la obra.

Este es un tema de gran trascendencia social que pone de manifiesto nuevamente la complementariedad para no hablar de influencia de las normas del Derecho del Consumidor sobre el Derecho Civil, por ello creemos que en este caso no se aplica la norma contenida en el Código Civil sino que ante una petición o un reclamo de esta naturaleza, éste tiene necesariamente que ser enfocado desde la perspectiva de la Ley de Protección del Consumidor, caso contrario estaríamos desatendiendo a un grueso sector de ciudadanos consumidores que se ven afectados en su esfera económica, por una publicidad engañosa que ha mediatizado su decisión de consumo llevándolos a comprar la casa de sus sueños con un metraje menor al que pensaban. , siendo precisamente este sector social los más vulnerables en el mercado, situación que no puede ser negada ni desconocida.

El Indecopi se ha pronunciado al respecto y aunque no ha establecido que se trata de contratos de ejecución de obra de ejecución diferida, si ha establecido que no se puede aplicar a este tipo de contratos la teoría de la venta de bienes futuros, haciendo una interpretación normativa que merece ser destacada, señalando incluso en la Resolución No 1223-2006 TDC/INDECOPI que no se trata de venta en la modalidad ad corpus, sino que se trata de un inmueble con ciertas características y medidas, las cuales se ceñían de acuerdo a lo pactado.

Asimismo la Sala de Defensa de la Competencia ha considerado como falta de Idoneidad la venta de inmuebles en proyectos habitacionales sin haber efectuado las diligencias administrativas de zonificación para áreas de centros educativos, áreas recreacionales, de jardines etc., Resolución No 203-2005 TDC/INDECOPI. También se ha considerado falta de idoneidad la venta de inmuebles con problemas de fugas de agua por descascaramientos en paredes, manchas en las paredes, etc. Resolución No 0342-2006 TDC/INDECOPI.

Otros temas en los que igualmente la sala ha establecido que se trata de falta de idoneidad en materia de construcción es la demora en la fecha de entrega, malas instalaciones

eléctricas y/o sanitarias, rajaduras, grietas en las paredes, mala instalación de parquet y pisos cerámicos, etc.

5. Derecho del consumidor y el régimen jurídico de las cláusulas generales de contratación y del contrato por adhesión

Antes se creía que hablar de un sistema de protección del consumidor implicaba necesariamente conjugar bajo un mismo marco normativo, es decir unificado, las reglas que establecieran los derechos de los consumidores, las obligaciones de los proveedores y el control de las modernas técnicas de contratación: entiéndase cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión.

En Europa, existe por ejemplo la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores, incorporadas a la legislación interna de algunos países como es el caso de Italia en su Código Civil.

Consideramos que existen vinculaciones entre ambos, pero son diferentes. El Derecho Del Consumidor tiende a proteger a los destinatarios finales de los bienes y servicios de los efectos dañinos de la asimetría informativa existente en el mercado; en cambio el objeto de las cláusulas generales de contratación es agilizar el tráfico comercial, es decir viabilizar mejor la comercialización de los bienes y servicios, reduciendo los costos de transacción y las discusiones o tratativas contractuales, dada la identidad de los productos colocados en el mercado.

El hecho de que exista una relación entre ambos temas, no quiere decir que las disposiciones del Código Civil sobre dichas modalidades de contratación masiva tienen una inspiración única y exclusiva en el principio pro consumidor. Según Vega Mere (1996) la figura del consumidor no gravitó en la regimentación de las cláusulas generales de contratación, posiblemente lo determinante fue la idea de tutelar a la parte débil, entendiendo a ésta como aquélla que no participaba en la predisposición del clausulado.

Existe una confusión derivada quizás del hecho de que antes de la vigencia del Código Protección y Defensa del Consumidor del Perú, el Código Civil Peruano de 1984, introdujo diversos niveles de control al contrato por adhesión y a las cláusulas generales de contratación al advertir que en el mercado en aquel entonces, los proveedores de bienes y servicios contaban con el poder suficiente para imponer sus condiciones a los usuarios y en tal sentido decidió darles protección haciendo uso de la fórmula "*favor debitoris*", identificando a lo que hoy entendemos como consumidor con la parte deudora de la relación obligatoria. El *favor debitoris* era, asimismo, una opción del legislador, al estimar que la parte débil de las relaciones obligatorias masivas era aquella que no predisponía o prerredactaba las condiciones generales de contratación o el contrato por adhesión.

Por lo tanto el control relativo al contrato por adhesión y a las cláusulas generales de contratación se debió a la aplicación de aquella orientación y no a la figura del consumidor como algunos autores creen.

El derecho del consumidor ya se venía reclamando por parte de la doctrina, y nace con la puesta en vigencia de diversas legislaciones promotoras y defensoras de los Derechos del Consumidor en la región, como El Código de Protección y Defensa del Consumidor del

Brasil, el reciente Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Ley de Competencia Desleal del Perú, la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, Ley Federal de Defensa del Consumidor del México, la legislación especial de Colombia, entre otras, gestadas todas en la década del noventa, hasta dar paso ahora a una disciplina jurídica autónoma, con su propio contenido, sus propias reglas de interpretación, sus principios, criterios y líneas de pensamiento moderna en materia de contratación de consumo que van más allá del clásico Derecho Civil y que están destinadas a generar transparencia en las relaciones de mercado entre proveedores y consumidores para generar eficiencia contractual y por ende respetar los derechos de los consumidores.

El maestro Manuel de la Puente y Lavalle (2000) señala que al momento de su redacción las cláusulas generales de contratación tienen, por definición, carácter abstracto, es decir que al redactarlas no se toma en consideración la personalidad de las futuras contrapartes en los contratos particulares que se van a celebrar en base a ellas, por lo cual dichas cláusulas no pueden ser consideradas como una oferta contractual, ya que ésta es una declaración recepticia, o sea está destinada a ser reconocida por un destinatario determinado.

De la Puente y Lavalle (2000, p.48) en torno a las cláusulas generales de contratación expresa:

“Se ha elaborado mucho, y quizá irreflexivamente he participado en esa línea de pensamiento, respecto a que la regulación legal de las cláusulas generales de contratación tienen por objeto fundamental proteger al contratante débil. Es cierto que esta protección ha jugado un rol importante, porque generalmente el cliente o consumidor se encuentra en una situación de inferioridad con relación al empresario predisponente de las cláusulas, lo que ha llevado a pensar que, a semejanza del contrato por adhesión, existe en la contratación a base de dichas cláusulas una debilidad del consentimiento asimilable a un vicio de la voluntad. Se ha dicho no sin razón que el aparato publicitario de los suministradores de bienes y servicios ha creado en los consumidores un complejo de inferioridad, un estado psicológico de dependencia, que los lleva a aceptar sumisamente las cláusulas generales de contratación”.

El tráfico moderno ha puesto de manifiesto algo que quizá había escapado inicialmente a la perspicacia del legislador, preocupado por garantizar el equilibrio contractual. Para Mirabelli (1980) lo cierto es que no se trata de un problema de protección al cliente o consumidor sino de atención a las necesidades impostergables de dicho tráfico, que requieren de un sistema legal que permita concertar simultáneamente una gran cantidad de negocios con gentes que se encuentran en similares condiciones en lo que respecta a la provisión masiva de bienes y servicios.

En este contexto se entiende que las cláusulas generales de contratación para que puedan cumplir eficientemente su rol de permitir la celeridad en el comercio masivo de bienes y servicios, necesitan de una especial aptitud para facilitar y promover la contratación. Ello es posible otorgándoles determinadas características que giran sobre la base de tres elementos: Predisposición, Generalidad e Inmutabilidad.

Manuel de la Puente y Lavalle (2000, p.60) también ha expresado al respecto que:

“Los consumidores no son necesariamente los únicos que contratan sobre la base de dichas condiciones generales. Si lo hacen nadie duda que en ese caso la reglamentación de las cláusulas generales de contratación tendrá algunos puntos de contacto con el Derecho de los Consumidores”. Coincidimos con De la Puente y Lavalle en el sentido de que en el sistema peruano y creo que en general en todos los sistemas jurídicos que tiene como base del derecho Privado un Código Civil, el rol de las cláusulas generales de contratación y del contrato de adhesión, es fundamentalmente permitir la contratación masiva para la provisión de bienes y servicios, jugando un papel secundario, aunque no menos efectivo, la protección de los intereses de las partes, especialmente los del consumidor, no porque no sean importantes sino porque estas sujetos a otro tipo de regulación jurídica”.

6. El contratante débil

La figura del consumidor como el contratante débil es un tema que también ha generado varias posiciones al respecto. Antes y aún después de considerar al consumidor como destinatario final de bienes y servicios se asumió que éste era en el mercado y en toda relación contractual de consumo la parte débil. Sin embargo la idea de la parte débil en una relación responde a una circunstancia histórica cuando existían abusos como consecuencia del capitalismo que desconoció algunos postulados de la libre competencia y que motivó la intervención del Estado en esta materia.

Una inicial concepción inadecuada de la noción de parte débil condujo a que se le identificara así al deudor de la relación obligatoria en la configuración de un contrato, lo cual se evidencia con las normas que consagran la opción del *“favor debitoris”*. A esta orientación responde el estudio de Arias Schreiber (1988).

Ripert (1951) establece que esta opción legislativa no siempre responde a la verdad de los hechos porque también el acreedor de una relación obligatoria puede ser considerado como parte débil, en consecuencia esta noción de contratante débil se fue abriendo para dar paso a otra tendencia para favorecer a la parte privada de poder económico para diseñar el esquema negocial bajo la égida del principio *“favor debilis”*.

Cuando surgen los consumidores como protagonistas del mercado, la doctrina y la legislación tuvieron la tendencia de considerar al consumidor como parte débil invocando por error, algunos el principio *favor debitoris* no obstante tuvo mayor acogida el principio *“favor de bilis”* establecido por Ripert.

En otras palabras la parte débil de un contrato es aquella que no tiene el poder suficiente para establecer el esquema contractual o, que tiene un déficit considerable de información respecto del objeto del contrato y que lo pone en una situación de desventaja frente a la otra parte. De manera que la noción de parte débil no solamente está presente en los contratos de consumo masivo o en la contratación estandarizada o por adhesión, sino también puede estar presente en una relación contractual Interindividual e inclusive una empresa puede en una determinada relación contractual tener el carácter de parte débil si es que desconociera ciertos aspectos que posee el otro contratante.

En consecuencia la noción de parte débil no necesariamente está ligada directamente a la dimensión económica o patrimonial de un contratante sino a su situación en determinado contrato.

Es obvio que en el consumo masivo el consumidor no siempre tiene el conocimiento apropiado respecto de los bienes y servicios que consume y no está adecuadamente informado y generalmente se le ve en la disyuntiva de adquirir o no el producto sin ninguna posibilidad de negociación o reflexión y ante este déficit informativo que la doctrina moderna llama asimetría informativa, evidentemente está en una situación de “*contratante débil*” frente al proveedor que goza de una situación ventajosa en cuanto a información sobre los bienes y servicios que ofrece y las condiciones contractuales que generalmente él preestablece.

Para solucionar esta situación las legislaciones de protección y defensa de los consumidores insisten reiteradamente en el deber de los proveedores de informar y de informar adecuadamente a los consumidores y esto no debe ser interpretado como una carga sino como el principio “*favor debilis*” que recoge dichas normas.

Por lo general se sostiene que el consumidor es la parte débil porque carece en principio, de información así como también de capacidad para negociar el contrato debido a diferencias económicas con la otra parte contratante. El deber de información aun cuando no se encontrase debidamente legislado es una de las reglas de juego del mercado conjuntamente con el precio y las garantías y en efecto nadie comprará nada si no recibe información o si no sabe absolutamente nada de aquello que va a adquirir.

También se sostiene que el consumidor tiene una debilidad estructural en el mercado o que es la parte débil en los contratos por adhesión o en los celebrados de acuerdo a cláusulas generales de contratación por no participar en su predisposición, ello es evidente por eso el Código Civil Peruano de 1984 estableció una serie de normas a fin de limitar a los contratos por adhesión y a las cláusulas generales de contratación. No obstante, no siempre el que suscribe este tipo de contratos es un consumidor, puede también un proveedor, sea empresa o no aceptar las condiciones establecidas previamente por otro empresario. Lo mismo puede decirse de las personas jurídicas que adquieren bienes o servicios como consumidores.

Coincidimos con De la Puente y Lavalle (1995, p.15) cuando expresa que:

Si pueden ser consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas, no es extraño que un consumidor no sea parte débil de la negociación contractual, tanto más si el proveedor no ostenta el monopolio del bien o servicio. En efecto, el consumidor que puede satisfacer su necesidad de un cierto bien o servicio de varios proveedores, no se ve compelido a celebrar el contrato de adquisición con un determinado proveedor, sino, que puede recurrir indistintamente a varios de ellos, con lo cual el proveedor elegido por el consumidor no tiene la condición de parte fuerte en la negociación contractual. Además, consumidor y no consumidor, sólo pueden ser parte débil en la negociación contractual si se encuentran en estado de necesidad respecto de la provisión de un bien y servicio y consideran que únicamente a través de un determinado contrato a celebrarse, con persona cierta pueden satisfacer tal necesidad.

Las normas que tutelan el derecho del consumidor no parten de esta presunta debilidad y tal como expresa De la Puente y Lavalle, la protección de los derechos del consumidor no es necesariamente contra los actos del proveedor, sino que está orientada en realidad, a garantizar que los bienes y servicios que adquiera el consumidor sean idóneos para su consumo final por éste.

Cabe, por tanto, afirmar que no debe identificarse la condición de consumidor o usuario con la de parte débil. Es, en rigor, la parte que carece o puede carecer de información y que no siempre podrá negociar las condiciones de comercialización, cuando no tenga ninguna otra alternativa de elección.

El consumidor es un contratante ocasional que acude al mercado no como profesional, sino diríamos como amateur que adquiere bienes y servicios no para reingresarlos al mercado sino para su propio consumo o el de su entorno familiar o social, por lo tanto el concepto de consumidor como contratante débil no es una noción individual, sino una categoría; es decir la cualidad o condición con la que se acude a celebrar un contrato.

Gutiérrez Camacho (2004) sostiene que se es contratante débil principalmente porque se adolece de un déficit de información y de capacidad para procesar toda la información existente en el mercado, lo que a su vez genera una desigualdad manifiesta en la negociación cuando la hay y en la conclusión y ejecución del contrato.

En conclusión podemos establecer que el Derecho del Consumidor ha hecho una construcción empírica especializada sobre la base las instituciones que en su momento creó el Derecho Civil y que hoy ya no son aplicables para determinado tipo de contratación, como es la contratación de consumo que hoy desborda inevitablemente los alcances normativos que estableció el Derecho Civil. Por ello es preciso señalar que no existe un desplazamiento del Derecho Civil por parte del Derecho del Consumidor, sino que existe una relación de complemento y desarrollo del Derecho del Consumidor respecto de los efectos jurídicos que traen aparejados los modernos mecanismos de contratación de consumo.

7. Responsabilidad civil en el ámbito del derecho del consumidor

En el caso peruano, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, estipula una serie de normas que de una u otra manera establecen disposiciones de responsabilidad civil por los daños que el empresario proveedor cause a los consumidores en la comercialización de sus bienes y servicios. En efecto del artículo 100 pueden eventualmente derivarse responsabilidad civil por haber generado falsas expectativas respecto a la promoción u oferta publicitada de determinado bien o servicio o por los daños ocasionados por el incumplimiento de la oferta publicitaria; el artículo 30 obliga a reponer el producto devolver la cantidad pagada en exceso cuando exista discrepancia entre la cantidad supuestamente vendida y la cantidad efectivamente entregada; el mismo razonamiento tienen los artículos 101, 102, 103

La norma ha efectuado un tratamiento riguroso del tema de la responsabilidad civil en su título “*De las Responsabilidades frente a los Consumidores*”, y en este sentido la ley aborda la responsabilidad civil por productos defectuosos estableciendo que el proveedor es responsable de los daños y perjuicios causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos y se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, tomando en consideración

todas las circunstancias, como el diseño del producto; la manera como ha sido puesto en el mercado, su apariencia, su marca, la publicidad referida a la misma o el empleo de advertencias o instrucciones; el uso previsible del producto; los materiales, el contenido y la condición del producto, entre otros.

La ley establece también el carácter omnicompreensivo de la responsabilidad civil y en tal sentido expresa que la indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral y que la responsabilidad de los diversos proveedores de un producto es solidaria, sin perjuicio obviamente de que cada proveedor tiene el derecho de repetir contra aquel que le suministró el producto defectuoso causante de los daños; de manera que la omisión de información por parte del proveedor, en especial de las instrucciones o advertencias, determinan responsabilidad civil en tanto que el producto defectuoso se constituye en la causa adecuada de los daños que eventualmente sufre el consumidor, en cuyo caso no es necesario analizar la culpa del proveedor, quien debe responder objetivamente por el daño causado.

La Autoridad Nacional de Protección del Consumidor en el Perú (Indecopi) a través de su Comisión de Protección del Consumidor y de su actual Sala de Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, no tenía facultades para pronunciarse sobre la pretensión de medidas correctivas solicitadas por un consumidor afectado, porque se entendía que estas tenían un carácter indemnizatorio y esta facultad es propia del poder Judicial. Sin embargo la Ley 27311 del año 2003 otorgó a la Comisión la facultad de ordenar, entre otras medidas la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor o cualquier otra medida que tenga por objeto el reponer el estado de las cosas hasta antes de la producción del daño. Algunos autores consideran a estas medidas como un resarcimiento del daño dadas las expectativas económicas del consumidor y las consideran como eventuales indemnizaciones por especie para resarcir el daño emergente y propugnan una corriente de opinión para otorgarles este carácter; sin embargo creemos que en el actual contexto normativo, las medidas correctivas no tienen ese carácter, porque las indemnizaciones responden otros criterios y solo pueden ser fijadas por mandato judicial, caso contrario deberá modificarse toda la dogmática civil sobre la responsabilidad para trasladar este tema a los órganos administrativos.

Pero cuál es la naturaleza de la responsabilidad civil que contempla la Ley de Protección del Consumidor? Al respecto el artículo 101 del Código en referencia señala que los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la ley y que los proveedores infractores podrán ser sancionados con una amonestación o multa de hasta 500 Unidades Impositivas Tributarias (US 500,000 aproximadamente), sin perjuicio de las medidas correctivas que correspondan para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro. El debate es si se trata de responsabilidad civil objetiva o de responsabilidad administrativa. En nuestra opinión la ley contempla un principio de responsabilidad objetiva y en tal sentido un proveedor infractor responderá administrativamente por la infracción las normas de protección del consumidor, pero a su vez responderá también objetivamente si a consecuencia de la infracción administrativa ha causado daños al consumidor en cualquiera de sus dimensiones, es decir daños materiales o patrimoniales y daños personales.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, en esta materia es innovadora y marca la pauta en las legislaciones de la región y en ese sentido está a la vanguardia, al estatuir normas tanto de responsabilidad civil contractual, como

extracontractual y en el caso de productos defectuosos la responsabilidad extracontractual permite dirigirse contra el comerciante o distribuidor, el proveedor, el fabricante o importador. No obstante creemos que la responsabilidad civil es una sola, dado que el denominador común de ambos tipos de responsabilidad estriba en la antijuridicidad, la obligación legal de indemnizar los daños, la relación de causalidad y los factores de atribución, con diferencias de matiz en su regulación legal. Para Taboada Córdova (2000) la actual regulación del Código Civil peruano no es impedimento para estudiar el sistema de responsabilidad civil desde una óptica unitaria, en la medida en que se respeten las diferencias de orden legal existentes.

El artículo 100 de la El Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú es una norma especial, de aplicación a las relaciones de consumo que establece la responsabilidad civil por productos defectuosos en tanto que los productos no ofrezcan las garantías de seguridad y pongan en riesgo la integridad física del consumidor por falta de información sobre instrucciones de uso o advertencias, lo que se relaciona con el artículo 9 de la ley que señala que los productos puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para su salud o seguridad la de sus bienes, agregando que los riesgos previsibles deben advertirse, así como señalarse el correcto modo de utilización del producto. Es decir, si el producto conlleva un riesgo y no se informa, éste es defectuoso, si el producto tiene determinada forma de uso y no se informa, éste es defectuoso porque se torna inseguro, he aquí donde radica el acto antijurídico como uno de los elementos de la responsabilidad civil.

La responsabilidad es objetiva en tanto que no se requiere demostrar la culpa del proveedor, sino solamente el riesgo creado como factor atributivo de la responsabilidad civil, en virtud del cual se atribuye el daño al proveedor que oferta los productos en el mercado y que potencialmente pueden causar daño por deficiencias de información, uso inadecuado o falta de advertencias, prescindiendo de la subjetividad del agente, centrando el debate en la reparación del daño causado.

Probado el defecto de información y el nexo causal, responde el proveedor. La relación causal debe ser de causa adecuada es decir de una conducta que sea capaz de producir el daño, donde entran en juego factores como la naturaleza del defecto, las instrucciones o advertencias, la intensidad del riesgo creado, la previsibilidad del uso inadecuado, et tipo de lenguaje empleado, etc. El consumidor debe probar que el daño sufrido es a consecuencia del defecto y que hay un nexo causal entre el defecto y los daños, por lo que se debe demostrar que si el defecto no hubiera existido, el daño no se hubiera producido, porque la causalidad adecuada supone que el daño es resultado esperado en circunstancias normales del defecto, es decir que el defecto es idóneo para producir daños.

Lo importante en esta materia es que las normas sobre responsabilidad civil por productos defectuosos contenida en la ley, sea interpretada en armonía con las demás disposiciones sobre protección del consumidor, de la mano del trabajo de aplicación legal de los órganos encargados de resolver los conflictos de consumo, los que deberán atender a desincentivar la producción de daños derivados de productos defectuosos en el mercado, a través de resoluciones que se ajusten a la ley y que tiendan a crear conciencia de cultura de consumo en el país. En 1916 la Corte de Aplicaciones de New York estableció el precedente de Responsabilidad Civil por productos defectuosos en el célebre caso *Brow vs Buick Motor Company*.

El incumplimiento de las disposiciones legales establecidas al respecto en la normas de consumidor determina la responsabilidad administrativa del proveedor, sin embargo para *que el sistema de protección del consumidor funcione adecuadamente y pueda ser eficiente y eficaz es necesario no solo la aplicación de sanciones administrativas a cargo de las autoridades como en el caso del Perú, el Indecopi, sino también de normas de responsabilidad civil a cargo del Poder Judicial y que otorguen indemnizaciones para reparar de manera integral los daños y perjuicios sufridos por los consumidores a consecuencia de la oferta de productos y servicios defectuosos, de manera que la tutela jurídica del consumidor no solo quede en la esfera del órgano administrativo, sino que también se traslade al ámbito judicial donde un trabajo idóneo de los jueces en esta materia sin duda complementaría el sistema de protección.*

Existe una falta de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales peruanos del artículo 100 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, toda vez que los jueces a pesar de ser esta norma idónea y especializada, prefieren aplicar las regulaciones contenidas en el Código Civil, generando a veces debates inocuos sobre el tema, afectando los derechos de los consumidores, quienes a veces paradójicamente han obtenido ya una resolución favorable en la vía administrativa.

Al respecto, no obstante la existencia de un régimen especial de responsabilidad del productor como el que contempla el artículo 100 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, éste no ha tenido aplicación hasta el momento por parte de la jurisprudencia peruana, la que más bien, ha continuado aplicando a los poquísimos casos sobre la materia la disciplina general de la responsabilidad civil. Woolcoot Oyague (2001) sostiene que resulta palmario que los casos de responsabilidad del proveedor por productos defectuosos son propios de economías desarrolladas, lo que explicaría la escasa aplicación de la normativa en el Perú.

La jurisprudencia administrativa del Tribunal del Indecopi en el Perú, revela que existen muchos casos que involucran daños causados a los consumidores y que deberían ser objeto de procesos por responsabilidad civil, sin embargo la realidad nos demuestra que los consumidores no tienen incentivos para demandar judicialmente indemnizaciones por los daños sufridos; quizás porque no saben defender sus derechos, por los altos costos procesales, por la lentitud de los procesos, por el difícil acceso a los órganos jurisdiccionales, etc. Esto explica por qué no existe en nuestro medio un desarrollo jurisprudencial permanente y sostenido sobre responsabilidad civil de los empresarios proveedores por daños causados en las relaciones de consumo, por ello podemos señalar sin temor a equivocarnos que estos temas aún son extraños a los jueces peruanos.

Es preciso señalar que esta escasa jurisprudencia sobre el tema demuestra también la falta de mecanismos procesales idóneos respecto de las indemnizaciones por daños derivados de la violación de los derechos del consumidor y tal como lo hemos expuesto es preciso proponer figuras como la inversión de la carga de la prueba, los procesos sumarios especiales para este tipo de debates

Anteriormente la responsabilidad civil por defectos de los productos se fundamentaba en el artículo 1970 del Código Civil Peruano sobre daños causados por bienes riesgosos o peligrosos que estatuyó la responsabilidad civil objetiva, sin embargo, dadas las características de la sociedad moderna, como la producción masiva y la contratación de consumo, motivaron que el tratamiento de la responsabilidad civil objetiva se vaya especializando en materia de

consumidor, por ello ahora ya no es necesario recurrir a la norma del código, toda vez que existe una norma especial que se aplica a todos los casos en que existen daños a los consumidores ocasionados por defectos de los productos comercializados en el mercado, aunque es obvio que los grandes principios de la teoría general de la responsabilidad civil, estarán siempre inmersos en todo razonamiento sobre el tema. El Derecho del Consumidor también persigue la prevención de los posibles daños a los consumidores, de ahí que existen leyes y directivas que apuntan a ese objetivo como es el caso de las medidas correctivas que el Indecopi está facultado a otorgar y que en el fondo buscan desincentivar conductas generadoras de daños a los consumidores.

La doctrina actual acepta que la responsabilidad civil no puede estudiarse y analizarse solamente como un problema de dos actores, un causante de un daño y la víctima, sino que se necesita de una visión integral del fenómeno, es decir una visión totalizadora de las relaciones de consumo en el mercado, porque los daños derivados de ellas, por el riesgo difuso en toda la sociedad, pueden afectar a toda la comunidad de consumidores en general. En este sentido la doctrina italiana entiende que la responsabilidad civil debe ser estudiada desde dos perspectivas: una microeconómica, que permita comprobar la forma como se manifiestan los elementos de la responsabilidad civil en una vinculación intersubjetiva; y una macroeconómica, a partir de la cual se analice las funciones de la responsabilidad civil.

Creemos que sea cual fuere el modelo económico social en el que opere la norma sobre protección de los consumidores, un adecuado sistema de responsabilidad civil en esta materia es aquel que es capaz de articular armónicamente la función preventiva de daños y perjuicios en el mercado, la función compensatoria y reparadora de los daños para beneficio de las víctimas, la función represora o punitiva para sancionar adecuadamente a quienes incumplen la ley y desincentivar las conductas ilícitas.

Algunos autores proponen una visión moderna de la responsabilidad civil y aluden a una visión económica propia de la corriente del Análisis Económico del Derecho, cuyo propulsor, Guido Calabresi, establece que además de la compensación a las víctimas y la desincentivación de conductas, lo más importante es la reducción de los costos administrativos inherentes a todo sistema de responsabilidad civil. En efecto, creemos que lo importante es tener una visión sistémica que sea capaz de nuclear los principios de la teoría de la responsabilidad civil objetiva en relación con los fenómenos derivados de las relaciones de consumo, donde se busque reparar a los consumidores por los daños causados, prevenir las conductas infractoras y promover un mercado transparente para una eficiente asignación de recursos en la sociedad. En este contexto, la doctrina del Derecho Civil ha iniciado una revisión sus instituciones contrastándolas con la realidad económica donde opera la norma y a pesar de que existen frondosas legislaciones sobre protección al consumidor en el ámbito administrativo, la doctrina señala que se requiere contar con una legislación civil que responda a las complejas situaciones que se presentan en las relaciones de consumo, por ello creemos que es innegable la transformación o en todo caso la complementación del Derecho Civil a consecuencia de las normas de protección del consumidor cuya vigencia en todo el sistema jurídico viene provocando una especie de revolución en el campo del Derecho contractual.

CONCLUSIONES

1. Hay una crisis de la contratación civil clásica estructurada sobre bases romanistas y el Código Civil Francés de 1804. Los principios que sirvieron para edificar la teoría clásica de la contratación civil son insuficientes para regular las relaciones del contrato de consumo.
2. Surge la disciplina del Derecho del Consumidor con una nueva cosmovisión para regular los conflictos derivados de la contratación masiva propia de un mercado como el de hoy creciente y extendido.
3. El consumidor es la parte débil en el contrato de consumo; su debilidad es estructural, es decir, responde a su ubicación en el mercado y a la lógica de éste. Esta debilidad se funda en un déficit de negociación, déficit de reflexión y sobre todo déficit de información.
4. Se supera el principio de la relatividad del contrato, desde que no sólo el consumidor contratante le puede exigir al proveedor el cumplimiento de sus obligaciones, sino también quien, aunque no contratando con él, consume el bien o utiliza el servicio.
5. Surgen figuras legales que se apartan de la contratación clásica, como la oferta al consumidor, la revocación de ciertos contratos de consumo, la facultad del consumidor de resolver unilateralmente el contrato de crédito al consumidor, la interpretación a favor del consumidor en los contratos de consumo, el principio pro consumidor como pauta hermenéutica para resolver conflictos de consumo
6. Por último, consideramos indispensable que el Código Civil regule, aunque de modo genérico, la contratación de consumo, sobre todo en aquellos países que no cuentan con una legislación especial de protección y defensa del consumidor.

Lima, Enero 17 de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Peruano de 1984

Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, Ley 29571 de 02 de setiembre de 2010

Constitución Política del Perú de 1993

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., CÁRDENAS QUIROZ, C. & CAMACHO GUTIÉRREZ.(2000). *Cláusulas Generales de Contratación, En Contrato y Mercado*. Lima: *Gaceta Jurídica*.

De la Puente y Lavallo, Manuel (1995). Las Cláusulas Generales de Contratación y la Protección del Consumidor, *Themis, Revista de Derecho*, Segunda Época, 51-64.

Diez Picazo, Luis (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid: Civitas.
Directiva 87/577 sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, del 20 de Diciembre de 1985.

Directiva 93/13 CEE del Consejo de las Comunidades Europeas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, del 5 de Abril de 1993

Gutiérrez Camacho Walter (2004). Derecho de Consumo, Constitución y Contratante Débil, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 9, 5

Ley Argentina de Defensa del Consumidor 24.240

Ley Española de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984

Ley Española sobre Condiciones Generales de Contratación, 7/1998

MIRABELLI, Giuseppe (1980). *Dei Contratti in Generale*, Torino: UTET.

RIPERT Georges (1951). *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*. Puebla

TABOADA Córdova, Lizardo (2000). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.

VEGA MERE, Yuri (1996). *Oferta, Información y Consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica

WOOLCOOT OYAGUE, Olenka (2001). *Apuntes y Reflexiones sobre el Régimen de Responsabilidad Civil del Productor*. *Advocatus*. Nueva Época, 5.

UN SUPUESTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1762 DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA: APUNTES PARA UN NUEVO ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES.

NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort *

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Las críticas al artículo 1762 del Código civil. – 3. Las interpretaciones propuestas y sus inconvenientes. – 4. Los defensores del artículo 1762 del CC. Y los nuevos argumentos para la defensa del privilegio en el campo de la responsabilidad civil médica. – 5. Una cuestión en la penumbra: ¿el art. 36 de la Ley General de Salud impide la aplicación del art. 1762 del CC en la actividad médica?. – 6. Desaplicando el art. 1762 del CC: el caso del art. 3.5 de la Ley de Personas Adultas Mayores. – 7. Otras posibilidades de desaplicación.

1. Introducción

Cuestiones no poco problemáticas se encuentran encerradas en la temática de la responsabilidad civil de los profesionales. Tan es así que la idea misma de responsabilidad profesional, como tipo especial de responsabilidad civil, ha sido cuestionada duramente por un autorizado sector de la doctrina. En este sentido, se afirma sin vacilar que “*la responsabilidad profesional no existe*”⁸⁴. No obstante, nadie niega que, para bien o para mal, nuestro Código Civil asume que la responsabilidad profesional merece un tratamiento diferenciado al resto de supuestos de responsabilidad civil. Esto se comprende fácilmente al leer el artículo 1762 de este código, el cual consagra un régimen de responsabilidad diferente para los profesionales.

A esta diferenciación ha sido el blanco de enérgicas críticas por parte de un amplio sector de nuestros autores más reputados, realizándose esfuerzos interpretativos importantes orientados a la reducción máxima del radio de acción de este régimen especial. Pero, como veremos, no han faltado autorizados defensores de tal régimen.

De hecho, ocurre que los propios críticos de la norma no están del todo de acuerdo con respecto a los alcances que se le deben dar. Incluso, dada la redacción del artículo citado, se ha dudado de la posibilidad de lograr una interpretación satisfactoria para los intereses de la víctima del daño. En un escenario como este, la corriente de opinión que no reniega, sino que acepta, la diferenciación tiene las de ganar en plano operativo. Y efectivamente así ha sido, basta observar algunos pronunciamientos judiciales para caer en la cuenta de que

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho de la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Civil en las universidades de San Martín de Porres, Inca Garcilaso de la Vega, Ricardo Palma y San Juan Bautista.

⁸⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando *La responsabilidad profesional no existe*. En: AAVV. *Instituciones de Derecho Privado*. Vol. 5. *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Dirigido por José Luis DE LOS MOZOS y Carlos SOTO COAGUILA. Lima: Grijley, 2006, p. 359: (...) *lo que no creo es que exista una institución o figura jurídica independiente, que pueda llamarse responsabilidad profesional*.

nuestros jueces interpretan literalmente el artículo 1762 del Código Civil, resaltando y aplicando el privilegio en el que se traduce el régimen de responsabilidad profesional que establece este cuerpo normativo.

Debe decirse, entonces, que para quienes consideramos que resulta discutible que los profesionales –incluidos nosotros, los abogados - tengan un privilegio por el mero hecho de ser tales, es necesario abordar este asunto bajo un enfoque diferente ¿Cómo? Pues indagando la posibilidad de identificar supuestos donde el privilegio criticado no pueda ser aplicado de conformidad con la normatividad vigente, incluso bajo una interpretación literal de la misma. Nótese bien, no se trata de desaplicar el artículo 1762 del Código Civil a ciertos supuestos en base a una interpretación restrictiva, sino de verificar la existencia de supuestos especiales que, dada su regulación, excluyen la aplicación de esta norma civil.

Interpretar de una manera “saludable” el precepto en cuestión no es objeto de estas líneas. Y a decir verdad, sin embargo, trabajar en efectuar tal interpretación parece ya una tarea no muy necesaria, porque en nuestra doctrina ya se ha hecho con cierta amplitud, y los resultados –como ya se indicó- no han sido alentadores. Pero se hará referencia a las interpretaciones que se han ensayado en torno al artículo 1762 del Código Civil, aunque si bien no se tomará partido expresamente por una de ellas, sí se efectuarán algunas anotaciones críticas sobre aspectos que considero neurálgicos. Tal referencia es inevitable toda vez que es obvio que no se puede prescindir de un marco de referencia básico de la norma cuya desaplicación se busca.

Estos apuntes, en consecuencia, tienen un objetivo más modesto: llamar la atención sobre algunos aspectos descuidados en el debate existente en torno el privilegio otorgado a los profesionales en el ámbito de la responsabilidad civil, para lo cual también se esbozarán algunos planteamientos que permitan sostener que el mentado artículo, al margen de la interpretación que se le dé, no se aplica a los pacientes adultos mayores. Con esto espero contribuir, al menos con un granito de arena, a que se tenga una visión más integral de la responsabilidad civil de los profesionales.

2. *Las críticas al artículo 1762 del Código Civil*

Más de una dura crítica ha recibido el artículo 1762 de nuestro Código Civil. Por un lado se le ha catalogado de anacrónico, ya que el privilegio que esta norma otorga a los profesionales sólo encontraría alguna justificación en un contexto social que considera al profesional como portador de un estatus especial dentro de la comunidad, dados sus especiales conocimientos que le otorgarían una especie de “*autoridad cultural*”⁸⁵. Al respecto, un sector de la doctrina italiana enseña que el privilegio de los profesionales en materia de responsabilidad civil (téngase presente que el legislador peruano, para establecer el artículo 1762 del Código Civil, se inspiró en el artículo 2236 del Código Civil italiano) se basa en la retórica de la “*misión social*”, que concibe a la actividad profesional no sólo como socialmente relevante, sino también como carente de afán de lucro. Esta visión, que tomaría como paradigma al médico y al abogado, entiende que la actividad profesional tendría como rasgos distintivos la dependencia, la dignidad y el desinterés, lo que justificaría colocar al profesional por encima de los riesgos que implica la eventual producción de daños al cliente, limitando su responsabilidad civil⁸⁶.

⁸⁵ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad civil de los profesionales*. Lima, Ara, 2002, p. 149.

⁸⁶ FORTINO, Marcela, *La responsabilità civile del professionista*. Milán, Giuffrè, 1984, pp. 35-40.

Esta perspectiva ha sido rebasada por la realidad hace mucho tiempo. En este sentido, según explica una autorizada doctrina nacional⁸⁷, hoy en día carece de sentido pretender trazar una línea clara entre actividades profesionales y no profesionales, de modo que aquéllas sean más importantes que éstas y, por ende, merezcan un privilegio normativo en el ámbito de su responsabilidad. Por el contrario, según esta doctrina, *hoy en día vivimos en la época del profesionalismo, ya no sabemos lo que es exactamente un profesional: nunca ha habido tantos profesionales como ahora y, sin embargo, la búsqueda – desde el punto de vista conceptual- de un profesional puede ser tan penosa como la de Diógenes con su lámpara cuando trataba de encontrar un hombre. (...) Si alguna vez supimos lo que era un profesional, ciertamente parece que lo hubiéramos olvidado; y, cuando nos aproximamos con más detalle a ese mundo que llamamos profesional, advertimos que se encuentra poblado por múltiples ejemplares de especies diferentes, que difícilmente se acomodan bajo un mismo género. (...) Este tema es muy importante porque, sin profesionales, nos quedamos sin responsabilidad profesional: si no podemos distinguir nítidamente una especie aparte de hombre que practican una variedad independiente de actividades que llamamos profesional, tampoco podremos diferenciar la responsabilidad civil común y corriente de una llamada responsabilidad profesional.*

Girando el análisis hacia la posición del tomador del servicio profesional, se advierte que existe una evidente disparidad entre el profano y el profesional con respecto al asunto materia de la relación jurídica que se entabla entre ambos, lo cual explica que si alguien acude a un profesional, hace una especial manifestación de confianza. Tomar el servicio profesional implica confiar los propios intereses en la actividad incontrolada e incontrolable del profesional, ya que la disparidad aludida priva al interesado de cualquier control real sobre tal actividad. Entonces, dicha confianza se ve traicionada por la normativa cuando ésta no exige al profesional una mayor diligencia en sus actuaciones, sino que, por el contrario, le confiere un privilegio que le permite no asumir ninguna responsabilidad por no emplear la diligencia ordinaria al desempeñar sus actividades⁸⁸.

Un concepto unitario de culpa también ha servido de fundamento para las críticas: no tiene sentido establecer una “*culpa profesional*” diferente a otras culpas. A groso modo puede decirse que la culpa suele ser asociada a la idea de actuación carente de diligencia, de modo que un comportamiento es culposo cuando no se emplean, de modo adecuado, las energías y los medios útiles para la realización de un fin determinado⁸⁹. Si aplicamos esta noción a la conducta profesional, obtendremos la llamada “*culpa profesional*”, la que podría entenderse como falta de “*diligencia profesional*”. Entonces, cabe preguntar si hay una razón de peso para considerar que se trata de una diligencia diversa a la común. La respuesta es negativa, ya que no debe olvidarse que la diligencia- y por ende la culpa- es un concepto flexible, que se adapta a las circunstancias de cada caso. No existe, pues, ninguna clase de inconveniente para aplicar la noción común de diligencia a las actividades profesionales: *según los diversos fines, el esfuerzo que es identificable con la diligencia puede exigir la aplicación de facultades volitivas, el recurso a instrumentos materiales idóneos, la observancia de principios técnicos y de preceptos jurídicos*⁹⁰.

⁸⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Op. cit.* pp. 373-374.

⁸⁸ FORTINO, Marcela, *Op. cit.* p. 101.

⁸⁹ BIANCA, Massimo, *La negligencia en el derecho civil italiano*. En: AAVV. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción y edición de Leysser LEÓN. Lima: Ara, 2001, pp. 345 y 346.

⁹⁰ *Ibid.* p. 346.

Sobre la base de esta idea, se asevera que *en realidad la “diligencia profesional” es la diligencia común que es debida en un acto profesional, cuyo defecto nos coloca en el plano de la llamada también “culpa profesional”*. No hay pues una culpa profesional propiamente dicha; del mismo modo, la diligencia exigible será la reclamada por la naturaleza del acto profesional que ha de ejecutarse, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar⁹¹. Consecuentemente, resulta contradictorio que se establezca una atenuación de la responsabilidad de los profesionales, ya que un elemental criterio de justicia exige que el nivel de diligencia de los profesionales se encuentre en función al grado de dificultad de los problemas afrontados⁹². Bajo esta línea de pensamiento, se justifica plenamente la afirmación según la cual el artículo 1762 del Código Civil establece una protección exagerada para el profesional⁹³.

También se advierte que el carácter desinteresado prácticamente ha desaparecido del ámbito de la responsabilidad profesional, de modo que hoy en día ésta se caracteriza por desarrollarse dentro de un marco comercial a cargo de una empresa. Es más, por lo general los profesionales no ejercen de forma independiente: abogados, médicos e ingenieros, por citar sólo tres ejemplos emblemáticos, trabajan para empresas comerciales e industriales; o se asocian en genuinas empresas comerciales que conforman clínicas, empresas de consultoría y bufetes de abogados. En un contexto como este, es harto difícil hablar de un profesional liberal. La idea de independencia de los profesionales, que es otro presupuesto de la noción clásica de la actividad profesional, es hoy casi una excepción⁹⁴.

Adviértase que los críticos precisan que no se pretende negar o cuestionar la importancia de la actividad profesional ni muchos menos su dignidad. De lo que se trata es de manejar una visión de la actividad profesional que sea conforme a la realidad actual, no en función de consideraciones socialmente irreales⁹⁵. En tal sentido, se trata, pues, de tomar conciencia de que las nuevas modalidades en que se desarrollan las actividades profesionales y el surgimiento de nuevas especializaciones o profesiones, alteran de manera radical los viejos marcos de referencia que tuvo en cuenta el legislador al momento de establecer el privilegio criticado⁹⁶.

⁹¹ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Op. cit.* p. 523.

⁹² Mario ZANA. *Responsabilità del professionista*. En: AAVV. *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 7.

⁹³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Responsabilidad civil médica*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año I. N° 1. Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p. 62: (...) *Sin embargo, es el artículo 1762° del C.C., dentro de las disposiciones generales de la prestación de servicios, el que regula la prestación de servicios profesionales, entre ellos, la prestación de servicios médicos, en donde, bajo un claro matiz proteccionista "in extremis" de los servicios profesionales se indica que "... si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable"* (el resaltado es agregado).

⁹⁴ Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA. *Op. cit.* p. 379 y Olenka WOOLCOTT OYAGUE. *Op. cit.* pp. 150 y 151.

⁹⁵ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Op. cit.* p. 151.

⁹⁶ FORTINO, Marcela, *Op. cit.* p. 40. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando *Op. cit.* p. 380: *El problema está en que en el mundo de hoy, es verdaderamente muy raro encontrar una prestación de servicios que no exija alguna calificación. En consecuencia cada vez sabemos menos lo que son las actividades profesionales que exigen una especialidad, porque prácticamente todos los oficios y trabajos requieren hoy en día poner en juego la inteligencia y la experiencia en mayor o menor grado, al punto que casi toda actividad se vuelve de alguna manera especializada.*

3. Las interpretaciones propuestas y sus inconvenientes

Resaltar los aspectos criticables de una norma no es suficiente. Por eso la doctrina crítica del privilegio no se ha contentado con resaltar la debilidad de su fundamento, sino que también ha propuesto algunas interpretaciones que buscan paliar de algún modo los efectos negativos que tendría la norma contenida en el artículo 1762 del Código Civil. Veamos:

Interpretaciones de tipo restrictivo, como no podía ser de otra manera, han sido esbozadas para la regulación contenida en el artículo 1762 del Código Civil. Así, sobre la base de los postulados de una atenta doctrina italiana⁹⁷, parte de nuestra doctrina afirma que debe entenderse que el privilegio se refiere sólo a la pericia, no a la diligencia, de tal manera que sólo cuando el cumplimiento de la obligación implique un significativo grado de dificultad, será procedente aplicar el artículo 1762 del Código Civil. Se entiende que a la pericia como el aspecto técnico de la diligencia. Empero, si no media tal dificultad, el profesional se encontrará sometido al régimen general de responsabilidad civil. Es más, debe considerarse que si el profesional asume libremente una obligación cuya prestación resulta ser exorbitante frente a sus capacidades, no puede oponer el privilegio al eventual damnificado⁹⁸.

Un destacado autor, años antes, ya se había pronunciado en sentido análogo: *la limitación de la responsabilidad profesional y especialmente médica, sólo será posible de invocarse en casos en donde el estado actual del conocimiento científico no permita afirmar nada cierto en torno a una enfermedad o acto médico, por no existir experiencia al respecto*⁹⁹. Fuera de este ámbito, el profesional deberá responder conforme al régimen general de responsabilidad, siendo suficiente la presencia de culpa leve para asignar responsabilidad civil. Empero, se precisa que en casos en los que el avance de la ciencia médica ha logrado dominar por completo una enfermedad o técnica de curación, el médico tendrá que asumir una responsabilidad objetiva. Así ocurriría, por ejemplo, en una intervención quirúrgica necesaria para neutralizar una amigdalitis o una apendicitis¹⁰⁰.

Contra las soluciones propuestas hay más de un obstáculo que han sido advertidos por los propios críticos. Nótese, pues, que los inconvenientes de la aplicación de la interpretación restrictiva no han sido constados, como podría esperarse, por los defensores de la norma en cuestión. De este modo, se lamenta que *tal como se halla redactada la norma y considerando desafortunadamente el nivel de nuestra jurisprudencia, la solución que haya que adoptarse, seguramente será favorable para el prestador del servicio profesional, dejándose de lado todo elemento de juicio que implique un esfuerzo en el razonamiento jurídico, lo que*

⁹⁷ ZANA, Mario, *Op. cit.* pp. 5 y 6, quien informa que la jurisprudencia italiana ha recogido ampliamente esta perspectiva al enfrentar problemas de aplicación del artículo 2236 de su código civil.

⁹⁸ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Op. cit.* pp. 528 y 529. No obstante, debo indicar que resulta no poco discutible que si el profesional asume “una prestación exorbitante a sus posibilidades”, nos encontremos ante verdadero un contrato de efectos obligatorios. Un deber (como la obligación) cuyo cumplimiento escapa a la esfera de control del gravado con el mismo, no es un deber en sentido técnico (tal como lo advierte un excelso autor: BETTI, Emilio, *Dovere giuridico*. En: AAVV. *Enciclopedia del Diritto*. T. XIV. Milán: Giuffrè, 1965, p. 57), por lo que podría decirse que el profesional, más que asumir una obligación, asume un riesgo. El efecto no sería, pues, obligatorio, sino, como suele decirse, de “garantía”, tal como ocurre en el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero (sobre el particular: Hugo FORNO FLOREZ. *Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno*. En: AAVV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, pp. 535 y ss.).

⁹⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Op. cit.* p. 63.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 64.

*ciertamente es lamentable*¹⁰¹. Se agrega que la redacción de la norma es, a fin de cuentas, poco clara, de modo que puede pensarse que el artículo 1762 del Código Civil puede referirse a *todos los daños en asuntos profesionales y en los problemas técnicos sólo cuando estos involucren especial dificultad* (...), de modo que sostener otra interpretación, como la restrictiva ya reseñada que entiende que la calificación de “especial dificultad” se aplica tanto a las actividades profesionales como a las técnicas, resulta reiterativa y, por ende, contraria a la buena técnica de interpretación jurídica: *es mala técnica legislativa usar sinónimos y reiteraciones porque no aclaran sino que confunden. Y como debemos suponer que los códigos están bien hechos y que no están mal hechos, tenemos que concluir que se trata de dos hipótesis distintas, la profesional y la técnica*¹⁰². Por tanto, según esta consideración, la interpretación que considera que el privilegio sólo se aplica a los asuntos profesionales especialmente difícil, incurriría en error interpretativo al presuponer una redundancia. En este mismo sentido, con respecto al artículo 2236 del Código Civil italiano, se dice-con “aire” pesimista- que es *una norma que, para bien o para mal, hemos hecho nuestra*¹⁰³.

4. Los defensores del artículo 1762 del Código Civil y dos nuevos argumentos para la defensa del privilegio en el campo de la responsabilidad civil médica

Ocurre, sin embargo, que los críticos no sólo deben enfrentar la poco favorable redacción de la normativa objeto de sus objeciones, sino también los interesantes argumentos que se pueden construir en base a los planteamientos de los defensores de tal normativa.

No es correcto pensar que el legislador peruano, a semejanza de su homólogo italiano, tuvo en mente aquel viejo marco social justificador de privilegios legales para los profesionales. Otras motivaciones, muy distintas, habrían estado detrás de la consagración del artículo 1762 del Código Civil: incentivar la innovación y el desarrollo en las actividades profesionales, para bienestar de nuestra sociedad¹⁰⁴.

Otras consideraciones, sin embargo, también han sido esgrimidas en defensa de la normativa tantas veces aludida. Así, una reputada doctrina afirma que con tal normativa *se busca evitar la multiplicación de procesos judiciales y se excluye la culpa leve, con lo cual desaparecerá el peligro de que se les haga imputables por toda clase de errores y no se produzca, como reacción, una actitud de negativa y abstención de servicios que son indispensables a niveles profesionales y técnicos*¹⁰⁵. Empero, se admite que esta *norma peruana es posiblemente discutible, pero no aberrante*¹⁰⁶. Como es de esperar, el autor que ahora cito no sostiene una interpretación restrictiva, sino que asevera que el privilegio se aplica a todo asunto profesional, de modo que la “especial dificultad” hace referencia solamente a problemas técnicos. Se entiende que *habrá culpa inexcusable cuando se falte a las reglas fundamentales de la ciencia, arte u oficio*¹⁰⁷.

¹⁰¹ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Op. cit.* p. 538.

¹⁰² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando *Op. cit.* p. 388.

¹⁰³ LEÓN HILARIO, Leysser. *Apuntes sobre la prueba de la responsabilidad civil del médico dependiente de un centro de salud*. En: ID. *La responsabilidad civil. Lineamientos fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista, 2007, p. 793.

¹⁰⁴ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis*. T. III. Lima: Studium, 1987, pp. 86 y 87.

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 86.

¹⁰⁶ *Loc. cit.*

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 87.

Consideraciones semejantes han sido esgrimidas por otro eximio autor: *la ratio legis de la norma era la de no mortificar la iniciativa profesional con el temor de injustas represalias de parte del cliente y no inducir a decisiones no ponderadas, ni a inercias reprobables por parte del profesional*¹⁰⁸. Luego le pone el acento en la idea de innovación, señalándose, por un lado, que el continuo avance de la ciencia en todas las ramas de la actividad humana hace que constantemente surjan nuevos métodos para resolver problemas técnicos o científicos, pero cuya eficacia no ha sido del todo comprobada. Por otro lado, suele ocurrir que problemas de fácil solución, cobran inusitada dificultad. Este par de circunstancias *hace necesario experimentar nuevas soluciones* (...) de manera que si se aplica el régimen general de la responsabilidad civil *existiría un fundado temor de incurrir en responsabilidad por aplicar nuevas técnicas que no han tenido una aplicación generalizada, especialmente si se trata de ciencias no exactas*¹⁰⁹.

Es comprensible que el legislador sacrifique la exigencia de una diligencia ordinaria en aras de lograr el avance de la ciencia, tanto más cuanto que el comitente de los servicios conoce la especial dificultad del problema. La observancia de la diligencia ordinaria bien puede acarrear que el prestador de servicios se abstenga de incursionar en campos aún no bien explorados, sacrificando en lo posible el beneficio para el comitente. Esto sería así porque la observancia de la diligencia ordinaria ocasionaría que el profesional se ciña a las soluciones ya conocidas, descartando por temor fundado- soluciones novedosas pero que ofrecen un menor índice de seguridad o confiabilidad¹¹⁰.

Repárese en que esta doctrina auspicia una interpretación restrictiva: *no se plantea que el prestador de servicios sea exonerado en todos los casos de responsabilidad por culpa leve sino únicamente cuando la inejecución de la obligación es por razón de la especial dificultad de los problemas técnicos (...) lo importante es que los problemas sean científicos o técnicos y tengan especial dificultad, la cual debe ser conocida por las partes.* En ese sentido, se concluye que es comprensible *la dificultad de optar entre la posición de exigir al prestador de servicios la observancia de la diligencia ordinaria y la de propiciar el avance de la ciencia y de la técnica, aun a costa de una irresponsabilidad del deudor, pero en la necesidad de hacerlo opto por la segunda posición*¹¹¹.

Tiene que decirse que, a la luz de lo expuesto hasta aquí, pueden surgir múltiples cuestiones que no serán analizadas en esta sede¹¹². Me interesa, más bien, esbozar algunas consideraciones adicionales a favor del privilegio, sobre todo en el ámbito médico, tomando como base lo dicho por los dos connotados autores que se acaban de citar.

¹⁰⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El artículo 1762 del Código Civil peruano*. En: AAVV. *Instituciones de Derecho Privado*. Vol. 5. *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Cit. p. 35 (en donde se precisa que esta explicación corresponde también a la “exposición de motivos” del artículo 2236 del Código Civil italiano, redactada por el ministro Dino GRANDI).

¹⁰⁹ *Loc. cit.*

¹¹⁰ *Ibid.* p. 37.

¹¹¹ *Ibid.* p. 38.

¹¹² Habrá advertido un lector atento, por ejemplo, que la propuesta interpretativa de Manuel DE LA PUENTE podría considerarse contraria a la jurisprudencia dominante en Italia. Mientras ésta, como ya se vio según la información que nos proporciona Mario ZANA, indica que el profesional pierde el privilegio si asume conscientemente una “obligación que excede sus posibilidades”. Pero, según la lectura del maestro peruano, el privilegio se mantiene en estos casos, al afirmar que la “especial dificultad” debe ser conocida por las partes.

En primer lugar se podrían alegar argumentos de carácter económico social para el mantenimiento del privilegio. Directo al grano: países como el Perú necesitan repotenciar sus actividades científicas con suma urgencia, y en esta tarea sería de suma utilidad otorgar el privilegio a los profesionales, cuando éstos se enfrenten a problemas de especial dificultad. Para sustentar esta idea podríamos echar mano a los muy sugerentes planteamientos de un destacado analista político internacional: los países latinoamericanos están condenados al permanente retraso y dependencia de las potencias, si no toman medidas efectivas para alcanzar un desarrollo propio en las diferentes disciplinas científicas. En este sentido, el reputado analista advierte que cada país debe repotenciar sus recursos tecnológicos, atendiendo a las necesidades de mercado que lo rodean¹¹³. Si bien ciertos planteamientos de este autor no los comparto, como el lugar que otorga a las ciencias sociales en su discurso, es interesante llamar la atención sobre este planteamiento, que puede servir para defender la idea de que el privilegio de los profesionales a nivel de responsabilidad civil es necesario, ya que con él se facilita la innovación científica (tal como afirman los defensores del artículo 1762 del Código Civil), la cual tiene una importancia decisiva en el futuro económico del país entero. Creo que es algo que no necesita demostración la gran importancia que el desarrollo de la medicina tiene en el desarrollo económico social de un país, por lo que una regulación como la contenida en el citado artículo de nuestro código civil puede ser patrocinada por aquellos postulados que se preocupan y tienen en cuenta el rol de la innovación y desarrollo en el campo de las ciencias, y la necesidad de incentivarlos.

Asimismo, y en segundo lugar, es posible desarrollar argumentos que inclusive establezcan el privilegio para los médicos no sólo en asuntos de especial dificultad, sino de manera general, esto es en todo asunto de su profesión. En efecto, si se considera que los jueces peruanos tienden a ser excesivamente exigentes con los médicos al momento de valorar su culpa, pues sí tendría justificación la necesidad de mantener el privilegio. Éste tendría como función, claro está, disminuir la posibilidad de que los médicos asuman responsabilidad civil por cualquier tipo de inconveniente que se pudiera presentar con el paciente, pese a que el mismo pudo estar fuera de su razonable control. Aquí cabe recordar un caso emblemático que es analizado por un importante sector de nuestra doctrina¹¹⁴:

No obstante que existen varios elementos técnicos que no pueden ser precisados en este lugar, del caso aludido resulta que los jueces consideran que un médico incurre en culpa inexcusable cuando omite realizar un examen para detectar una fistula que podría complicar una intervención quirúrgica, pero cuya posibilidad de presencia era del 0.03% ¿Realmente hay culpa inexcusable cuando un médico omite realizar un examen para evadir un riesgo de complicación quirúrgica que no supera las cinco (05) centésimas porcentuales? Pues según la Resolución N° 149 del 25.07.2003 expedida por el 28° Juzgado especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima, la respuesta es positiva:

Indica el Juez que el médico tratante y el asistente omitieron realizar los exámenes necesarios *para diagnosticar un granuloma, una tumoración rectal, la fibrosis, el debilitamiento de tejidos o fistula (...) según el tratado Campbell's Urology (...) las fistulas enterovesicales no son desconocidas, se presentan en una de cada 3000 intervenciones quirúrgicas y son detectables clínicamente, tanto radiológica como endoscópicamente; a pesar de que ninguno de los exámenes por sí solo es exacto, una combinación de procedimientos permite el diagnóstico de las fistulas enterovesicales, su origen, así como su*

113 OPPENHEIMER, Andrés, *Cuentos chinos*. Buenos Aires: Sudamericana, 2005, pp. 17 y ss.; 89 y ss.; y 321 y ss.

114 ESPINOZA ESPINOZA, Juan *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Rodhas, 2011, pp. 732-735.

causa subyacente en la mayoría de los casos. Pero como los médicos demandados no acreditaron haber realizados los exámenes para detectar esta fístula, el juez concluye que *está demostrado que el médico tratante y el médico asistente actuaron de manera culpable e inexcusable.* Esta idea fue confirmada por la 1° Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante resolución del 14.11.2005 (Cas. N° 549-2005).

Me parece que se pueden proponer serias objeciones contra esta decisión. No sólo se trata de que evadir una contingencia del 0.03% de probabilidad de ocurrencia (la fístula que ocasionó la complicación tenía una probabilidad de ocurrencia en extremo baja, al presentarse en solo uno de cada tres mil casos) sea considerado como una omisión inexcusable, sino que además se trata de contingencia que requiere más de un examen para evitarla (los exámenes endoscópicos y radiológicos son, por separado, insuficientes para una adecuada detección de la fístula). Podría decirse que el criterio de los jueces ha sido muy draconiano en este caso, y si se lleva adelante una investigación a fondo sobre las repercusiones de este criterio en otras decisiones judiciales sobre la materia (aportaría mucho alguien que se proponga llevar adelante esta tarea de investigación en nuestra jurisprudencia), no cabe duda de que los críticos del privilegio se encontrarían contra las cuerdas si tal investigación revelara que los criterios de evaluación de la culpa de los médicos no resultan razonables por su “dureza”. Si esto fuese así, el privilegio a favor de los médicos se fundamentaría en la preocupación ya señalada: evitar que estos profesionales asuman responsabilidades de manera injusta. La realidad judicial podría desmentir a la doctrina que pregona la desaparición del privilegio, al menos en el ámbito de la medicina.

5. Una cuestión en la penumbra: ¿el artículo 36 de la Ley General de Salud impide la aplicación del artículo 1762 del Código Civil en las actividades médicas?

Al margen de la existencia de un importante margen de complejidad en la problemática del fundamento del privilegio consagrado en el artículo 1762 del Código Civil, noto que nuestra doctrina no ha contrastado esta norma con el artículo 36 de la Ley General de Salud, como tampoco lo ha hecho nuestra jurisprudencia. Este artículo señala: *Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.*

Tiene que advertirse, de inmediato, que según esta norma especial ya no es indispensable la culpa inexcusable o el dolo para que el médico asuma responsabilidad, bastando la sola falta de diligencia, esto es la culpa leve. Si se tiene en cuenta que el artículo 1762 del Código Civil se aplica a las actividades profesionales en general y el artículo 36 de la Ley General de Salud a las actividades médicas en particular, puede sostenerse que, en base al principio de especialidad, el privilegio ya no se aplica en el campo de la responsabilidad civil médica. Cabe insistir, conforme a esta última norma, el dolo y la culpa grave ya no son presupuestos indispensables para que el profesional de la medicina asuma responsabilidad. A mayor abundamiento, el criterio de la *lex posterior* también podría aplicarse, ya que la ley especial en mención es posterior al Código Civil.

Es verdad, sin embargo, que la doctrina nacional posterior a la vigencia de la Ley General de Salud, no menciona que el privilegio haya sido afectado en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Mucho menos puede esperarse que la jurisprudencia haya notado esta antinomia normativa. De hecho, un sector reputado de nuestra doctrina ha

sostenido que nuestra judicatura prescinde indebidamente del principio de especialidad, desaplicando la Ley General de Salud en muchos supuestos¹¹⁵. Es importante resaltar que la incompatibilidad entre los citados artículos 36 y 1762 se puede presentar sin que importe qué interpretación se adopte con respecto a este último artículo. Efectivamente, si se entiende que el privilegio aplica solamente en los asuntos profesionales especialmente dificultosos, pues este mismo supuesto puede perfectamente considerarse “englobado” en la normativa especial, ya que ésta no hace distingo alguno. Más todavía si se considera que el privilegio se refiere a todo asunto profesional: la normativa especial justamente regula toda actividad de un profesional médico.

Plantear la idea de que el privilegio-en sede de responsabilidad civil médica- se mantiene incommovible frente a la Ley General de Salud, sería ciertamente propio de los defensores del artículo 1762 del Código Civil. Podría señalarse, en tal orden de ideas, que la normativa especial es aplicable sólo en materia aquiliana o extracontractual, haciéndose una interpretación restrictiva del artículo 36 de la Ley General de Salud, dejando a salvo el rol de la norma del Código Civil en el ámbito contractual o por inexecución de obligaciones. No obstante, llama poderosamente la atención que los críticos del privilegio no hayan explotado el contenido del artículo 36 mentado, a fin de considerar suprimido por completo el privilegio en el ámbito de la responsabilidad médica.

Otro aspecto merece ser resaltado: lo cierto es que, guste o no, los defensores del privilegio pueden adoptar una interpretación restrictiva de la normativa especial. Si se entiende que el privilegio es necesario, y ya vimos que pueden existir razones no fáciles de criticar para sustentar tal idea, pues habría que decir que no estaríamos ante una auténtica antinomia, ya que la misma puede eliminarse mediante una interpretación¹¹⁶ que se entendería como acorde con las necesidades sociales (necesidad de innovación en las actividades científicas y/o necesidad de neutralizar criterios judiciales de valoración de culpa que incorrectamente atribuyen responsabilidad a los profesionales de la salud). Volveríamos, pues, al debate anterior.

6. Desaplicando el artículo 1762 del Código Civil: el caso del artículo 3.5 de la Ley de las Personas Adultas Mayores

Replantearse el camino es necesario en un escenario como este. No hay duda de que el artículo 36 de la Ley General de Salud poco o nada ha afectado al privilegio tantas veces mencionado. Pero, como se advirtió, incluso generando un debate en torno a la presunta antinomia ya descrita, poco podría lograrse, ya que tanto críticos como defensores podrían mantener incólumes sus posturas. Empero, creo que la Ley de Personas Adultas Mayores – Ley 28803 sí tiene una norma que puede complicar mucho el escenario normativo para quienes defienden el privilegio en el campo de la responsabilidad médica. En efecto, el artículo 3.5 de esta ley señala que las personas adultas mayores tienen un **acceso a la atención preferente en los servicios de salud integral**.

Frente a un privilegio que podríamos considerar de carácter general, se alza un privilegio de tipo especial, por lo que deberíamos preferir a éste último: el artículo 1762 del Código Civil expresa una preferencia por el interés de los profesionales en el ámbito de sus actividades, empero el artículo 3.5 de la Ley de Personas adultas mayores expresa una

¹¹⁵ *Ibid.* pp. 736 y 737.

¹¹⁶ CHIASSONI Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 310 y ss.

preferencia por el interés de los ancianos en el ámbito de los servicios médicos. La incompatibilidad salta a la vista. Resulta harto difícil sostener que el profesional médico mantiene su privilegio incólume cuando tiene a una persona adulta mayor como paciente y, al mismo tiempo, señalar que esta persona es objeto de un trato preferencial al recibir atención médica ¿De qué preferencia puede hablarse si el profesional de la salud ostenta el “derecho”¹¹⁷ de omitir la diligencia ordinaria al tratar a la persona adulta mayor, tal como lo puede hacer con cualquier otro paciente?

A pesar de que podamos compartir la idea de que el privilegio para los profesionales de la salud es oportuno, considero que el artículo 3.5 de la Ley de Personas Adultas Mayores hace que tal privilegio no se aplique cuando el paciente es un adulto mayor. Habría que forzar el texto de esta normativa especial para tratar de mantener incólume el privilegio establecido por el Código Civil. No tengo duda de que los críticos de la normativa me darían la razón, y patrocinarían la idea de aplicar el principio de especialidad para considerar inaplicable el privilegio del artículo 1762 del Código Civil, de tal suerte que la atención preferencial en materia de salud haría que los médicos tengan el genuino deber de emplear la diligencia ordinaria cuando tratan a un adulto mayor, en caso incumplan este deber asumirán el deber de indemnizar correspondiente. Así también, se podría agregar que el artículo 1762 del Código Civil, en rigor, no contiene ningún derecho a omitir la diligencia ordinaria, sino un régimen excepcional de responsabilidad civil, mientras que el artículo 3.5 sí contiene un auténtico derecho subjetivo: el de exigir una atención médica preferencial. Los críticos del privilegio podrían argumentar, además, que el mantenimiento del privilegio implicaría entender que la norma civil restringe el derecho consagrado por la norma especial, lo cual no tiene en cuenta que *frente a cada circunstancia de restricción de derechos, es procedente averiguar la razonabilidad y proporcionalidad de tal restricción, actuando siempre a favor del derecho y no en contra de él cuando haya duda, o aplicabilidad poco clara de la norma restrictiva*¹¹⁸. En el análisis, entonces, hay que preferir el derecho del adulto mayor, en lugar de la aplicación de un régimen excepcional de responsabilidad civil: no resulta razonable que el privilegio se mantenga, ya que ello prácticamente haría inútil el derecho a la atención médica preferencial que establece la ley especial a favor de los adultos mayores.

Visualizar el asunto con otra perspectiva, empero, no es imposible: podría aseverarse que el artículo 3.5 de La Ley de las Personas Adultas Mayores se refiere simplemente a que los ancianos deben ser atendidos antes que otros pacientes, ante la eventual insuficiencia de recursos humanos y logísticos, de tal suerte que esta norma especial no puede afectar el privilegio que los profesionales médicos ostentan. Pero una interpretación como esta tiene un inconveniente no poco serio: implicaría aceptar que la Ley de las Personas Adultas Mayores no hace más que repetir lo ya establecido en el artículo 1 de la Ley que establece la atención preferente a las mujeres embarazadas, las niñas, niños, los adultos mayores, en lugares de atención al público – Ley N° 27408. Recuérdese lo que indicaba un crítico del privilegio, pero defendiendo su amplia aplicación en el campo operativo: *es mala técnica legislativa usar sinónimos y reiteraciones porque no aclaran sino que confunden. Y como debemos suponer que los códigos están bien hechos y que no están mal hechos, tenemos que concluir*

¹¹⁷ Aquí no empleo el término “derecho”, como es obvio, en un sentido técnico. Si el profesional tuviese semejante derecho, pues se tendría que concluir que puede omitir la diligencia ordinaria deliberadamente, lo cual constituiría un claro supuesto de dolo, el cual sí es fuente de responsabilidad conforme al propio artículo 1762 del Código Civil.

¹¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial, *Aplicación analógica de la ley*. En: AAVV. *Código Civil Comentado*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 37.

que se trata de dos hipótesis distintas¹¹⁹. En este caso, no se puede presumir que las leyes estén mal hechas, de manera que el artículo 3.5 de la Ley de Personas Adultas Mayores no debe entenderse como una mera reproducción parcial del artículo 1 de la Ley 27408. Esto implicaría auspiciar una interpretación que confiere un significado redundante a la normativa contemplada en la Ley de Personas Adultas Mayores. Se impone la necesidad de atribuir al artículo 3.5 de la Ley de Personas Adultas Mayores un significado diverso al del artículo 1 de la Ley 27408. En lo posible, deben rechazarse aquellas interpretaciones que atribuyan al artículo 3.5 la calidad de enunciado normativo superfluo¹²⁰. Creo que no está demás reiterar una idea ya sugerida: se puede aceptar o incluso defender la idea de mantener el privilegio en el ámbito de la responsabilidad civil médica, pero considero que la redacción de esta normativa especial hace difícil sostener tal privilegio cuando el paciente es una persona adulta mayor. Para concluir este punto, me permito recordar la ya citada disyuntiva que se planteaba uno de los autorizados defensores del privilegio: *Comprendo la dificultad de optar entre la posición de exigir al prestador de servicios la observancia de la diligencia ordinaria y la de propiciar el avance de la ciencia y de la técnica, aun a costa de una irresponsabilidad del deudor, pero en la necesidad de hacerlo opto por la segunda posición*¹²¹. Ante esto, hay que decir que en el artículo 3.5 de la Ley de Personas Adultas Mayores, el legislador-guste o no- habría optado por la primera posición.

7. Otras posibilidades de inaplicación

Obsérvese, entonces, que es viable plantear nuevos enfoques normativos en el –ya antiguo entre nosotros- debate sobre el privilegio de los profesionales en el ámbito de la responsabilidad civil. Pero no se crea que sólo el caso de los adultos mayores pueda implicar una desaplicación del privilegio en cuestión. De hecho, el caso de los concebidos, niños, niñas y adolescentes también pueden ser analizados como supuestos de no aplicación del privilegio. El caso de los concebidos resulta particularmente relevante, ya que se trata de un *sujeto de derecho privilegiado* tal como indica el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y artículo 1 del Código Civil. Al respecto, cabe mencionar que (...) *el concebido es un sujeto de derecho, al cual no se le atribuyen solamente derechos, sino que se le imputan, correlativamente, deberes. Un derecho no se encuentra aislado, siempre tendrá una contrapartida que será un deber. El concepto de “efectos favorables” (“para todo cuanto le favorece” como expresa el Código Civil peruano) debe ser entendido, de tal manera que, frente a los derechos y deberes que han de contraer, sean más predominantes los resultados que benefician, que sean positivos para el concebido, en vez de aquellos que han de ser negativos*¹²². Por lo tanto, si el paciente es un concebido, no parece que el mantenimiento del privilegio a favor del médico sea acorde con la condición de sujeto privilegiado que aquél ostenta, lo cual resultaría contrario no sólo al Código Civil, sino también a la Constitución. Otro tanto puede señalarse en relación a los niños, niñas y adolescentes, que ostentan el llamado *interés superior*, mismo que se encuentra consagrado entre otros dispositivos, incluso de carácter internacional suscritos por nuestro país-en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Este *interés superior* debe necesariamente ser tenido en cuenta al momento de analizar si se mantiene el privilegio del profesional (médico o no) que presta un servicio determinado a un niño, niña o adolescente.

¹¹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA., Fernando, *Op. cit.* p. 388.

¹²⁰ TARELLO. Giovanni, *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 371.

¹²¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE., Manuel *Op. cit.* p. 38.

¹²² Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las personas*. T. I. Lima: Grijley – Iustitia, 2012, p. 51.

Rechazar o defender el privilegio que ostentan los profesionales no es suficiente. Hay un marco normativo importante con el cual las críticas o defensas del privilegio deben saldar cuentas. Y tal marco, como se ha visto, no sólo se limita al Código Civil, sino que involucra también a la legislación especial, la cual parece no haber sido tomada en cuenta de forma apropiada. Además, la experiencia jurisprudencial resulta decisiva para adoptar posiciones en torno a la idoneidad del privilegio. No es poco lo que ha quedado en el tintero, pero confío en que no está lejana la ocasión en que pueda compartir con usted, amable lector, mayores análisis críticos sobre este interesante tema. Por ahora, sólo espero haber alcanzado el modesto objetivo trazado al inicio de estas líneas.





MUJER Y DESARROLLO SOSTENIBLE

FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza¹²³

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Género y Sexo. – 3. Porqué es importante el deslinde entre el concepto de género y sexo. – 4. Mujer y Desarrollo sostenible o género y desarrollo sostenible. – 5. Cómo ha evolucionado la concepción de mujeres en el desarrollo a género en el desarrollo. – 6. Género y sostenibilidad. – 7. La importancia de los conceptos de género en los proyectos de desarrollo. – 8. ¿De qué manera las acciones y comportamientos de mujeres y hombres afectan la sostenibilidad y en qué forma la degradación de los recursos naturales afecta a hombres y a mujeres de manera diferente?. – 9. Conclusiones.

1. Introducción

Sobre mujer y desarrollo sostenible mi conocimiento se limitaba a las propuestas contenidas en la Agenda 21 (Documento internacional suscrito en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992) orientadas a que los gobiernos asuman políticas ambientales dirigidas a destacar la participación de la mujer en la lucha contra la degradación del ambiente, en la ordenación de los ecosistemas, así como su participación activa en la adopción de decisiones de carácter político y económico.

Iniciaré este análisis motivada por las siguientes interrogantes:

¿ Por qué se ha escrito, investigado y estudiado el tema mujer y desarrollo sostenible de manera excluyente?

¿ Por qué no individuo y desarrollo sostenible lo cual engloba tanto al hombre como a la mujer.

¿Cuál es la relación que existe entre la mujer y desarrollo sostenible o entre género y desarrollo sostenible?

¿Por qué es trascendental que en los proyectos de desarrollo de una región o de un país se apliquen políticas sobre equidad de género?.

¿De qué manera las mujeres están siendo afectadas o beneficiadas de forma distinta a los varones por los problemas o las políticas ambientales?.

La literatura que he revisado, en su mayoría de naturaleza sociológica y antropológica, han permitido que amplíe mi panorama. Y no puedo comenzar a desarrollarlo sin antes vincularlo al tema de género.

¹²³ Doctora en Derecho, Magister en Derecho por la USMP, Abogada por la USMP, profesora de derecho minero, derecho internacional público y derecho ambiental.

2. Género y Sexo

Comencemos por lo más simple ¿qué se entiende por género? Dice Susana Balarezo que para entenderlo tiene que relacionarse con el concepto de sexo, es decir, advertir cuáles son sus mutuas relaciones y diferencias. Los sexos- hembra -macho- son categorías biológicas, esto es, alude a aspectos físicos, biológicos y anatómicos. Se "*nace*" hembra o se "*nace*" macho. El concepto de género- masculino- femenino- son categorías socioculturales, es decir se "*aprende*", esto es, alude a las características sociales, culturales, psicológicas, ideológicas e históricas, así como a los valores y tradiciones que se le atribuyen a hombres y mujeres a partir de sus diferencias biológicas (sexuales). Entonces, el concepto de género está referido a los distintos roles que asumen hombres y mujeres en una sociedad determinada, en un tiempo y momento histórico y consecuentemente sus derechos y obligaciones en cuanto el acceso a los recursos naturales son variados, teniendo así, intereses y necesidades distintas.

3. ¿Por qué es importante el deslinde entre el concepto de género y sexo?

Toda esa concepción es importante porque permitirá a quienes toman decisiones o a los técnicos de proyectos de desarrollo de un país o de una región enfocar su trabajo entendiendo los roles de cada uno. Y coinciden los autores en que los roles asignados a hombres y mujeres y que se reconocen como masculinos y femeninos pueden cambiar en el tiempo debido a que se trata de construcciones sociales.

Asimismo, el análisis de género en los proyectos ambientales enfoca los roles, las responsabilidades, el acceso, el control de los recursos naturales, así como la participación en la toma de decisiones y en el manejo de los mismos.

Susan Paulson, señala que el tema género, referido a la construcción social de diferencias por sexo, fue desarrollado hace más de treinta años en América Latina pero que desde entonces ha tenido una trayectoria errática. Fueron mujeres profesionales involucradas en el trabajo con mujeres, las que iniciaron en América Latina el trabajo con género. Dice que el enfoque de género introducido en los 80, les daba la posibilidad de integrar el problema de las desventajas de las mujeres en una dinámica social más amplia. El dominio del tema género era privilegio de las feministas y progresivamente fue introducido en espacios institucionales y académicos. Sin embargo en la etapa actual ya no se utiliza para acercarse a los problemas de la mujer y sus desventajas, hoy pasa a ser una categoría que permite analizar sistemas culturales complejos con énfasis en las dimensiones diferenciadas y relaciones internas de cada sistema. (CARE- Género y Desarrollo-1994)

4. ¿Mujer y desarrollo sostenible o género y desarrollo sostenible?

Ahora bien, el tema central mujer y desarrollo sostenible, que en principio es aceptada universalmente como una corriente, siendo su mayor exponente Caroline Moser, quien parte del deseo de integrar a las mujeres como participantes y beneficiarias en los procesos de desarrollo moderno, surge, pues, como una oposición al tradicional asistencialismo de los programas de desarrollo en los años 60 y 70 que percibían a las mujeres como simples beneficiarias de caridad, especialmente en sus roles de madres y amas de casa y su exclusión de la asistencia técnica, créditos, capacitación, educación, otorgados a los hombres. Esta corriente considera a las mujeres como agentes activas (actuales y potenciales) del desarrollo económico, es decir reconoce los roles productivos de las mujeres en la producción agropecuaria, forestal, artesanal, comercialización, microempresa y otros, así como sus

derechos y el acceso a los bienes y servicios modernos como la educación formal, la capacitación técnica, los créditos, los ingresos económicos, la atención médica, etc.

Referencia especial merece un movimiento conocido como WED (*Women, Environment and Development*)/ Mujeres, Medio Ambiente y Desarrollo que se construyó sobre la base de una serie de perspectivas que trata de compartir el enfoque de equidad y sostenibilidad dentro del campo de la mujer y el desarrollo. Sus objetivos: lograr procesos de desarrollo que aseguren el mantenimiento y reproducción de las condiciones de vida para futuras generaciones y sobre todo asegurar que las mujeres tengan voz y voto en el proceso de desarrollo, además del acceso y control sobre una parte equitativa de los recursos naturales, económicos y políticos. Todos los estudios que concluyen en que la relación mujer y desarrollo sostenible es única, variada y excluyente de la relación hombre y desarrollo sostenible, han sido producto de trabajos de campo, es decir in situ, desarrollados por mujeres profesionales y/o mujeres técnicas en las zonas más pobres, marginales y rurales de los países en vías de desarrollo. En esas zonas advirtieron que la relación de las mujeres con la forestería, la agricultura, la silvicultura se realizaba en forma distinta que los hombres, de allí que se haya escrito mucho sobre "mujeres y árboles", apreciando que el rol de madre, ama de casa, esposa o concubina no se desvincula con el rol de mujer agrícola o mujer productiva-reproductiva. Todo lo contrario asumen una doble responsabilidad, y de ahí su relación de la fertilidad con la tierra. Son grandes e innatas administradores de la naturaleza, son fuertes, luchadoras y consecuentes.

Un estudio de caso en la comunidad de Huaripampa, Huaraz, concluyó: "*La mujer campesina, como detentora de los conocimientos y valores culturales del campesino juega un rol muy importante. Ella es la que conserva con mayor pureza y transmite a los hijos-especialmente en sus primeros años- todo ese bagaje que el varón, por su mayor contacto con el exterior y su mayor participación en la educación formal, ha ido perdiendo. Es así que la mujer tiene un manejo de los conocimientos tecnológicos tradicionales que muchas veces no es tomado en cuenta y en algunos casos minimizados por ellas mismas. La mujer enseña a sus hijos la importancia de producir, plantar y cuidar los árboles*"

En consecuencia, cómo se les va a separar o menguar su rol protagónico; esto es, tener voz y voto en la toma de decisiones de su región o comunidad y más aún de su país y también a nivel de la comunidad internacional. Ya las Conferencias de Río, del Cairo, Copenhague y Beijing coinciden en éste su rol a nivel nacional como internacional.

5. ¿Cómo ha evolucionado la concepción de mujeres en el desarrollo a género en el desarrollo?

En una investigación minuciosa, Carmen de la Cruz, sostiene que el enfoque de mujeres en el desarrollo y género en el desarrollo constituyen dos maneras distintas de abordar el tema de subordinación y el trabajo de las mujeres en los modelos y estrategias globales de desarrollo y que fue en los años 70, a partir de la Década de la Mujer, en que se comienza a advertir la posición trascendental de las mujeres en el desarrollo. Reconociéndose que habían sido marginadas del mismo y en consecuencia para que éste fuera sostenible se debería tener en cuenta el trabajo realizado por ellas.

El enfoque mujeres en el desarrollo tiene un objetivo que consiste en integrar a las mujeres de una manera funcional a una estrategia de desarrollo. Ello significa que el desarrollo necesita a las mujeres y para ello se enfatiza el papel productivo de las mismas,

priorizando sus necesidades. A finales de los 70, se presenta un cuestionamiento influenciado por las organizaciones de mujeres y por funcionarias de organizaciones internacionales, orientado a incorporar en el debate la importancia de las relaciones de poder, del conflicto y las relaciones de género para entender la subordinación de las mujeres. Este debate permitió progresivamente pasar de una concepción mujeres en el desarrollo a género en el desarrollo, definiendo de esa forma herramientas y metodologías para la planificación.

Significa que la propuesta vigente ya no consiste en centrar la atención de la mujer como centro del problema en el desarrollo sino que va más allá, aceptando que la concepción género en el desarrollo comprende el reconocimiento de la relación subordinada de las mujeres como consecuencia del análisis de las relaciones entre mujeres y varones en situaciones determinadas, tomando en consideración otras posiciones, como pertenecer a un grupo social, étnico, de edad, etc. Asimismo la concepción género en el desarrollo promueve la eficiencia y la identificación de las oportunidades para mejorar la redistribución de género y la equidad en las políticas, proyectos y programas de desarrollo. Es decir, que las necesidades de las mujeres dejen de ser analizadas aisladamente para ser parte integrante de un análisis de las relaciones de género en los hogares, en la comunidad y en las instituciones. Esta concepción, también cuestiona el modelo de desarrollo dominante, reclamando un desarrollo sostenible y equitativo, considerando que tanto mujeres como hombres deben participar en la identificación, diseño y ejecución de sus propios proyectos sociales.

Ahora bien, un ejemplo, que hacemos nuestro, permitirá advertir las diferencias existentes entre los enfoques mujeres en el desarrollo y género en el desarrollo:

"En un proyecto forestal a gran escala en el Sur de la India, el objetivo es la regeneración del bosque para uso comercial sostenible, lo que significaría la subsistencia de las comunidades locales". Esto incluye varias fases del ciclo de la producción y comercialización: sembrar, cosechar y comercializar. Todas las actividades van dirigidas a los hombres. Un enfoque mujer en el desarrollo para satisfacer las necesidades de las mujeres podría estar encaminado a desarrollar a largo plazo un proyecto específico en el que se encargasen de fabricar conservas de los productos.

En cambio un enfoque género en el desarrollo, estaría integrado desde los primeros pasos de la planificación del proyecto, es decir, consideraría el papel productivo de las mujeres y trataría de integrarlas en el proceso de producción sobre bases igualitarias, identificaría los obstáculos para la participación de las mismas y trataría de superarlos mediante actividades específicas y buscaría la forma de quebrar la resistencia de los hombres. En consecuencia, se propondría un cambio más estructural en el equilibrio de poder entre mujeres y hombres.

6. Género y sostenibilidad

En la producción literaria de los últimos años se destaca una alta correlación entre género y sostenibilidad. Sin embargo antes de explicar esta relación permítaseme referirme a la noción de desarrollo sostenible que fue acuñada por primera vez en 1987 en un Informe, (Nuestro Futuro Común), de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo elaborado por la Comisión Brundtland (Brundtland, en alusión a la Primera Ministra Noruega que presidió dicha Comisión) y que significa el desarrollo que satisface las necesidades actuales (generaciones presentes) sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Significa que se aproveche de

manera inteligente, adecuada los recursos naturales que son limitados, en función del futuro, esto es, que haya un crecimiento económico, tecnológico, científico pero actuando sobre base de criterios de protección y conservación de los recursos.

7. La importancia del concepto de género en los proyectos de desarrollo

Ahora bien, se plantea que el uso del concepto de género en los proyectos y programas es un requisito para asegurar la sostenibilidad y un elemento que potencia la efectividad y la eficiencia de los recursos destinados al desarrollo. La sostenibilidad es vista por el Banco Mundial como una oportunidad. Significa dejar a las futuras generaciones, tantas, sino mayores, oportunidades como las que nosotros tenemos.

8. ¿De qué manera las acciones y comportamientos de mujeres y hombres afectan la sostenibilidad y en qué forma la degradación de los recursos naturales afecta a hombres y a mujeres de manera diferente?

En el primer caso la discriminación de género afecta el acceso a la tierra y al bosque, a la tecnología, a la educación, a servicios de salud, a igualdad de oportunidades de empleo, a posibilidades de participación ciudadana. Esta discriminación tiene efectos negativos sobre el manejo de los recursos naturales y la sostenibilidad y en consecuencia la situación de las mujeres, aunada a la condición de pobreza de los hogares obliga a una depredación de los recursos para sobrevivir. En cuanto al segundo planteamiento, las mujeres ubicadas en el sector rural y en hogares pobres son las principales víctimas de la degradación de los recursos naturales. La degradación trae como consecuencia la escasez de algunos recursos que sirven como fuente de energía para atender las labores del hogar. Esto significa que las mujeres tienen que sobrecargar su trabajo para lograr el aprovisionamiento y cumplir sus roles de reproducción, producción (artesanía) y cultural (menos tiempo libre).

9. Conclusiones

Cada proyecto, plan o programa de desarrollo sostenible, deberá examinar cuidadosamente las diferencias de género para definir los esquemas y las estrategias orientadas a lograr mayor equidad con sostenibilidad.

Significa que las mujeres deben integrarse en la corriente central del desarrollo como participantes activas en la planificación, implementación, seguimiento y evaluación de los procesos de desarrollo, además por constituir el 50.1% de la población mundial y el 49% de la población rural no puede excluirla de los programas, proyectos o planes de desarrollo sostenible en el mundo y es por eso que las políticas de equidad de género tienen como objetivo la superación de las condiciones de marginación, discriminación y pobreza en que se encuentran, sobre todo en los países en vías de desarrollo.

La equidad de género pretende que varones y mujeres desarrollen sus capacidades, potencialidades, roles, así como el acceso a los recursos, y la administración del medio ambiente en igualdad de condiciones.

Y la demanda de hoy, convertida en reclamo es que la mujer tenga una participación y representación auténtica en el proceso de toma de decisiones tanto a nivel de su comunidad, de su país, así como internacionalmente.

BIBLIOGRAFÍA

- PAULSON, Susan, *Desigualdad Social y Degradación Ambiental en América Latina*, Ediciones Abya Yala, FAO. Quito 1998;
- BALAREZO, Susana, *Guía Metodológica para incorporar la dimensión de género en el Ciclo de proyectos forestales participativos*, FAO, Quito 1995;
- *Manejo de recursos naturales desde una perspectiva de género*, SEPIA. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- *Mujer y Forestería Comunitaria en Centroamérica. Aproximación a un análisis de género*, Managua. 1995
- *Mujeres y árboles de Perú. Dos estudios de caso*. Quito. 1991.
- *Restableciendo el equilibrio. Las mujeres y los recursos forestales*. Producido por el Departamento de Montes de la FAO (ONU).



REQUERIMIENTOS DE CONFIRMACION DE INCAUTACION EN CASO DE INTERVENCIONES EN DELITOS FLAGRANTES

GARAY MERCADO, Martin Pedro¹²⁴

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La incautación en el Nuevo Código Procesal Penal. – 3. Conclusión.

1. *Introducción*

El *Código Procesal Penal*, introduce nuevas instituciones procesales, como es la confirmatoria de la incautación en los casos de comisión de delitos en situación de flagrancia, la misma que obliga al *Ad quo -Fiscal encargado del caso*, a solicitar la confirmatoria de la incautación realizada por el personal policial al momento de realizado la intervención policial por flagrancia delictiva; siendo así, el presente tema nos dilucidará sobre la solicitud del Fiscal y procedimiento a tratar de esta institución; y cuál sería las consecuencias si no se solicitó la confirmación de incautación antes de terminado la segunda etapa del proceso común *-Investigación Preparatoria*.

2. *La incautación en el Nuevo Código Procesal Penal*

La Incautación. Es una medida limitativa de derechos en la Investigación Preliminar y Preparatoria, porque colisiona con los derechos fundamentales de las personas, que en el caso concreto sería el derecho de propiedad, reconocida en el inciso 16 del artículo 2° de la *Constitución Política del Estado peruano*. Siendo así, es un acto que el Estado está facultado para realizar a través de las autoridades de administración de justicia previo un procedimiento, en tal sentido se le puede entender también como el decomiso de los bienes, instrumentos o cosas de una persona imputada de la comisión de un delito, o de los instigadores o los cómplices hayan utilizado para la comisión de un delito determinado o también a lo referente del producto del acto delictivo.

Al decir de Roberto Eduardo Cáceres Julca, el secuestro y/o incautación consisten en el apoderamiento forzoso por parte de la autoridad del Ministerio Público de los objetos del delito o los instrumentos con los que se hubiere ejecutado, así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente del delito, así se encuentre en poder de personas naturales o jurídicas [1].

Ahora los objetos del delito, instrumentos o efectos del delito a decir del mismo autor son:

Objeto del delito: Se trata las cosas sobre la que recae la acción del delito. Por ejemplo los caudales o recursos públicos (*peculado, malversación, colusión etc.*) [2]

¹²⁴ Fiscal Adjunto Superior adscrito a la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones Distrito Judicial de Huánuco

Instrumentos del delito: Son los *elementos materiales que se utilizan* en la ejecución de la acción.

Efectos del delito: Son los *productos o beneficios que se obtiene* de la comisión del delito, dentro de este concepto encontramos los bienes, dinero, ganancias o cualquier otro derivado directa o indirectamente del delito. [3]

La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos (artículos 218° al 223° del Nuevo *Código Procesal Penal*), y como medida de coerción con una típica función cautelar (artículos 316° al 320° del NCPP). En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionados, de uno u otro modo, con hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –*de aseguramiento de fuente de prueba material, y luego probatoria que ha de realizarse en el juicio oral*. En el segundo caso, su función es substancialmente *de prevención de ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad*.

La incautación instrumental recae contra los bienes que constituyan cuerpo del delito, o contra las cosas que se relacionan con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito. La incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que lo realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

El artículo VI del *Título Preliminar* del *Código Procesal Penal* prescribe que las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la *Constitución* solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción; en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

El artículo 218° del *Código Procesal Penal* prescribe que la Policía no necesita autorización del Fiscal (*refiriéndose a la incautación de bienes*), ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal.

Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuesto su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria [4].

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre [5], en la *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, desarrolla la institución en comentario, y refiere en el segundo párrafo que la solicitud del Fiscal deberá estar debidamente fundamentada, conteniendo la necesidad de la medida, la relevancia del bien que se pretende incautar o exhibir de forma forzosa, tomando en consideración los fines que se persiguen en la investigación [...]

Asimismo, el cuarto párrafo del mismo texto precisa que “*De otro lado cuando exista un peligro en la demora, la exhibición o incautación deberá imponerla el Fiscal*”, en esta hipótesis, existe un riesgo fundado, de que el paso del tiempo puede perjudicar los fines de la investigación plasmados en la ejecución de la medida, sea cual fuere el caso; el Fiscal deberá requerir al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria. En definitiva, la legitimidad de cualquiera de estas medidas de injerencias reposa necesariamente en la convalidación judicial, sólo el órgano jurisdiccional –como actor imparcial– está en posibilidad de valorar la razonabilidad y necesidad de la medida, y sobre todo, la proporcionalidad de la medida.[6]

A través de esta medida se busca obtener y asegurar los bienes utilizados o vinculados a la comisión del delito. En este caso, el fiscal o la parte legitimada podrá requerir al juez de la investigación preparatoria la incautación [7] de los bienes vinculados al delito. Dicha solicitud debe demostrar que la libre disponibilidad de los bienes agrava, prolonga o facilita el delito. En la diligencia, el fiscal ordenará registrar, detallar, asegurar e inventariar los bienes. Esto deberá constarse en un acta, la cual será firmada por los participantes y testigos. Al concluir la audiencia, deberá de indicar la hora, identificar quienes han intervenido, designar al responsable de la custodia en el traslado, almacenamiento, administración y destino final de los bienes. Se entregarán copias certificadas del acta a los afectados.

La incautación de los bienes muebles se realiza tomando en custodia e inscribiéndose en el registro correspondiente. En el caso de inmuebles o derechos sobre ellos se toma posesión de ellos y se anota en el registro, es posible que las diligencias preliminares y en las investigaciones preparatorias formalizadas, el fiscal o la policía realicen la incautación de bienes sin contar con orden judicial cuando existan peligro por la demora. En este caso, el fiscal requerirá la confirmación judicial inmediata y El juez expedirá su resolución en el plazo de dos días.

Ahora, en los casos que se solicita la (*requerimiento*) confirmatoria de una incautación de objetos o instrumentos utilizados en los hechos materia del delito, se narra los hechos materia de investigación de forma detallada, describiendo los instrumentos utilizados al momento de la comisión del delito, referencia a la norma adjetiva que ampara la pretensión y se describe los elementos de convicción, acompañándose copia fedateada de las actas de incautación en el respectivo requerimiento, que describe claramente el lugar donde fueron encontrados los instrumentos del delito, quién lo incautó y en qué situación se realizó dicha diligencia, la misma que deberá ser solicitada inmediatamente ante el Juzgado de Investigación Preparatoria por parte del representante del Ministerio Público una vez tomado conocimiento.

3. Conclusión

De la lectura del *Código Procesal Penal* del 2004 se advierte que no existe norma que determine cuál es el espacio temporal del que podría hacer uso el Fiscal para requerir la confirmatoria judicial de incautación inmediatamente, y es por ello que el término inmediatamente a la apertura del NCPP en varios distritos judiciales era interpretado indistintamente, pensando que ello podía entenderse como tan pronto como concluya el acto o en todo caso dentro de las veinticuatro horas de su realización, e inclusive los más osados manifestaban que aquel requerimiento podía realizarse tan pronto como las atareadas labores del representante del Ministerio Público lo permitan. A ello se debe que durante los primeros meses de vigencia del *Código Procesal Penal*, se haya optado por no confirmar judicialmente la incautación cuando el requerimiento postulado por el representante del Ministerio Público era presentado después de varios días de practicado la diligencia misma de incautación. Posteriormente surgió prácticamente una postura uniforme en el sentido de que si bien el *Código Procesal Penal* no hace mención al espacio temporal que tiene el Fiscal Provincial para requerir la confirmatoria judicial inmediatamente, ello podía interpretarse que la oportunidad de solicitar la confirmatoria era “*el mismo día o a más tardar al día siguiente*” de verificada la medida que precisamente es el plazo que otorga el *Código Adjetivo* en el artículo 203°.3 para que el Juez de Investigación Preparatoria se pronuncie al efecto y así también se dice en el art. 316°.2 del *Código Procesal Penal* cuando refiere:

Acto seguido, el Fiscal Provincial requerirá inmediatamente al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá en el plazo de dos días...

Siendo así, por interpretación sistemática de las normas del propio *Código Procesal Penal* del 2004 se concluyó que si el Juez de Investigación Preparatoria tiene dos días para pronunciarse sobre el requerimiento Fiscal; en consecuencia, ese mismo plazo debía concederse al Fiscal para que válidamente pueda postular el respectivo requerimiento, dejándose constancia que ese plazo se computa sólo por días hábiles y a partir del momento en que el representante del Ministerio Público conocía del verificativo de la incautación por la policía o por otra entidad estatal como es el caso de Aduanas. Lo que sí quedó zanjado fue el hecho de que si el fiscal no presentaba el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación dentro de las cuarenta y ocho horas y ello se advertía en el debate, la consecuencia lógica era que no se confirme judicialmente la incautación, consiguientemente sus alcances no podían ser utilizados como acto de investigación por el titular de la acción penal pública.

Otro problema que se presenta a menudo en distritos judiciales que se han implementado recientemente el *Nuevo Código Procesal Penal*, bienes que no fueron confirmados oportunamente, por lo que se está frente ante una prueba irregularmente obtenida –*incautación de objetos o instrumentos del delito*, en la cual no se respetó lo prescrito en el artículo 218° inciso 2 del *Código Procesal Penal*, contraviniendo el artículo 8° del *Título Preliminar* de la norma procesal, norma ésta que es de orden público, afectándose en consecuencia, la garantía constitucional del debido proceso a que tiene todo justiciable y por ende el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, previsto en el artículo 139° inciso 3 de la *Constitución Política del Perú*.

En ese sentido, en una Investigación Preparatoria donde el Fiscal responsable del caso (*Fiscal Adjunto Provincial, Fiscal Provincial y/o Fiscal Coordinador -Corporativo*), no haya solicitado diligente y oportunamente (lo antes posible para que el imputado y la parte agraviada puedan ejercer su derecho de defensa material) al Juez de la Investigación Preparatoria, la resolución confirmatoria de los objetos o instrumentos incautados, que constituyen cuerpo de delito, las mismas que son necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, éstas no serán admitidas *-ofrecimiento de pruebas-* siendo rechazadas o desestimadas en el Etapa Intermedia durante la audiencia de Control de Acusación, por carecer de efecto legal de conformidad con el inciso 2 del artículo 8° del *Título Preliminar* y artículo 159° del *Código Procesal Penal*, esto es, por existir vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, al no haberse obtenido en forma conducente o legal (*prohibición probatoria*).

Estando que con el transcurrir del tiempo y espacio, se vaya corrigiendo la labor del Fiscal; esto es, con una buena Gestión de Despacho Fiscal enmarcado en la Escuela Procesal postulada por el francés Henry Fayol, siendo uno de los procesos gerenciales: el planeamiento [8] implica que los administradores (Fiscal responsable del caso y/o Fiscal Coordinador) piensen con antelación en sus metas y acciones y que basan sus actos en algún método, plan o lógica, y no en corazonadas [...] la misma que los guiará al objetivo de sus planes u acciones, y si en caso cuando ésta no sea satisfactorio, se puedan tomar medidas correctivas.

En suma el Fiscal una vez puesto en conocimiento de incautación de documentos, objetos o cosas por parte de la intervención de efectivos policiales en flagrancia delictiva, inmediatamente solicitará al Juez, la confirmatoria de incautación fundamentando y anexando todo los medios y/o elementos de evidencia suficientes, la misma que conseguirá una prueba sólida en la Etapa de Juzgamiento que conllevara al éxito de la ejecución de la pena y su accesoria reparación civil, y por ende no será acreedor a responsabilidad administrativa por su tardanza o no presentación de la solicitud confirmatoria de incautación.

[1] *El Proceso de Pérdida de dominio & Las Medidas Cautelares en la Investigación Preliminar*, Ideosa, 2008: 386.

[2] Artículos 382° al 401° *Código Penal*, Competencia de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Delitos Contra la Administración Pública-Delitos cometidos por funcionarios públicos, conforme al nuevo modelo procesal penal.

[3] *El Proceso de Pérdida de dominio & Las Medidas Cautelares en la Investigación Preliminar*, Ideosa, agosto 2008: 387.

[4] *Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2009: 481

[5] Fiscal Adjunto Superior adscrito a la Primera Fiscalía Suprema Penal.

[6] *Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal*, Lima: 2007: 604.

[7] Véase, artículos 316° y 317° del CPP de 2004.

[8] STONER, James A.F., R. Edgard FREEMAN, Daniel A. JILBERT Jr., *Administración*. 6ª ed. México: Prentice Hall Hispanoamericana: 1999: 11.



EL LAICO Y EL LAICISMO EN SUS FUENTES CRISTIANAS

GODENZI ALEGRE, Jorge Luis¹²⁵

La melodramática y exitosa actriz Susan Sarandon, en el festival de cine de Hampton contó que le había enviado al emérito Papa Benedicto XVI una copia del libro *“Pena de muerte”* que inspiró la película que protagonizara junto a Sean Penn en 1995 y que mercedamente le permitió obtener un Oscar. El entrevistador en ese momento le preguntó si se refería al actual Papa y ella respondió: "No, al último. No a este nazi que tenemos ahora".

Aquel aspaviento histriónico en calificar al Papa Benedicto XVI de nazi da cuenta del sentimiento anti jerárquico que muchos consideran como una incuestionable demostración del laicismo militante que de una manera imparable viene extendiéndose en el mundo católico.

Precisamente ha sido esa tumultuaria ola de *“procesión laica”* lo que me impulsa a pergeñar, en este ensayículo, la propuesta de que tanto el laico como el laicismo son nociones circunscritas estrictamente al ámbito cristiano, que merecerían ser rediscutidas.

En efecto, el laico es *“miembro de aquel pueblo – laos - que es el verdadero Israel de Dios (Gál., 6, 16) la verdadera stirpe electa, el sacerdocio real, la gente santa”* de la cual nos habla San Pedro en su primera epístola (2, 9). El laico está al margen del cuerpo institucional de la Iglesia, pero es indudablemente miembro del cuerpo místico de Cristo.

El laicismo, por el contrario, es el ideario de vida que promueve hacer obras verdaderamente meritorias dignas de ser anotadas en el Libro de la Vida (Fil., 4,3) siempre que coopere con el apostolado que imparte la doctrina de la Iglesia, en el trabajo genuino de cristianización: Andadura tendiente a fomentar el bien común, la fraternidad, la justicia, la caridad y la consolidación de una moralidad que dignifique a la persona humana.

Traigo a colación esos ideales cristianos de universalidad, dignidad, justicia, caridad, fraternidad y el nutrido acervo histórico porque son los elementos culturales que vigorosamente integran el caudal espiritual del movimiento laicista, que una minoría burguesa ilustrada lo incorporó en sus bitácoras de vida. Ese apostolado marcó un sentido de la vida a los individuos y a las sociedades en un universo ético y de ideales por cumplir.

Esos ideales se erigen desde el reconocimiento y desde la equidad, lo cual implica superar todo tipo de interferencias en desmedro de la libertad. Ese es el camino que afianza la moral laica y no se trata, como algún lector podría conjeturar, de un retorno a una perspectiva en el que solo la religión funde esa moral, sino de una nueva óptica donde inclusive otros cultos puedan contribuir, en el seno de un debate pluralista, a la construcción social de un sentido auténtico de la vida. Este enfoque admite al cristianismo como uno de los elementos que integra al movimiento laicista que venimos a reconocer.

¹²⁵ Abogado, egresado de la Universidad de San Martín de Porres con Estudios culminados en Maestría y Doctorado en la Universidad de San Martín de Porres, Bachiller en derecho por la USMP. Diplomas de Realidad, Seguridad y Defensa Nacional, curso de especialización en Derecho Civil y Comercial.

Es la cruz, por ejemplo, que trascendiendo su simbología religiosa expresa esa identidad y unos valores de paz y concordia universales. El crucifijo es la manifestación del caudal histórico en el que el cuerpo místico de Cristo compone un capítulo irrenunciable. Por supuesto que no olvidamos que en este contexto, la Iglesia sobresale como gran defensora de una sana y elevada tradición, cuya rica aportación innegablemente se encuentra al servicio de la sociedad.

Así es, la Iglesia tiene *“una misión de verdad que cumplir en todo tiempo y circunstancia a favor de una sociedad a medida del hombre, de su dignidad y de su vocación. [...] La fidelidad al hombre exige la fidelidad a la verdad que es la única garantía de libertad (cf. Jn 8,32) y de la posibilidad de un desarrollo humano integral. Por eso la Iglesia la busca, la anuncia incansablemente y la reconoce allí donde se manifieste. Para la Iglesia, esta misión de verdad es irrenunciable”* (Enc. Caritas in veritate, 9). Para una sociedad formada mayoritariamente por católicos, cuya cultura ha sido profundamente marcada por el cristianismo resulta algunas veces dramático intentar encontrar la verdad fuera de Jesucristo. Para los cristianos, la Verdad es divina, es el *“logos”* eterno que tomó expresión humana en Jesucristo que pudo afirmar con objetividad: *“Yo soy la verdad”* (Jn 14,6).

La convivencia de la Iglesia con su firme adhesión al carácter perenne de la verdad, con el respeto por otras *“verdades”*, o con la verdad de otros, es algo que la misma Iglesia deberá pronto aprender y que el Papa anterior con finura intelectual vino forjando.

Considero que en este respeto dialogante se pueden abrir puertas nuevas para la transmisión de la verdad de la que hoy, por estar confrontado ante la perplejidad de una pavorosa ambivalencia, resulta una exigencia cimentarla desde una motivación religiosa. Por lo demás, la razón occidental sólo ha sido capaz de suscitar violencia exterminadora y vulgaridad comercial, pero no de fundar auténticos valores sociales dignos de tal nombre. De hecho, un país que deja de saber cuál es su propia verdad acaba perdiéndose en el laberinto del tiempo y de la historia, sin valores bien definidos, sin grandes objetivos claramente enunciados.

Habría que apostar decididamente a favor de una salida positiva e incluso saludable a esta encrucijada de tipo político que viene a coincidir, desafortunadamente, con un proceso de descomposición occidental, complejo y delicado en el que todavía – seguro - nos esperan algunas sorpresas. Todas estas consideraciones pueden ayudar significativamente porque lo importante ahora, una vez superada esta situación, es aprovechar la dura experiencia para modificar ciertos comportamientos y rectificar algunas conductas, en especial las relativas a las tentaciones momentáneas que incitan a brindar motivos para hundirnos en los sentidos abismales perdidos dentro de uno mismo.

La impronta de la laicidad, de vena cristiana, que no sólo tiene que ver con la desconfesionalización de la actividad política y en la actitud de vencer a las jerarquías religiosas, sino de acabar con las diversas formas de dominación económica, social y política, mediante los soportes morales de la honradez personal, el respeto a la dignidad humana, la transparencia en la gestión, la moderación en las ganancias y la equidad distributiva, es aquello en la que los laicos y la iglesia se encuentran raigalmente comprometidos.

“La Iglesia —escribía el Papa Pablo VI— debe ir hacia el diálogo con el mundo en que le toca vivir. La Iglesia se hace palabra; la Iglesia se hace mensaje; la Iglesia se hace coloquio” (Enc. Ecclesiam suam, 34). Así es. El diálogo sin ambages y respetuoso de las partes implicadas en él es una prioridad hoy en el mundo.

Toda referencia moral es imposible de justificar sin una apelación a algún credo religioso por lo que resulta innovador que los fundamentos de la conducta moral del laico se encuentren enraizadas en una antropología mística que otorgue una dimensión particular a la persona en su devenir. Otra vertiente simplemente al laico lo hunde aún más en el abismo, durante algún tiempo se consideró una esperanza realizable que la moral sea esclarecida por la ciencia, pero infortunadamente sucumbió también al proyectar al género humano como “un borrador que las biotecnologías se encargarán de pasarlo en limpio” propugnando, de ese modo, el diseño de cuerpos dóciles, útiles y eficaces para el proyecto de un capitalismo industrial que merced a la biociencia y a la genética puedan hacer posible las utopías que los ingenieros sociales, favorecidos por las tecnologías electrónicas y digitales, controlen por el “biopoder” las almas humanas. Es decir, cosificar intensamente a las personas para vulgarmente someterlas a fines protervos, todo lo cual constituye a la inhumana negación de la jerarquía de la dignidad humana que como todos sabemos tiene como cimiento a la libertad.

Este tiempo de desintegración espiritual y de decadencia intelectual es un reto para el movimiento laicista que a pesar de la tremenda convulsión axiológica que ahora nos aplasta, lo debe de asumir y para ello cuenta con el soporte de la bimilenaria tradición cristiana que como se ha advertido se ve todavía asediada por algunas lecturas y discursos radicales que para comprenderlas mejor y por las implicancias que tienen, estimo imperativo dirigirme al rico núcleo intelectual de Occidente, en sus dimensiones filosóficas y políticas.

Es el paso del tiempo lo que nos permite ganar en perspectiva respecto de cualquier acontecimiento de carácter histórico. Esquemáticamente hasta 1789 la Iglesia católica estableció los fundamentos principales de la cultura moral común, en cuanto a lo esencial definía lo que parecía “bien” o “mal”. A grandes rasgos, el orden “temporal” producía relaciones de fuerza y el orden “espiritual” daba origen a la cultura religiosa y moral. Su alianza y en ocasiones su conflicto ha venido jalonado la historia de la civilización.

En esta lógica, el sistema de lo temporal y lo espiritual (encarnado por una iglesia) fue remplazado por una religión civil que legitimó las leyes y sirvió además de fundamento a la propia moral común. La utilidad social de esta nueva religión se fundamentó en la desconfianza e ineficacia que producía el catolicismo en su afán de construir una nueva moral ciudadana. Estos dos factores pueden explicar las tentativas operadas por la revolución francesa cuya moralidad estuvo fuertemente en una base religiosa. Los derechos del hombre y del ciudadano son rápidamente calificados como “nuevo evangelio”, la Constitución y la ley son calificadas como “cosas sagradas”. En las nuevas ceremonias se yerguen rezos y cantos patrióticos, la prestación de juramentos, fiestas conmemorativas y “panteonizaciones”; los tres colores, los árboles de la libertad, se vuelven objetos de una veneración casi místicas.

Aquella simbolización, recordemos, se transforma en 1793 en tentativas de cultos revolucionarios (culto de la diosa razón, de la diosa libertad, etc.) al que Robespierre busca arrojárselo con cultos mejor consensuados como el de la inmortalidad del alma y de la presencia del Ser supremo. Ambos “dogmas” (típicos de la religión católica que tanta odiosidad producía) fueron la garantía de la revolucionaria moral republicana, tal como lo

atestigua el título mismo de su célebre discurso del 18 floreal, año II: *“Sobre las ideas religiosas y morales con los principios republicanos”*.

El futuro *“buen ciudadano”* era aquel que amaba los *“principios de 1789”* puesto que constituía *“la moral cívica y el alma misma de la patria”*. En la década de 1880 se reavivan los elementos de la religión civil nacidos de la Revolución francesa. En 1880 el 14 de julio llega a ser fiesta nacional y La Marsellesa el himno nacional, algunos años más tarde el templo de Santa Genoveva será de nuevo transformado en Panteón para acoger los restos de Víctor Hugo, después de haber sido el destinatario de majestuosos funerales nacionales. Estas propuestas de profunda simbología revolucionaria reanimaron la conciencia viva de los católicos en la búsqueda y diseño de un nuevo fundamento moral.

La revolución francesa, con su famosa trilogía de Libertad, Igualdad y Fraternidad, de indudable abolengo cristiano, aun cuando se aplicaron paradójicamente con el terror, produjo el abandono de lastres ideológicos para profundizar el cambio del individuo y de la sociedad. En ese contexto histórico la laicidad y el cristianismo supieron mantener la línea de la tradición que arrancó de las concepciones aristotélico-tomistas sobre el mundo y la vida; es el laicismo el que introdujo su cuota de inteligencia y sagacidad en la elaboración, aplicación y desarrollo de los derechos civiles y políticos de ese entonces.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada por las Naciones Unidas en su artículo primero proclama con solemnidad: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Nótese como se sigue respetando y apreciando los apostolados del magisterio del laicismo cristianizado, al orientar y trazar el rumbo de una existencia lograda como individuo y como pueblo; es esa moralidad la que queda sacralizada por la cual se consagra el respeto más absoluto a la dignidad humana.

A diferencia de otras religiones que buscan a Dios mirando hacia lo alto para horadar los límites del mundo invisible, el cristianismo es de signo descendente, porque Dios es quien toma la iniciativa de bajar a nuestro valle, al decir del Benemérito Ratzinger. Así nos lo mostró San Agustín, en una de sus sentencias lapidarias: *“Dios se hizo hombre para hacernos dioses a nosotros”*.

No se trata ya entonces de los dogmas de la iglesia, cuyo afán se centra en describir y perfilar al mundo sino de reglamentar el trabajo genuino de cristianización, que es una de las vías que nos permite un pensamiento *“del cuerpo de Cristo”* (Col, 1, 24). La moral laica tiene un estatuto eclesiológico, es fundamentalmente un establecimiento de la unidad: *“Todo es uno, el uno está en el otro, como las tres Personas”*; esa moral es la que también se encuentra perfectamente determinada por un pensamiento de la caridad.

Y son precisamente los Estados modernos quienes buscan por todos los medios construir y mantener el monopolio jurídico, cultural e ideológico sobre la sociedad, por lo que no debe sorprendernos que identifiquen a los movimientos laicistas, de cuño cristiano, el enemigo a vencer por ser portadora de cultura, de identidad, caridad y de sentido de trascendencia. La forma de acoso es desterrar al laico del espacio público y exigirle que lleve una vida fragmentada, impregnada de un tosco agnosticismo individualista.

Es innegable que aquellos que se consideran agnósticos o ateos, traten a sus semejantes con fraterna solidaridad en virtud del genoma común, la identidad de la especie, la cultura de origen, pero niegan estridentemente la pertenencia a un cuerpo místico común. Es quizás por eso que Joseph Ratzinger ha hablado alguna vez de la orfandad del agnóstico.

En una célebre obra de C. S. Lewis, *“Cartas del diablo a su sobrino, Screwtape”*, un diablo veterano y de alcurnia dedica a un diablo segundón y bisoño una serie de consejos que faciliten su misión en la tierra, entre los cuales se halla éste: *“Queremos que la Iglesia siga siendo pequeña, no sólo para que los menos hombres posibles aprendan a conocer al Enemigo, sino sobre todo para que quienes se vuelvan contra él se coloquen en ese estado de exaltación enfermiza y de fariseísmo agresivo característicos de una sociedad secreta”*. Magnífico consejo que recae a los odiadores más sañudos de la jerarquía eclesial que sólo tienen por común denominador su profunda sacrofobia y su irracional aversión al apostolado cristiano.

Antes de culminar este artículo acabo de informarme, por la agencia Reuters, que Joseph Ratzinger ante una reunión interreligiosa, en el que aproximadamente han participado unos 300 líderes religiosos de todo el mundo entre ellos cristianos, judíos, musulmanes, hindúes, zoroastras, taoístas, sintoístas y budistas, ha reconocido *“con gran vergüenza”* que el cristianismo ha usado la fuerza en su larga historia y que la violencia en nombre de Dios no tiene lugar en el mundo actual.

Este Papa, al que tildan, aquellos que desprecian cuanto ignoran, de nazi, inquisidor e intransigente tiene la doble dimensión intelectual y pastoral que lo emparenta con los padres de la iglesia antigua que supieron interpretar —como Benedicto XVI hace ahora— los signos de su tiempo. Se trata, nada menos que de un Papa filósofo e ilustrado a quien no solo no asusta sino que se deleita en el diálogo franco y abierto, con filósofos, historiadores, científicos e intelectuales en la Academia del conocimiento.



LA RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS (EL JUICIO POLÍTICO)

GONZALES OJEDA, Magdiel¹²⁶

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La función pública. – 3. El control político del Estado.
– 4. El juicio político. – 5. El juicio político en la Constitución nacional.

1. *Introducción*

El desenvolvimiento del Estado supone transitar por los caminos previstos por la Constitución Política. Se trata de que el Estado funcione, pero dentro del marco constitucional, que se cumpla con los principios y disposiciones de la Constitución, se respete el orden constitucional tanto en el ejercicio responsable de las funciones públicas por parte de los operadores estatales como en el funcionamiento de las instituciones políticas del Estado.

La Constitución Nacional en su artículo 45°, determina que el poder emana del pueblo, se trata de uno de los principios fundamentales del liberalismo clásico que quiere significar que el pueblo mediante su voluntad social funda el Estado y le otorga potestades y facultades para administrar y gobernar, en el marco de un sistema jurídico y por medio de órganos estatales denominados instituciones Políticas del Estado. Este acto fundacional supone, también, la elección de las personas depositarias del poder, o representantes de la voluntad social, todo lo que configura los principios más importantes del Estado moderno, el de ser representativo y democrático, por cuanto nuestro Estado Republicano se basa en la soberanía popular.

Conformado el Estado, el poder es manejado por los operadores políticos, ellos realizan sus funciones dentro de los límites del orden constitucional y legal. En este entorno, el poder resulta la facultad de operar que tienen los representantes del pueblo, con el propósito de alcanzar los fines propuestos dentro del modelo social. Por funciones se denomina a esta facultad de operar, que se le asigna a los representantes de la voluntad popular, mediante los repartos consignados en la Constitución o la Ley; por lo tanto, este poder no es ilimitado, menos aún, permite el libre albedrío en el manejo constitucional por más alto nivel de la función asignada; éste es el contenido que nos trae la fórmula de artículo 45° de nuestra Constitución; en otras palabras, se trata de reconocer en el pueblo la fuente originaria del poder, poder que también debe ser reconocido como la fuerza social¹²⁷ encaminada a dar forma político-jurídica y estructura económica a ese grupo social, para lo cual se desarrolla el proceso que supone: 1° La instalación o nombramiento de los depositarios del Poder; 2° El reparto de las funciones entre los redistribuidores del poder, o

¹²⁶ Presidente de la Comisión encargada del Funcionamiento de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma; Doctor en Derecho Público por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

¹²⁷ BIDART CAMPOS, Germán. *El Poder*, EDIAR Bs. Aires 1985, p. 30.

diseño del orden político; y 3º Regulación y limitación apropiada del ejercicio del poder o formulación del orden jurídico (principio en el cual reposa el Estado de Derecho).

En este marco, surge el Parlamento como la institución más importante para preservar el orden político jurídico del Estado, cuidar la vigencia real de los Derechos Fundamentales y prever la materialidad necesaria para alcanzar las metas sociales expresadas en el Modelo Social. Su función principal es asegurar que la dirección política de la comunidad se lleve a cabo de acuerdo a las aspiraciones del titular de la soberanía, la que supone necesariamente el control de los representantes parlamentarios sobre la acción del Gobierno¹²⁸.

En nuestro caso el legislador histórico nacional, desde los albores de la República, se ocupó de fijar los límites de las funciones del Poder Ejecutivo; y ese fue el sentido del Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo (Ley del 15 de octubre de 1822). En dicho Reglamento se establecían las obligaciones del Poder Ejecutivo en las relaciones con el Congreso, así como en las relaciones con el Poder Judicial, en las finanzas públicas y el orden interno. De igual manera, en las Bases Constitucionales de la Constitución Política de la República del Perú, de 16 de diciembre de 1822, que constituyen los principios que orientan la Constitución Formal del Estado y sintetizan la voluntad permanente de la nación; se determinó que como garantía de la libertad es necesario el establecimiento del principio de la división de las principales funciones del poder nacional, haciéndolas independientes unas de otras en cuanto sea dable.

Dichos principios, permanentes y vigentes, se encuentran no sólo en la Constitución Material, están también explícitos o implícitos en todas las Constituciones Formales que el país ha tenido y tiene juntamente con el Modelo Social de la Nación (que asume similares características de los principios en cuanto a su presencia constitucional), que magistralmente sintetiza el maestro Jorge Basadre¹²⁹, cuando precisa los objetivos doctrinarios de la Patria: una nación libre y soberana, ciudadanía digna, Estado legal y eficiente y sociedad próspera; que son los parámetros obligatorios para toda función de control.

Los llamados operadores supremos son los responsables de la conducción política del Estado, dentro de los principios que dicta la Constitución Nacional para que la Nación alcance sus metas sociales, que el Modelo Social sea una realidad, que el pueblo se realice en una sociedad democrática, con justicia y respeto a los Derechos Fundamentales. Esta actividad, los órganos supremos del Estado y la relación vinculante con la Nación, definen precisamente la Función Pública.

2. La Función pública

Con Hans Kelsen¹³⁰, la clásica concepción de la “División de los Poderes”, ha sido sustituida por el concepto de la unidad del Poder estatal, ahora de se habla de un sólo poder del Estado, el Poder Político; señala que el poder del Estado es unitario e indivisible, se compone, sin embargo, de tres poderes coordinados, se trata de una distribución técnica de los tres poderes o funciones entre tres órganos o grupos aislados unos de otros y jurídicamente independientes. En este marco conceptual, el Estado para cumplir con sus fines realiza sus actividades a través de las funciones legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales.

¹²⁸ MONTERO GIBERT, José y GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El Control Parlamentario*,. TECNOS. Madrid 1984, p. 126.

¹²⁹ BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Ed. Universitaria. T1. Lima 1983, p. 187.

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional, México, 1970. p. 334.

Con estos antecedentes podemos decir que para Kelsen el aspecto dinámico del Estado se realiza a través de la Función Pública conforme a las potestades determinadas por el orden jurídico.

Con este criterio, el cual compartimos, la Función Pública no se refiere al régimen del funcionario público, mucho menos a las personas que reciben una remuneración de los fondos públicos. La Función Pública, es una institución prevista en el orden constitucional, en tal razón, no podemos limitar su estudio al ámbito o actividad del funcionario público, del empleado público; se trata más bien la de la institución en sí, cuyas coordenadas no se encuentra en el campo del Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional y a la Teoría del Estado la regulan y la determinan. Pues el funcionario público realiza una función administrativa y la ejerce dentro legal y conforme lo acuerda la ley y dichos actos son calificados como voluntad de la administración.

La Función Pública, institución del Derecho Público, es una actividad que en el ordenamiento constitucional se reserva a los órganos supremos del Estado, y que está referida, también, en forma vinculante a los destinatarios de la Función Pública, esto es, a la nación en términos de igualdad; de donde podemos colegir que la responsabilidad en la Función Pública sólo puede ser atribuida a determinados operadores estatales, es decir a los operadores supremos como el Presidente de la República, a los representantes al Congreso, a los Ministros de Estado, a los Magistrados del Tribunal Constitucional, a los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a los Magistrados de la Corte Suprema, a los Fiscales Supremos, al Defensor del Pueblo y al Contralor de la República.

3. *El control político del Estado*

El control político del Estado lo ejerce el Parlamento que -se supone- es el depositario de la voluntad popular, con lo que adquiere gran relevancia este control. Su actividad cuida posibilitar el cumplimiento de las tareas y funciones del complejo orgánico funcional del Estado. Se trata de un control que se da como expresión de la voluntad popular. Esta función suprema del Control Político es ejercida por mandato constitucional a través del Parlamento, quien como representante de la voluntad social debe cuidar en todo momento la real vigencia del orden jurídico-político, el respeto a los Derechos Fundamentales y que se alcance el Modelo Social.

El Control Político como función fundamental del Parlamento, lo supone un cierto desplazamiento en importancia a la función legislativa; el Parlamento debe realizar permanentes constataciones en todos los ámbitos del Estado, sean públicos o privados, para ver si se cumplen con lo dispuesto por el orden constitucional y especialmente con el modelo social adoptado por la voluntad social, sí se respeta el orden jurídico, sí funciona debidamente el orden político, si el Estado cumple con los fines definidos en la Constitución.

El Control Político que debe realizar el Parlamento tiene que hacerlo a través de las comisiones ordinarias o las especiales a que se refiere la Constitución en su artículo 97º, que autoriza al Congreso iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Abierta la investigación es obligatorio comparecer, por requerimiento ante la comisión encargada de la investigación, bajo los mismo apremios que se observan en el procedimiento judicial. Pero además, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información; excepto la información que afecte la intimidad personal. Estas comisiones tienen amplias facultades para esclarecer los asuntos que afectan al orden democrático y ético del país.

3.1. *Noción de control político*

Con mucha razón, el hombre desconfía de todo poder ilimitado¹³¹; por lo que siempre se ha preocupado por diseñar mecanismos para limitar y controlar el poder y el orden social. La democracia debe contar con todos los elementos e instrumentos necesarios para su defensa, como parte del poder para la conservación del Estado y sus instituciones, nos dice Vanossi¹³². Se trata de contar con medidas que la nación se impone a sí misma y a los operadores del poder, medidas que se factibiliza en un sistema de reglas fijas, aprobadas por la voluntad social a través del Poder Constituyente.

En la función del Control Político subyace la facultad de exigir la responsabilidad política a los operadores del poder, y a los ciudadanos el respeto al orden constituido; función que se inicia con la investidura que el legislativo otorga al Consejo de Ministros (artículo 5° del Reglamento del Congreso). Así, la nación dentro el poder constituido, tiene en el Control Político el instrumento más importante del control del Estado. En la democracia es la técnica más eficaz para limitar el poder y controlar especialmente al operador ejecutivo.

La denominación, para nosotros, surge del órgano encargado del Control, así como de la actividad regulada y de las connotaciones inéditas de actividad o función materia del Control. Se trata en primera instancia de una exigencia sobre la responsabilidad del operador estatal controlado, la misma que en un primer orden de supervisión es de carácter político.

En tal sentido, podemos hablar de control político como función del Parlamento, tanto por su naturaleza de institución suprema conformante del poder político, como también por las funciones que realiza, pues tiene la facultad constitucional de determinar la responsabilidad política de todos y cada uno de los operadores estatales, en el momento oportuno; es la actividad del Ejecutivo, fundamentalmente, el objeto del control. Los efectos del control son plurales, jurídica y políticamente, siendo el de la remoción del equipo gubernamental sólo uno de ellos¹³³.

El control político se define, entonces, como función esencial del Parlamento destinada a preservar la vigencia y funcionamiento del orden político-jurídico del Estado, cuida asimismo del respeto de los Derechos Fundamentales y de la consecución de las metas nacionales expresadas en el Modelo Social.

3.2. *El Congreso Nacional titular del control político*

El Congreso Nacional, expresión más inmediata de la voluntad de la Nación, artículo 93° de la Constitución, asume por principio y mandato constitucional el Control Político del Estado, pues está obligado a confrontar los actos de los operadores estatales y en general de todas las personas con la Constitución, tienen que verificar si están de acuerdo con ella o, en su defecto, disponer las medidas correctivas sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar, artículo 102°.2, de la Constitución.

EL principio de la Supervisión de las funciones supremas del Estado (separación de poderes) supone la existencia del poder limitado por el poder, mediante el conocido sistema

¹³¹ LOEWNNSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel. Bs. Aires 1979, p. 68.

¹³² VANOSI, Jorge Reynaldo, *Democracia Constitucional, Pluralismo y Control*. En varios. *El Control Parlamentario en las Democracias Pluralistas*. Ed. LABOR. Barcelona 1978, p. 20.

¹³³ MONTERO GIBERT, José y GARCÍA MORILLO, Joaquín. Ob. cit. p. 32.

de frenos y balances o contrapesos que imponen un equilibrado ejercicio del poder. Este equilibrio se logra básicamente con el control político; dicho principio se encuentra formalizado en nuestra Constitución Política en su artículo 43°, que prescribe que el gobierno del Perú se organiza según el principio de la separación de los poderes.

El Congreso Nacional conforme a lo disponen los artículos 96°, 97° y 99° de la Constitución y los artículos 2° y 5° de su Reglamento, modificado por el Pleno del Congreso de fecha 6 de marzo de 1998, es titular del Control Político del Estado; en tal razón, le corresponde la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno. Le corresponde igualmente, conocer los actos de la administración y de los actos de autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de funciones, el uso y disposición de bienes y recursos públicos, el discurso anual del Presidente de la República ante el Congreso y el ante juicio o juicio político; todo ello, cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

Conforme a las facultades asignadas al Congreso Nacional en el Marco de la Supervisión, vía Constitución o Reglamento del Congreso, podemos afirmar que la función del Control Político del Estado, cuyo titular es el Congreso de la República, trasciende las relaciones Parlamento-Ejecutivo, aunque su núcleo se encuentre en dichas relaciones, es decir, que su ámbito de trabajo no se agota en estas relaciones, incluso sus límites están más allá del sector público, pues ingresa al sector privado cuando los actos o hechos que allí se dan se definen como de interés público, artículos 97° y 102°.2 de la Constitución vigente.

3.3. Tipos de control político

El Control Político, vigilancia que asume el Congreso de la República por decisión de la voluntad social, artículo 93° de la Constitución y 2° del Reglamento del Congreso, para cuidar que las decisiones que se adopten a nivel de la administración del Estado y la conducta de las personas del sector privado no atenten el orden establecido ni obstruyan la marcha normal del Estado en la consecución de las metas sociales.

Dicho control está referido tanto al examen de las funciones estatales como al origen de los operadores del Estado; en tal razón es obligación permanente del Congreso de la República exigir a todos los operadores estatales -específicamente a los supremos- el cumplimiento responsable de sus funciones, de igual manera, demanda también a las personas el respeto del orden constituido. En efecto, la Constitución determina que el Congreso, entre otras funciones, asuma especialmente las del Control Político; control que está destinado a garantizar los bienes tutelados por nuestra ley fundamental. Se pretende asegurar y proteger la Soberanía Nacional, la vigencia de los Derechos Fundamentales y la Seguridad de la Nación, así como alcanzar el Modelo Social pero con justicia, artículo 44° de la Constitución.

La función del Control Político del Congreso supone asegurar que la política general del gobierno y las principales medidas que se adopten sean coherentes con el orden Constitucional, artículos 130° y 118°.7 de la Constitución; implica igualmente el control sobre las potestades normativas del Ejecutivo, especialmente sobre los Decretos de Urgencia y la Legislación Delegada, artículos 118°.19 y 104°, en estos casos, por mandato constitucional y en cumplimiento del principio de Separación de las Funciones Supremas del Estado, el Ejecutivo tiene la obligación de dar cuenta al Congreso sobre tales normas y los

hechos que han determinado su promulgación. Todo ello para el examen correspondiente del Congreso, el que puede derogar o modificar las referidas normas.

De la misma manera, la Constitución nacional en su artículo 137º, establece el Control Político con respecto a los Decretos Supremos mediante los cuales el Ejecutivo dicta u ordena los estados de Excepción. El control cuida también la celebración válida de los tratados Internacionales, conforme a los artículos 56º y 57º de la Constitución. En general, como se tiene expuesto, es obligación del Congreso velar por el respeto a la Constitución, que los operadores del Estado cumplan debidamente con sus funciones, que las personas asuman a cabalidad los deberes establecidos en el artículo 38º de la Constitución nacional, que los bienes y recursos de la Nación y del Estado sean debidamente utilizados.

Toda esta actividad se realiza a través de un conjunto de prácticas institucionalizadas que se encuentran formalizadas en nuestra Constitución Nacional, tales como la Investidura del Consejo de Ministros, el Juicio Político, la Interpelación, la Censura, las Comisiones Investigadoras, las Mociones del orden del día, así como la Defensoría del Pueblo.

4. El juicio político

El Juicio Político es un procedimiento destinado a establecer la responsabilidad que le corresponde a ciertos funcionarios públicos u operadores supremos del Estado; se trata de los principales operadores de las funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales, por hechos, actos u omisiones realizados durante el período de su gestión y cuyo fin es separarlos de su cargo o suspenderles sus prerrogativas o inmunidades y ponerlos a disposición del órgano jurisdiccional del Estado.

El Juicio político es, pues, el fallo que pronuncia un cuerpo político momentáneamente revestido del derecho de juzgar¹³⁴, cuya finalidad, como lo señala el Dr. Ortecho¹³⁵, es contener el exceso y el abuso del poder y, de esta manera, resguardar el derecho de los ciudadanos que son los que sufren las consecuencias. Este procedimiento está dirigido a la revocatoria del mandato, ya que tiene por objeto privar al operador estatal de la función que desempeña, sin perjuicio de someterlo a la jurisdicción judicial, según sean los hechos generadores de su responsabilidad jurídica¹³⁶.

El instrumento más significativo de control que tiene el Parlamento sobre los poderes Ejecutivo y Judicial, es el Juicio Político, nos afirma el profesor argentino Néstor Pedro Sagües¹³⁷. Efectivamente, por principio constitucional los funcionarios públicos responden por sus actos a los titulares del poder; en otras palabras, están sujetos al control de la Nación. Pero dentro del Poder Constituido, en el marco del Estado Moderno, el Parlamento, por su carácter representativo, se constituye como mandatario de la nación y en tal razón resulta el titular del Control Político.

¹³⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1987, p. 112.

¹³⁵ ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Juicio Político y Procesos a Funcionarios*. Ed. LIBERTAD. Trujillo, p. 15.

¹³⁶ BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. Ed. DEPALMA Bs. Aires, 1959, p. 481.

¹³⁷ SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. T-I. Ed. Astrea. Bs. Aires, 1993, p. 514.

En los actos de los operadores estatales, no sólo se considera la responsabilidad civil o penal, se tiene en cuenta en primer lugar la responsabilidad política o mal desempeño de sus funciones y se tangibiliza dicha responsabilidad en un procedimiento político, ya que se verifica en una institución netamente política como es el Parlamento. Este es un criterio muy difundido y aceptado en la mayoría de los Estados, en general se sostiene que para el juicio de algunos delitos de contenido típicamente político cometidos por el jefe de Estado, o por los ministros, los procedimientos ordinarios no son oportunos ni son idóneos los órganos judiciales normales, por lo que debe recurrirse a la función de Control Político que tiene el Parlamento.

4.1. Naturaleza del juicio político

El tránsito por los predios de esta institución es muy conflictivo; pues, se debate si el Juicio Político tiene carácter de proceso jurisdiccional o exclusivamente político, o participa de ambos criterios; no se tiene una opinión uniforme en cuanto a la naturaleza del juicio político. Pero sí hay cierto consenso en cuanto a que se trata de una institución o mecanismo que cuida la estructura política del Estado y su funcionamiento sea conforme a lo dispuesto por la Constitución.

Para Bielsa¹³⁸, el Juicio Político se desarrolla en un campo no muy definido; el procedimiento participa del ámbito común, tanto civil como penal, como también y también el político y administrativo. Mientras que para el Dr. García Belaúnde¹³⁹ tal institución tiene un carácter más bien político, al señalar que en realidad se trata de un antejuicio que se realiza en las Cámaras Legislativas.

Por su parte, Alexis de Tocqueville¹⁴⁰ dice que en Europa el Juicio Político es un acto judicial, allí los tribunales políticos pueden aplicar todas las disposiciones del Código Penal; en tanto que en los Estados Unidos es un acto administrativo al que se ha dado la solemnidad de una sentencia. Recientemente Biscaretti di Ruffia¹⁴¹ sostiene que, después de la Primera Guerra Mundial, se ha considerado que la intervención del Parlamento sólo está circunscrita a determinar si procede o no juicio contra el operador acusado y en tal caso los antecedentes deben ser pasados a los órganos jurisdiccionales; por tanto, la función que hoy queda al Parlamento es el examen político de los hechos. En este caso, dice Biscaretti, se asemeja a la función del Ministerio Público, en cuanto no juzga sino que se limita a solicitar del magistrado la realización de la función jurisdiccional, es decir, estamos frente a lo que el maestro García Belaúnde llama antejuicio, cuyo carácter es netamente político y no jurisdiccional.

Javier Valle-Riestra¹⁴² nos dice que el Juicio Político no es un procedimiento judicial, aunque durante el proceso se sigan leyes adoptadas para el funcionamiento de los tribunales ordinarios; pero de allí no se puede llegar a considerársele como un procedimiento judicial. Se trata de una institución de naturaleza eminentemente política, a pesar de que dentro del proceso encontremos elementos de Derecho Penal o Administrativo; ya que la posibilidad o

¹³⁸ BIELSA, Rafael. Ob. Cit., p. 596.

¹³⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Sistema Constitucional Peruano*. En varios. *Los Sistemas Constitucionales Americanos*. Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 729.

¹⁴⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. Ob. cit., p. 113.

¹⁴¹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid 1987, p. 417.

¹⁴² VALLE-RIESTRA, Javier. *La Responsabilidad Constitucional del Jefe de Estado*. ed. LABRUSA, Lima, 1988, p. 65.

el dictado de una pena no puede llevarnos a la conclusión de que el Juicio Político sea de naturaleza jurisdiccional, más aún si la inhabilitación del operador estatal procesado es más una sanción moral que una pena. Pero tampoco puede decirse que se trata de un procedimiento administrativo, cuando se concluye con la suspensión de los fueros del operador así como su inhabilitación para el cargo, ya que no se trata de una sanción disciplinaria contemplada y exigida internamente en la Administración Pública, y los operadores comprendidos en el Juicio Político generalmente están premunidos de potestad.

El Juicio Político es un proceso político previo a la vista jurisdiccional, cuya naturaleza es política tal como lo sostiene Summer¹⁴³, senador norteamericano que en el año de 1867, con ocasión del *impeachment* al Presidente Andrew Johnson, decía que en su verdadero carácter, el Juicio Político, es un procedimiento político, con propósitos políticos, cuya consideración incumbe a un cuerpo político y tan sólo está subordinado a un juzgamiento político. Aun en los casos de traición y soborno, el juzgamiento es político y nada más.

4.2. Operadores estadales comprendidos

La Constitución Nacional vigente, en su artículo 99°, determina que la Comisión Permanente del Congreso puede acusar ante el Pleno de dicho cuerpo colegiado al Presidente de la República, a los Congresistas, a los Ministros de Estado, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a los Vocales de la Corte Suprema, a los Fiscales Supremos, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones. Como veremos más adelante, la acusación constitucional se realiza según procedimiento dispuesto en el artículo 89°, del Reglamento del Congreso.

En tal razón, las personas comprendidas o que pueden ser comprendidas en Juicio Político son solamente los señalados en dicha norma constitucional, es decir, todos los operadores incluidos en el artículo 99° de nuestra Ley Fundamental. Además, la Constitución de 1993 es tajante en precisar que dichos operadores pueden ser acusados hasta cinco años después de que hayan cesado en el ejercicio de sus funciones.

4.3. Causales que dan lugar a juicio político

En la Constitución Nacional, como en la mayoría de la legislación constitucional comparada, se encuentra dos hipótesis como causales que pueden dar lugar a Juicio Político; efectivamente, en su artículo 99°, se ordena iniciar el procedimiento contra operadores supremos del Estado, por infracción a la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones:

a) Infracción a la Constitución. En este presupuesto estamos frente a un concepto muy lato que permite un juicio discrecional, demasiado amplio. Se trata de la transgresión o quebrantamiento del orden constitucional, sea por acción u omisión dolosa o culposa, o también por falta de idoneidad no sólo profesional o técnica, sino también ética como la ineptitud, la insolvencia moral, todo lo cual determina un daño a la función, o sea, a la gestión de los intereses de la nación¹⁴⁴.

¹⁴³ GONZALES CALDERÓN, Juan A. *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. KRAFT, Bs. Aires, 1943, p. 775.

¹⁴⁴ BIELSA, Rafael. Ob. cit., pág. 600.

b) Delitos Cometidos en el Ejercicio de sus Funciones. Ahora sí nos encontramos con una causal concreta, objetiva, porque la conducta del operador define una trasgresión legal, se trata de un hecho ilícito, aunque de él no resulte un daño material o patrimonial (daño jurídico) para la nación, nos explica Rafael Bielsa¹⁴⁵.

5. El juicio político en la constitución nacional

El juicio Político en el Perú tiene como antecedente más lejano el juicio republicano de residencia que persistió hasta la Constitución de 1860¹⁴⁶. La Constitución de 1860 excluyó de la legislación nacional la vieja institución colonial del Juicio de Residencia y dio paso al Juicio Político. De toda forma, en el Perú republicano el Parlamento siempre contó con los mecanismos de control sobre el Ejecutivo. Así, desde las Bases Constitucionales de 1822 hasta la Constitución vigente hemos contado y contamos con instituciones que permiten al Congreso tener los mecanismos necesarios para establecer y hacer efectiva la responsabilidad de los operadores estatales por infracción de la Constitución o delito o falta cometida en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en nuestra historia constitucional encontramos una excepción al respecto que nos trae la Constitución Vitalicia de 1826, pues exoneró de responsabilidad política al Presidente vitalicio de la República.

Las Bases Constitucionales de 1822, que definen los principios que se deben formalizar en la Constitución Nacional, determinaban en su artículo 15º, la responsabilidad solidaria entre los que ejercen el Poder Ejecutivo y los Ministros de Estado, por las resoluciones tomadas en común. De igual manera, en su artículo 16º.1, señala la atribución del Senado de cuidar la observancia de la Constitución y las leyes, así como velar la conducta de los magistrados y de los ciudadanos.

De esta manera, las Bases Constitucionales incorporan en la Constitución Nacional dos instituciones muy importantes: la responsabilidad solidaria y personal de los operadores supremos del Estado y la facultad del Congreso de cuidar el orden constitucional. Este criterio va ser mantenido hasta la Constitución vigente, claro está con avances y retrocesos.

5.1. Procedimiento en el juicio político

El juicio político, procedimiento parlamentario previsto en nuestra Constitución en sus artículos 99º y 100º, está destinado a establecer la responsabilidad que les corresponde a ciertos funcionarios supremos del Estado por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después que hayan cesado en sus cargos. De las normas citadas y del artículo 89º del Reglamento del Congreso de la República, podemos señalar que el procedimiento del juicio político o antejuicio se integra básicamente de dos etapas, la de acusación y la de resolución acusatoria o formación de causa; asimismo, que el acusado tiene el derecho a la defensa en todas las etapas.

¹⁴⁵ Loc. cit.

¹⁴⁶ ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. Ob. cit., p.22.

5.2. La Acusación Constitucional

Conforme al artículo 99°, de la Constitución Nacional, corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso al Presidente de la República, a los Congresistas, a los Ministros de Estado, a los Magistrados del Tribunal Constitucional, a los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a los Vocales de la Corte Suprema, a los Fiscales Supremos, al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción a la Constitución y por todo delito que cometan en ejercicio de sus funciones.

Esta etapa se realiza en dos fases, la de denuncia y la de acusación. La primera fase se refiere a la presentación, recepción y calificación de las denuncias constitucionales. En efecto, cualquier persona o congresista que se considere agraviada puede presentar denuncia constitucional contra los operadores supremos del Estado a que hace referencia el artículo 99° de la Constitución vigente.

La denuncia se presenta por escrito, la que se pone en conocimiento de los Congresistas hasta por siete idas útiles a través de los grupos parlamentarios, y un resumen de la denuncia se lee en la sesión del Pleno o de la Comisión Permanente. Transcurrido el plazo sin que ningún Congresista haga suya la denuncia, ésta será enviada por el Oficial Mayor del Congreso a una Comisión Especial Calificadora integrada por cinco o siete Congresistas elegidos por el Pleno al inicio de cada período anual de sesiones.

La Comisión Especial Calificadora evalúa la denuncia y determina su procedencia conforme a los criterios dispuestos por el artículo 89°, del Reglamento del Congreso. Estos criterios señalan que la denuncia debe ser presentada por persona capaz, por sí o por su representante debidamente acreditado, que la persona que formula la denuncia sea directamente la agraviada por los hechos que se denuncia, que los hechos a que se refiere la denuncia constituyan delitos previstos en la legislación penal y que la denuncia sea dirigida contra funcionarios y ex funcionarios comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política. Los criterios de evaluación son en realidad normas con rango de ley, de conformidad con el artículo 94, de la Constitución Nacional, y se puede sostener que tiene la jerarquía de Ley Orgánica según lo dispuesto por el artículo 106° de nuestra ley fundamental.

Pero, lo dispuesto en el Reglamento del Congreso en su artículo 89°, presentan una grave contradicción con la Constitución, cuando determinan que sólo puede denunciar el que sea directamente agraviado. Al respecto se puede preguntar ¿quién es el agraviado cuando se infringe la Constitución?, la respuesta es, sin duda, la Nación, somos todos los peruanos, luego todos los nacionales tenemos legitimidad para obrar o, en este caso, presentar la denuncia constitucional conforme al artículo 38°, de la Constitución que determina que todos los peruanos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

En consecuencia, sostenemos que en cuanto a formulación de denuncias por infracción a la Constitución por los operadores supremos del Estado, puede hacerla cualquier peruano.

Luego, las denuncias constitucionales presentadas por los congresistas y las declaradas procedentes por la Comisión especial, son enviadas a la Comisión Permanente, quien nombra de inmediato una Subcomisión para que realice las investigaciones, escuche las declaraciones y testimonios, reúna la información necesaria y presente un informe en el plazo

que determine la Comisión Permanente; este informe puede concluir con la propuesta de absolución de cargos o de formulación de acusación constitucional ante el Pleno del Congreso. La Comisión Permanente, con el informe que propone la absolución de cargos, procede a votar sin debate. Pero si el informe propone acusación se debate y se vota; con lo que concluye esta primera fase.

La fase de la acusación se inicia con su aprobación; en este caso, la Comisión Permanente nombra una Subcomisión Acusadora integrada por tres de sus miembros, a efecto de que se sustente el informe y formule acusación ante el Pleno del Congreso, finalizando así la etapa de la acusación constitucional.

5.3. La Resolución Acusatoria o Formación de Causa

Esta etapa de la Resolución Acusatoria o Formación de Causa, transcurre en el Pleno del Congreso conforme al trámite dispuesto por el artículo 89° incs. i, j, y k del Reglamento del Congreso de la República. En tal sentido, el Consejo Directivo del Congreso, recibido el informe y la acusación, señala día y hora para el debate de la acusación constitucional.

La Subcomisión Acusadora, en la fecha fijada, sustenta su informe y fórmula la acusación constitucional, con estos antecedentes la Mesa directiva del Congreso abre el debate y concluido éste el Pleno vota. El pronunciamiento puede ser en el sentido de si hay o no lugar a formación de causa como consecuencia de la acusación. En el primer caso, el acusado queda suspendido de sus funciones y sujeto a juicio según ley. En el segundo caso, el expediente se archiva.

La Resolución Acusatoria se pone en conocimiento del Fiscal de la Nación, quien dentro del término de 5 días debe formular denuncia penal ante la Corte Suprema de la República y el Vocal Supremo Instructor nombrado para el efecto, quien abre la instrucción correspondiente; ahora bien, tanto la denuncia Fiscal y el Auto Apertorio, de conformidad con el artículo 100° de la Constitución, no pueden exceder ni reducir los términos de la Acusación Constitucional. La norma acotada de un lado se presenta con caracteres de naturaleza procesal, pero de otra parte violenta principios constitucionales, especialmente el de separación de las funciones supremas del Estado, artículo 43°, de la Constitución, principio que en orden constitucional asume la categoría de fundamentador y organizador del Estado. Esta disposición del artículo 100° de la Constitución, contraviene los principios y facultades del Poder Judicial, dispuestos en los artículos 138° y 139°, así como la autonomía y atribuciones del Ministerio Público, artículos 158° y 159°.

La misma norma del artículo 100°, de la Constitución, de un lado, otorga funciones jurisdiccionales al Congreso y, por otro lado, le concede facultades sancionadoras; en tal razón, puede imponer sanciones a los operadores supremos, de inhabilitación hasta por 10 años o de destitución de la función, sin perjuicio, además, de cualquier otra responsabilidad, y todo ello como producto de un proceso político, lo que evidentemente desvirtúa la naturaleza del Control Político que se define como la actividad o función esencial del Congreso destinada a preservar la vigencia y funcionamiento del orden político-jurídico del Estado, cuidar el respeto de los Derechos Fundamentales y la consecución de las metas nacionales expresadas en el modelo social. Este control es vinculante, algunas veces reparador, pero nunca sancionador, ni mucho menos puede interferir las funciones de otro órgano del Estado.

En el proceso del Juicio Político, generalmente, priman las pasiones políticas, por decir lo menos; en tanto que los principios de justicia son dejados de lado y algunas veces el pronunciamiento final es apresurado o interesado, dependiendo de que el acusado pertenezca o no a la mayoría del Congreso. La historia nos da muchos ejemplos en este sentido, Presidentes y altos funcionarios han sido exculpados cuando tenía evidente responsabilidad, y, en el caso del aumento de su patrimonio, el Congreso declaró haber formación de causa pero con pruebas poco convincentes.

Pero esta violación contra el principio más importante del Estado Moderno, el de separación de las funciones supremas del Estado, no queda allí, ya que al imponer al Fiscal de la Nación la obligación de acusar al operador supremo, materia del juicio político, ante la Corte Suprema, se interfiere en las funciones del Fiscal de la Nación y con ello estamos presentes ante dos infracciones formales de la Constitución: la violación del principio de separación de poderes, artículo 43°, y el quebrantamiento de la autonomía del Ministerio Público artículo 158°.

Estas violaciones resultan más burdas cuando el artículo 100° de la Constitución ordena que el Vocal Supremo Instructor abra instrucción y que el auto que apertura el proceso no debe exceder ni reducir los términos de la acusación constitucional, es decir, que el Vocal Instructor no puede hacer el examen de admisibilidad, facultad inherente de la función jurisdiccional, y se le impone una obligación que violenta la función jurisdiccional. En este caso al Vocal Supremo como instructor no se le permite hacer el examen de los hechos y calificar si estos constituyen delitos o no, con lo que se transgrede la potestad que tiene el Poder Judicial de administrar justicia, potestad que el pueblo o nación le ha otorgado artículo 138° de la Constitución nacional.

La facultad exclusiva de administrar justicia del Poder Judicial, por principio, resulta un elemento esencial de la separación de los poderes del Estado. La independencia del Poder Judicial, artículo 139°.2, obviamente, también resulta gravemente afectada; además, queda desvirtuado el principio del debido proceso. Estas consideraciones, nos llevan a sostener que la fórmula de la Constitución de 1979, en sus artículos 183° y 184°, era la más adecuada a la estructura democrática del Estado y a la que se debería volver a fin de preservar el orden constitucional.

Surco, julio de 2013

* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la URP.

LA TRAGEDIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (I): UNA ERRÓNEA ASIGNACIÓN DE TITULARIDADES

HUARAG GUERRERO, Enrico ¹⁴⁷

SUMARIO: 1. La asignación de titularidades sobre bienes. – 2. La ausencia de titularidades: la tragedia de los comunes. – 3. Rivalidad en el consumo y costos en la definición del tratamiento de los bienes. – 4. De la ausencia al exeso de titularidades: la tragedia de los anticomunes. – 5. El tratamiento de la propiedad intelectual. – 6. ¿Qué papel debe jugar la propiedad intelectual?

En 2004, Google Inc. inició un proyecto de escaneado de libros que buscaba convertirse en la mayor biblioteca mundial. Sin embargo, problemas con los derechos de autor de las denominadas “obras huérfanas” se convirtieron en verdaderos obstáculos que terminaron por paralizar el proyecto y convertirlo en el actual Google Books.

En los últimos años hemos venido siendo testigos de una verdadera guerra comercial a escala mundial librada entre las más grandes compañías tecnológicas: Google, Apple, Samsung, Microsoft, Nokia, entre otras. Las armas utilizadas son las patentes. Millones de dólares que podrían ser invertidos en investigación e innovación son destinados a comprar y registrar “patentes defensivas” que protejan a las compañías frente a futuras demandas de sus competidoras. De esta forma, muchos productos dejan de salir al mercado ante la amenaza de un proceso por infracción de patentes y muchas tecnologías no se desarrollan por destinar sus presupuestos a patentes defensivas. Los perdedores, como siempre, los consumidores.

Cada año, miles de millones de dólares son utilizados en la lucha contra la piratería, pero los niveles de ésta no han descendido de manera significativa. Por otro lado, vemos con preocupación la manera en la que ganan terreno determinadas iniciativas legislativas que recortan derechos fundamentales de los ciudadanos bajo la consigna de la protección de la propiedad intelectual. Así, la lucha contra la piratería de contenidos se convierte en el pretexto para un mayor control por parte de los gobiernos sobre los medios de información digital, la censura, la invasión de la privacidad, y la restricción del conocimiento libre. Y el fenómeno se reproduce en muchos países, como podemos ver con la *Ley Hadopi* en Francia, la *Ley Sinde* en España, la *Stop Online Piracy Act (SOPA)* en Estados Unidos, o en acuerdos internacionales, como el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*.

¹⁴⁷ El autor es Máster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid. En la actualidad se desempeña como profesor de los cursos de Derecho y Economía y Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma.

El presente trabajo forma parte de una serie de tres artículos en los que se expondrá la problemática actual de la propiedad intelectual, buscando propuestas de solución enfocadas a nuevas formas de tratamiento de la misma y la generación de nuevos modelos de negocios.

Pero, ¿cómo hemos llegado a esta situación? ¿En qué momento las patentes dejaron de incentivar la innovación para convertirse en verdaderos obstáculos para la misma? ¿En qué momento los derechos de autor¹⁴⁸ dejaron de incentivar la creación y se transformaron en una amenaza a las libertades de los individuos?

A nuestro entender, estos problemas tienen su origen en la misma concepción de los derechos de propiedad intelectual. En este primer artículo veremos que el meollo de la cuestión se encuentra en una incorrecta asignación de titularidades, que tuvo como consecuencia la construcción de un sistema que aparentemente incentivaba la innovación y la creación, pero cuya ineficiencia recién pudo ser apreciada con el auge de nuevas tecnologías como la Internet.

1. La asignación de titularidades sobre bienes

La primera tarea que debe asumir cualquier sistema jurídico es resolver el problema de la asignación de titularidades de los derechos. Esto es, el Estado tiene como cuestión fundamental decidir a quién le asigna tal o cual derecho:

“El primer asunto que cualquier sistema jurídico debe encarar es aquel que llamamos el problema de la “titularidad de los derechos”. Cada vez que un Estado enfrenta un conflicto de intereses entre dos o más personas, o entre dos o más grupos de personas, debe decidir a cuál de las partes favorecer. En ausencia de esta decisión, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma será decidido sobre la base de que “el poder hace el Derecho” (might makes right), de modo que quien sea más fuerte o más hábil ganará. De aquí que la cuestión fundamental que hace el Derecho es decidir cuál de las partes en conflicto tendrá el derecho a prevalecer”¹⁴⁹.

Uno de los pilares del funcionamiento del sistema económico es el derecho de propiedad. Como señala POSNER, la protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para el uso eficiente de los recursos¹⁵⁰. Por ello, resulta de capital importancia asignar correctamente las titularidades y derechos sobre los bienes, generando de esta los incentivos necesarios para su uso adecuado y su provisión suficiente¹⁵¹.

¹⁴⁸ A lo largo de este trabajo utilizaré la expresión “derechos de autor” para referirme específicamente al copyright. Tengo que aclarar que el concepto de derechos de autor incluye la noción anglosajona del *copyright* en sentido estricto (el derecho de controlar la reproducción de la obra), y además da a entender que el concepto incluye también una gama más amplia de derechos adicionales. Entre estos se incluye los denominados “derechos morales” del autor (derechos de paternidad, protecciones contra el plagio, integridad de la obra, etc.) que son inalienables y perpetuos, y los que comprende el *copyright* en sentido amplio, que vendrán a ser los derechos patrimoniales del autor.

¹⁴⁹ CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas. “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral”. En: *Estudios públicos*. No.63. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1996, p. 349.

¹⁵⁰ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 38.

¹⁵¹ Este tipo de asignación de titularidad sobre bienes es definida por Calabresi y Malamed como una regla de propiedad. Al respecto, señalan que “un derecho es protegido por una regla de propiedad en la medida en que quien desea quitarle el derecho a su titular debe comprárselo en una transacción voluntaria, en la que el valor del derecho es aceptado por quien lo enajena. Esta es la forma de titularidad que da pie a la menor cantidad de intervención estatal: una vez decidida la titularidad original del derecho, el Estado no intenta decidir su valor. Se permite que cada parte manifieste cuánto vale el derecho para sí misma, y otorga al vendedor un veto si el comprador no ofrece lo suficiente. Las reglas de propiedad implican una decisión colectiva en cuanto a quién habrá de concedérsele un derecho inicial, pero no en cuanto al valor de ese derecho”. Ver: CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas. *Óp. cit.*, p. 351.

Desde un punto de vista económico, resulta necesario definir y proteger derechos de propiedad privada debido a que los bienes son escasos. En ese sentido, no tiene mucho sentido delimitar derechos de propiedad sobre bienes cuando éstos existen en abundancia. Así, por ejemplo, no establecemos derechos de propiedad sobre el aire, sobre la luz solar, u otros, toda vez que –al menos de momento– no existe escasez de los mismos¹⁵².

Sin embargo, cuando los bienes son escasos, la propiedad comunal de los mismos no permite que éstos sean utilizados de manera eficiente. La propiedad privada, en cambio, garantiza que los bienes escasos serán usados de la forma más eficiente y productiva. Por esta razón, el Sistema Jurídico crea una serie de derechos denominados “*reales*” que van a ser oponibles *erga omnes*.

“La propiedad privada sobre ellos permite que se genere un mayor número de bienes que por naturaleza son escasos.

*En primer lugar, se evita la sobreexplotación del bien. Cuando un bien privado es de acceso abierto al público, los individuos lo utilizan sin tener en cuenta los costos que su aprovechamiento impone en el resto. Básicamente, se explota el bien de manera indiscriminada y desordenada, lo cual suele determinar su agotamiento. Al brindarle a un individuo la posibilidad de excluir al resto del aprovechamiento del bien –al crear un derecho de propiedad privada– permitimos que él asuma todos los costos y beneficios de su explotación”*¹⁵³.

Profundicemos un poco sobre esta idea. Si tenemos un campo y un individuo lo trabaja, compra fertilizantes y semillas, construye canales de regadío y hasta un espantapájaros, pero cuando va a recoger la cosecha se encuentra con que sus vecinos son quienes se están beneficiando con los frutos, recogiendo lo que él ha sembrado, sin que pueda hacer nada para evitarlo, carecerá de los incentivos necesarios para repetir esta conducta y probablemente abandone la agricultura y la sociedad cambiará a los métodos de subsistencia que involucran una inversión preparatoria menor¹⁵⁴. En este tipo de sistemas, se carece de incentivos para hacer productivas las tierras. Si el beneficio de nuestras actividades se traslada a terceros en forma de externalidades positivas, sin que podamos disfrutarlas, no existen incentivos para desarrollar la actividad. Para que alguien invierta capital y trabajo en hacer productivo el campo, deberá tener algún tipo de derecho que le permita excluir a los demás, de manera que pueda aprovechar la inversión que realiza. Y es la propiedad privada ese derecho, el que le permite excluir a los demás, y al hacerlo, crea el incentivo necesario para que haya inversión en volver productivo el campo. En ese sentido, como señala POSNER, “*si todo pedazo de tierra es propiedad de alguien –si siempre hay alguien que puede excluir a todos los demás del acceso a cualquier área dada–, los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otras mejoras*”¹⁵⁵.

¹⁵² Posner ejemplifica la relación entre escasez y propiedad privada con la diferencia entre el tratamiento legal del agua entre el este y el oeste de los Estados Unidos de América. Así, en los Estados del este, donde el agua es abundante, los derechos sobre el agua tienden a ser comunales. En cambio, en el oeste, donde el agua es escasa, pueden obtenerse derechos exclusivos sobre esta mediante la apropiación. Ver: POSNER, Richard. *Óp. cit.*, p. 42.

¹⁵³ PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique, *Una visión crítica de la propiedad intelectual: por qué eliminar las patentes, los derechos de autor y el subsidio estatal a la producción de información*. En: *Revista Economía y Derecho*. 2004 Vol. I, N° 3. Lima: Sociedad de Economía y Derecho UPC, 2004, p. 69

¹⁵⁴ POSNER, Richard. *Óp. cit.*, p. 38

¹⁵⁵ *Idem*.

2. La ausencia de titularidades: la tragedia de los comunes

Cuando no se asignan derechos de propiedad sobre bienes escasos, se produce lo que HARDIN ha denominado la *tragedia de los comunes*. Imaginemos un pastizal de acceso abierto a todos¹⁵⁶. Cada pastor pues recibe todos los beneficios de la venta de los animales de su rebaño. Sin embargo, la utilidad negativa producida por el sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores que utilizan el pastizal, por lo que realmente asume solo una fracción de este costo.

En este contexto, el pastor racional asume que la única decisión sensata para él es añadir más animales para que pasten, conclusión a que también llegan cada uno y todos los pastores que comparten el recurso común, agotando el recurso, configurándose así los elementos de la tragedia:

“Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another... But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit--in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.”¹⁵⁷

Como vemos en el ejemplo brindado por HARDIN, los usuarios de bienes comunes solo tienen en cuenta el beneficio producido de la explotación, y no el costo, que termina convertido en una externalidad negativa a repartir entre todo. Este sistema incentivará a incrementar la actividad de explotación del recurso. Al no poder excluir a los demás, nadie que se ocupa de invertir en la preservación del bien común, toda vez que el gasto sería asumido por uno, pero el beneficio dividido entre todos. El resultado final será el agotamiento del recurso por sobreexplotación y la ruina de quienes se dedican a dicha actividad. Y es que un sistema de propiedad común, igual que un sistema sin propiedad, lleva a que se utilice como infinito un bien que en realidad es escaso. La conducta generada por estos sistemas no se adecúa al nivel de escasez del bien¹⁵⁸.

Son estas dos características, la escasez de los bienes protegidos, y la posibilidad de excluir a los otros de su consumo, las que determinarán el sistema de propiedad más eficiente en cada caso. En ese sentido, la propiedad privada clásica se justifica por la escasez de los

¹⁵⁶ En este punto, conviene precisar que cuando hablamos de bienes comunes nos referimos a bienes de acceso abierto a todos. Existen casos en que el acceso a un bien es relativamente libre, pero se encuentra controlado y regulado por una comunidad. Conforme demuestran los trabajos de Elinor Ostrom (Premio Nobel de Economía 2009), en el caso de bienes administrados por comunidades, en el que existan mecanismos que permiten a esa comunidad excluir del uso a los no miembros, los bienes comunes pueden ser administrados de forma eficiente, aunque bajo determinadas condiciones que permitan un *enforcement* efectivo de las decisiones de la comunidad. En cualquier caso, tanto la facultad de excluir a los demás como la capacidad de llegar a acuerdos y hacerlos efectivos (esto es, bajos costos de transacción), son elementos claves en el funcionamiento eficiente del sistema.

¹⁵⁷ HARDIN, Garret, *The Tragedy of the Commons*. En: *Science*. 13 diciembre 1968. Vol. 162. N° 3859. Stanford: American Association for the Advancement of Science, 1968, p. 1244.

¹⁵⁸ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y Economía: Análisis económico de las instituciones legales*. 2da. Ed. Lima: Palestra Editores, 2006. pp. 153-154.

bienes, de manera que el sistema de propiedad sirve para la correcta asignación de los mismos, creando incentivos para la conservación del bien objeto de la titularidad y su utilización eficiente y productiva.

3. Rivalidad en el consumo y costos de exclusión en la definición del tratamiento de los bienes

Debemos tener en cuenta que no a todos los bienes se les puede asignar de manera eficiente el tratamiento de propiedad privada. Hay casos en los cuales la eficiencia económica aconseja tratamientos distintos. Así, estudiaremos dos atributos que diferencian a los bienes objeto de propiedad privada de aquellos que tienen un tratamiento de bien público: la rivalidad en el consumo y los costos de exclusión.

La rivalidad en el consumo puede ser definida como la imposibilidad de que un bien pueda ser utilizado por dos personas para dos fines distintos de manera simultánea. Se trata de un concepto económico: un acto de consumo excluye otro acto de consumo. Por ejemplo, un coche no puede ser utilizado para ir a dos lugares distintos al mismo tiempo, y si una persona se come una manzana, otras personas no podrán comerla.¹⁵⁹ Lo que consume uno, lo pierde el otro. La propiedad que disfruta uno, la pierde el rival.

BULLARD cita como ejemplo clásico de consumo no rival el de la seguridad pública. El solo hecho de colocar un policía en una esquina, dando seguridad a los vecinos de una calle, no excluye la seguridad a los demás. La sola presencia del policía desincentiva que se roben los hogares de toda la calle y a las personas que por ella transitan. En ese sentido, darle seguridad a un vecino significa que los demás quedarán incluidos en la misma seguridad¹⁶⁰. En términos económicos, se ha generado una externalidad positiva. El hecho de que un vecino disfrute de seguridad no significa que los otros no gocen del mismo tipo de seguridad de manera simultánea. En ese sentido, los consumos no son rivales.

Por su parte, los costos de exclusión pueden ser definidos como aquellos en los que debe incurrir un propietario para excluir a los terceros del uso de un bien. En algunos casos, excluir a los demás del uso de un bien puede ser muy costoso, como en el caso del aire. Normalmente, en estos casos el sistema jurídico opta por considerar a este tipo de bienes como de uso público, pues no hay rivalidad en el consumo¹⁶¹.

Los costos de exclusión, en cambio, suelen ser bajos en el caso de bienes que pueden ser identificados o que tienen un límite físico identificable. Si quiero excluir a los demás del uso de una parcela, basta con que construya una cerca. Si quiero excluir a los demás del uso de un reloj de pulsera, basta que lo mantenga dentro de mi esfera de dominio. Del mismo modo, crear mecanismos jurídicos de exclusión en estos casos es relativamente sencillo:

“Nuevamente, los costos de exclusión suelen ser bajos en los típicos bienes sujetos a la propiedad clásica, como una casa o un libro. Lo que ocurre es que, en bienes que pueden ser identificados y que tienen un límite físico identificable, crear

¹⁵⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 144.

¹⁶⁰ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Óp. cit.*, p. 157.

¹⁶¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Loc. cit.*

*mecanismos de exclusión como registros, acciones judiciales y defensa posesoria, es relativamente sencillo”.*¹⁶²

Por regla general, se establecen derechos de propiedad privada sobre los bienes que presentan rivalidad en el consumo y bajos costos de exclusión. De esta forma, se asignan derechos de propiedad privada, sobre las parcelas, sobre las casas, los automóviles, los barcos, etc. Por otro lado, si se presenta rivalidad en el consumo, y los costos de exclusión son altos, el bien pasa a ser de uso público, como en el caso del aire que respiramos, la seguridad pública, etc.

Hay que señalar que las características de rivalidad en el consumo y bajos costos de exclusión pueden no presentarse juntas. En el caso de los cardúmenes, se presenta rivalidad en el consumo, pues si uno se come un pez, el mismo no puede ser comido por otro. Pero debido a su naturaleza móvil en mares con diferentes soberanías y legislaciones, son considerados bienes privados imperfectos. Toda vez que los cardúmenes se mueven por el océano, identificar a quién pertenece un pez específico es muy costoso, el resultado es que, en principio, no existe propiedad sobre los cardúmenes. Y es que la propiedad, en este caso, resultaría ineficiente. En consecuencia, para evitar problemas típicos de los bienes de uso público como la sobreexplotación, se utilizan mecanismos alternativos a la propiedad, pero más eficientes, como vedas o la asignación de cuotas de pesca.

BULLARD también ilustra casos en que no existe rivalidad en el consumo, pero los costos de exclusión son relativamente bajos. Pensemos en el caso de las autovías. El hecho de que la utilice un automóvil no significa que otro no pueda utilizarla de manera simultánea, y así, miles de automóviles diariamente. Pero los costos de exclusión son en este caso tan reducidos como construir una caseta de peaje, con la que podríamos excluir a un número determinado de automóviles para evitar la congestión de la misma. Nos encontramos ante lo que se conoce como un bien público imperfecto.

También podemos encontrarnos con casos en los que no se cumplen los requisitos de rivalidad en el consumo y de bajos costos de exclusión. En estos casos, al no existir rivalidad en el consumo y ser los costos de exclusión muy altos (como en el caso del aire o de la seguridad pública), se asigna a los bienes el carácter de bienes públicos.

Sobre estas consideraciones, BULLARD propone el siguiente esquema de asignación de derechos de propiedad, en función a la existencia de rivalidad en el consumo y la magnitud de los costos de exclusión¹⁶³:

R I V A L I D A D	COSTOS DE EXCLUSION		
		Bajos	Altos
	SI	Propiedad Privada	Bienes Privados Imperfectos
NO	Bienes Públicos Imperfectos	Bienes Públicos	

¹⁶² BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Óp. cit. p. 156.

¹⁶³ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Ibíd.*, p. 158.

Como podemos ver, es la existencia de rivalidad en el consumo y la magnitud de los costos de exclusión la que determinará el tratamiento adecuado de los bienes y la forma de asignar de manera económicamente eficiente la titularidad de derechos sobre los mismos. De acuerdo a COOTER y ULEN, la ley puede lograr la asignación eficiente de los bienes privados reduciendo los costos de negociación mediante la asignación de derechos de propiedad claros y simples. Así, el dueño de un bien privado tendrá la facultad de excluir a otros del uso de los bienes, lo que canaliza el uso de estos hacia el intercambio voluntario, lo que promueve el uso eficiente. Por el contrario, los mercados tenderán a proveer pocos bienes públicos, pues el proveedor privado no puede excluir a los *free riders* (aquellos que no pagan su consumo de un bien público) del uso de dicho bien¹⁶⁴.

4. De la ausencia al exceso de titularidades: la tragedia de los anticomunes

La *tragedia de los comunes* es solo uno de los supuestos que pueden presentarse por la existencia de derechos de propiedad mal definidos. Esta se produce por la existencia de varias personas con titularidades conjuntas de derechos de uso de un determinado bien, sobre el cual ninguna de ellas tiene el derecho de excluir a los demás. Sin embargo, puede presentarse un supuesto opuesto de derechos de propiedad mal definidos: la existencia de varios titulares que poseen derechos conjuntos de exclusión sobre un determinado bien, a pesar de lo cual ninguno de ellos ostenta derechos exclusivos de uso¹⁶⁵. Es lo que HELLER denominó *tragedia de los anticomunes*:

*“By contrast, a resource is prone to underuse in a “tragedy of the anticommons” when multiple owners each have a right to exclude others from a scarce re-source and no one has an effective privilege of use. In theory, in a world of costless transactions, people could always avoid commons or anticommons tragedies by trading their rights. In practice, however, avoiding tragedy requires overcoming transaction costs, strategic behaviors, and cognitive biases of participants, with success more likely within close-knit communities than among hostile strangers. Once an anticommons (sic) emerges, collecting rights into usable private property is often brutal and slow.”*¹⁶⁶

Como podemos apreciar, en el caso de los anticomunes se presenta como presupuesto la existencia de pluralidad de titularidades sobre un mismo bien, lo que dificulta poder llegar a acuerdos sobre la correcta administración del mismo. En la medida en que cada uno de los titulares ostenta derechos de exclusión sobre los otros titulares (normalmente expresados como derechos de veto), se elevan los costos de transacción en la toma de las decisiones necesarias para la administración eficiente del bien, el mismo que termina siendo desperdiciado por subexplotación.

Existen varios ejemplos en los que se presentan situaciones de anticomunes. En Moscú, en plena transición de la economía comunista a la economía de mercado, era común observar que mientras el comercio florecía en los pequeños kioscos de las calles, pero las transacciones no se llevaban a cabo dentro de los negocios, que permanecían vacíos. A pesar

¹⁶⁴ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Óp. cit.*, pp. 144-145.

¹⁶⁵ HELLER, Michael, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets*. En: *Harvard Law Review*, enero 1998, Vol. 111, N° 3. Harvard: The Harvard Law Review Association, 1998, p. 668.

¹⁶⁶ HELLER, Michael y EISENBERG, Rebecca. *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*. En: *Science*. 1 mayo 1998. Vol. 280. N° 5364. Stanford: American Association for the Advancement of Science, 1998, p. 698.

que de que los propietarios de los kioscos estaban deseosos de alquilar los negocios, al tener estos distintas titularidades (derechos de propiedad incompletos), por lo que permanecían como un valioso recurso inexplorado¹⁶⁷.

Otro ejemplo lo tenemos en el campo de la investigación biomédica, tan necesaria para la generación de productos que salven vidas humanas, en el que cada nuevo avance requiere de la utilización de descubrimientos científicos previos. Normalmente estos descubrimientos han sido materia de patentes, por lo que el avance en biomedicina requiere el pago de licencias a quienes detentan las respectivas patentes, quienes además tienen la potestad de bloquear el acceso a las mismas. La excesiva proliferación de derechos de propiedad intelectual (en este caso, patentes) muy restrictivos eleva innecesariamente los costos de acceso, conduciendo paradójicamente a un menor desarrollo de productos necesarios para preservar la salud¹⁶⁸ y salvar vidas, con el consiguiente perjuicio para la Sociedad:

“Not only do research labs lose potential profits, but families lose loved ones and communities lose friends and neighbors. Research scientists have whispered to me about other potential cures blocked by a multiplicity of patent owners. These missing drugs are a silent tragedy. Millions have suffered and will continue to suffer or die from diseases that could have been treated or prevented, but no one protests. Where do you go to complain about lifesaving drugs that could exist—should exist—but don’t? How do you mobilize public out-rage about the gridlock economy in drug innovation?”¹⁶⁹

Un ejemplo local de la *tragedia de los anticomunes* lo tenemos en el Centro Comercial Camino Real, con locales vacíos, nula inversión publicitaria y con un deterioro creciente e irremediable. En este caso –a diferencia de otros centros comerciales de Lima, en los cuales un solo dueño o una administración centralizada que alquila tiendas– se vendió cada tienda a distintos propietarios. Sin una administración centralizada, los propietarios no logran llegar a acuerdos para promover, administrar e invertir en la conservación del Centro Comercial. Los intentos de venta o de inversión en mejoras fracasan porque existen pequeños grupos que se niegan a hacerlo¹⁷⁰.

Los ejemplos anteriores nos demuestran que una mala asignación de titularidades a través de derechos de propiedad fragmentados o de regulaciones restrictivas incrementan los costos de transacción y dificultan llegar a acuerdos para una administración eficiente de los bienes, provocando una tragedia. Como señalara HELLER, si bien la propiedad privada por lo general aumenta la riqueza, un exceso de propiedad tiene el efecto contrario: destruye los mercados, detiene la innovación, y cuesta vidas¹⁷¹.

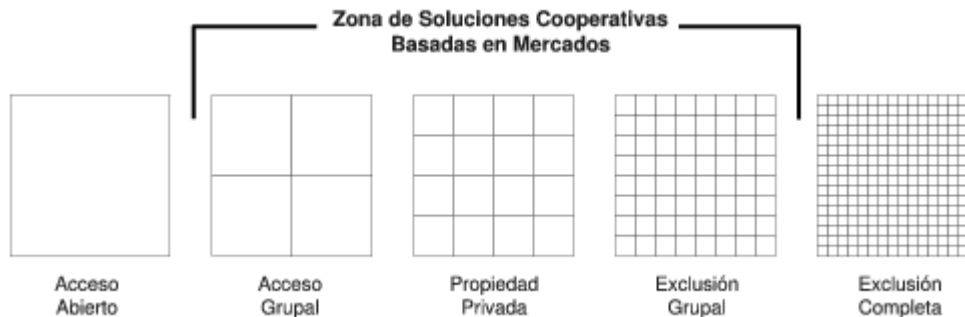
¹⁶⁷ HELLER, Michael. *The Tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets*, pp. 622-623.

¹⁶⁸ HELLER, Michael y EISENBERG, Rebecca. *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, p. 701.

¹⁶⁹ HELLER, Michael. *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*. New York: Basic Books, 2008, p. 6.

¹⁷⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Bagua y la tragedia de los anticomunes”. En: Prohibido Prohibir. Blog de semanaeconomica.com. Post de 24 de junio de 2009. Disponible en formato electrónico en: [<http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/prohibido-prohibir/posts/bagua-y-la-tragedia-de-los-nticomunes>].

Esto nos demuestra que nos encontramos ante un espectro de asignación de titularidades, a cuyos extremos nos encontramos con el acceso abierto a todos, en el que exclusión resulta imposible (esto es, el supuesto de la *tragedia de los comunes*), y la exclusión completa, en el que las titularidades sobre el bien se encuentran tan dispensas que resulta imposible sacar provecho del mismo (esto es, una tragedia de los anticomunes)¹⁷².



Nos encontramos, entonces, ante tragedias simétricas tanto en el supuesto de tragedia de los comunes como de anticomunes. En el primer supuesto, la ausencia de derechos de propiedad completos lleva a que cada agente económico decida la intensidad de uso del recurso en base a su beneficio e ignore, entonces, que cada uso adicional que él hace impone un costo al resto de los usuarios imponiéndoles una externalidad negativa que implica una utilización ineficiente del recurso. Del mismo modo, en el segundo supuesto, cada agente económico decide el precio que cobrará por el acceso al recurso en base a su propio beneficio ignorando que cada subida de precio o barrera de acceso que imponga genera un costo para el resto de los cotitulares bajo la forma de una externalidad negativa que induce un uso ineficiente del recurso. Es solo cuando se otorgan derechos de propiedad completos (tanto de uso como exclusión) cuando se internalizan todas las externalidades y el recurso se explota de manera eficiente¹⁷³.

5. *El tratamiento de la propiedad intelectual*

Lo expuesto anteriormente nos brinda un panorama general que permite plantearnos si la asignación de titularidades hecha por el sistema jurídico resulta eficiente en el caso de los bienes materia de propiedad intelectual. Sobre la base de sus características, debemos plantearnos si el tratamiento actual es el correcto o, si por el contrario, genera una serie de ineficiencias que deben llevar a repensar un sistema más adecuado.

La propiedad intelectual tiene como piedra angular y bien materia de protección a la información. Un rasgo característico de ésta es la ausencia de rivalidad en el consumo. En efecto, uno puede leer una obra de Cervantes, y al mismo tiempo, miles de personas pueden estar leyéndola al mismo tiempo (teniendo en cuenta, por supuesto, que nos referimos a la obra en sí y no al soporte que la contiene). Uno puede ver una película en televisión y muchas personas pueden estar viéndola al mismo tiempo, sin que ello agote el bien. Sobre la información contenida en una obra o en una invención, la que le da forma y valor, no existe rivalidad en el consumo. Más aún, pretender excluir a los demás es costoso, por los que los costos de exclusión altos. El resultado final es que el uso de la propiedad intelectual no

¹⁷² CASTILLO, Carlos, *La economía atascada*. En: Manzana Mecánica [blog]. Post del 11 de noviembre de 2011. Disponible en formato electrónico en [\[http://manzanamecanica.org/2009/11/la_economia_atascada.html\]](http://manzanamecanica.org/2009/11/la_economia_atascada.html).

excluye el uso de otros, y, por otro lado, es costoso poner en vigencia mecanismos para que dicha exclusión llegue a funcionar.

Imaginemos que el soporte es irrelevante. En realidad, no hace falta demasiada imaginación para concebir tal situación: la popularización de Internet y el auge de las nuevas tecnologías han permitido que el soporte pierda importancia. Los contenidos digitales alojados en la red, por un lado, y el abaratamiento del costo marginal de producción de soportes (discos duros, memorias, etc.) de alta capacidad son solo una muestra de ello. Pongamos como ejemplo un artículo en un blog, los planos, procedimientos y métodos de fabricación de una invención almacenados en una “nube” o un ensayo en una página web. Millones de personas pueden tener acceso simultáneo a la información en cuestión, sin que el consumo de alguna de ellas sea rival para las demás. Así, la ausencia de rivalidad en el consumo se hace muchísimo más evidente.

El costo de excluir a otros de una obra resulta altísimo. Las personas pueden tener acceso a la información contenida en un artículo, y puede guardarla, copiarla o incluso publicarla en la red. Los costos de desarrollar técnicas de encriptación y de sistemas anti copia son tan elevados, que requieren inversiones de capital de bastante magnitud, sin por ello obtener hasta el momento un resultado eficiente. Por otro lado, el desarrollo de las nuevas tecnologías ha permitido sistemas de copia más eficientes, elevando aún más los costos de exclusión.

Lo mismo va a ocurrir en el caso de las patentes. Si invento una fórmula para un medicamento que cure la enfermedad de Parkinson, dicha fórmula podrá ser utilizada por varios laboratorios al mismo tiempo para la fabricación del medicamento, sin que dicho uso interfiera con la posibilidad de que otro la utilice de manera simultánea. Una vez que la fórmula sea de conocimiento público, los costos de excluir a los otros laboratorios de la producción del medicamento serían realmente prohibitivos, cuando no imposibles de asumir.

En ambos casos, la exclusión de un tercero puede a su vez generar elevados costos terciarios (es decir, el costo de los procesos legales), que pueden ser realmente enormes. Esto no se presenta en el caso de bienes materiales. Al respecto, señala PASQUEL:

“Una patente o los derechos de autor sobre una famosa obra pueden ser una mina de oro. El oro, sin embargo, tiene consumo rival y bajos costos de exclusión, por lo que basta tenerlo bien guardado para que otros no se aprovechen del mismo. Ello no sucede con la información protegida por la patente o los derechos de autor. Ésta es relativamente fácil de copiar y aprovechar. Ello genera que numerosas empresas e individuos utilicen la información violando el derecho de propiedad del titular. Éste, a su vez, tendrá que iniciar acciones legales para impedir el uso ilícito.

*Los costos de exclusión de los bienes materiales no suelen suponer más que guardar el bien en un sitio seguro o contratar un buen grupo de guardias que lo vigilen. En el caso de la información, los costos de exclusión suponen inversiones que muchas veces ascienden a millones de dólares en procesos legales.*¹⁷⁴

¹⁷⁴ PASQUEL, Enrique. Op. cit. pp. 69-70.

La rivalidad en el consumo es una consecuencia de la escasez de los bienes. Si no existe tal escasez, el consumo de los bienes no es rival, pues hay bienes suficientes para todos. En ese sentido, el símil del Jardín del Edén de KINSELLA cobra sentido. Si estuviéramos en un lugar donde la tierra y los bienes fueran infinitos, no tendría sentido la formulación de reglas de propiedad.

*“Were we in a Garden of Eden where land and other goods were infinitely abundant, there would be no scarcity and, therefore, no need for property rules; property concepts would be meaningless. The idea of conflict, and the idea of rights, would not even arise. For example, your taking my lawnmower would not really deprive me of it if I could conjure up another in the blink of an eye. Lawnmower-taking in these circumstances would not be “theft.” Property rights are not applicable to things of infinite abundance, because there cannot be conflict over such things. Thus, property rights must have objective, discernible borders, and must be allocated in accordance with the first occupier homesteading rule. Moreover, property rights can apply only to scarce resources”.*¹⁷⁵

En efecto, como sugiere KINSELLA, la propiedad no se aplica a cosas infinitamente abundantes porque no surge conflicto en su uso, al no existir escasez de los mismos. Si un bien puede reproducirse rápidamente, se comporta como la podadora mágica del ejemplo, que se reproduce con un simple toque de la mano. En ese contexto, la exclusividad resulta innecesaria.

Es justamente esa facilidad de copia y reproducción la que hace que bienes como aquellos que son objeto de propiedad intelectual no sean escasos. Si escribo un libro y otro lo copia, aún poseo el libro y el soporte, pero quien lo copia tiene el patrón de palabras que le va a permitir “ensamblar” e imprimir su propio libro. En ese sentido, el uso no excluye el uso de otros, por lo que no se presenta rivalidad en el consumo, al no haber escasez. Sin escasez no existe la posibilidad de conflictos de uso sobre un bien escaso, que es la base y el fundamento de los derechos de propiedad privada.

*“The problem with IP rights is that the ideal objects protected by IP rights are not scarce; and, further, that such property rights are not, and cannot be, allocated in accordance with the first occupier homesteading rule, as will be seen below. Scarcity and Ideas Like the magically-reproducible lawnmower, ideas are not scarce. If I invent a technique for harvesting cotton, your harvesting cotton in this way would not take away the technique from me. I still have my technique (as well as my cotton). Your use does not exclude my use; we could both use my technique to harvest cotton. There is no economic scarcity and no possibility of conflict over the use of a scarce resource. Thus, there is no need for exclusivity. Similarly, if you copy a book I have written, I still have the original (tangible) book, and I also still “have” the pattern of words that constitute the book. Thus, authored works are not scarce in the same sense that a piece of land or a car are scarce. If you take my car, I no longer have it. But if you “take” a book-pattern and use it to make your own physical book, I still have my own copy”.*¹⁷⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, nos encontramos con bienes que no tienen rivalidad en el consumo y con altos costos de exclusión. Como mencionamos anteriormente, si identificamos un bien sin rivalidad en el consumo y con altos costos de exclusión, el uso

¹⁷⁵ KINSELLA, N. Stephan. *Against Intellectual Property* [en línea]. En: *Journal of Libertarian Studies*. 2001. Vol. 15, Nº 2. Disponible en Internet en: <www.mises.org>

¹⁷⁶ Ídem.

público parece la alternativa más eficiente. Puede pensarse que en el beneficio social que se lograría si las obras de Mario Vargas Llosa o Gabriel García Márquez estuvieran en el dominio público y fueran libremente accesibles. Muchísima gente se vería beneficiada si pudiera ser curada con medicamentos fabricados por un sinnúmero de laboratorios al mismo tiempo, lo que reduciría su costo final. Y lo mejor de todo, sin impedir al autor o al inventor usar también su obra o invento.

Por otra parte, los costos de exclusión en la propiedad intelectual suelen ser muy altos, debido a su carácter incorporeal. Los bienes físicos son más fáciles de defender: basta construir una cerca para proteger una casa, contratar unos vigilantes para cuidar un banco, o mantener guardado un ordenador para evitar que lo use otro. Sin embargo, basta memorizar un poema para recitarlo, bajar una canción de un servidor p2p para reproducirlo en cualquier momento y copiar un archivo *epub* a un *smartphone* o *tablet* para leerlo en cualquier momento. Al tratarse de un derecho que puede ser reproducido *ad infinitum*, el control sobre el mismo es realmente costoso.

6. *¿Qué papel debe jugar la propiedad intelectual?*

Como hemos podido apreciar en el análisis anterior, la propiedad intelectual carece de rivalidad en el consumo y sus costos de exclusión son elevados, lo cual es exactamente lo inverso a lo que encontramos en la propiedad privada clásica. Normalmente, en estos casos, el sistema jurídico asigna a estos bienes la consideración de bienes públicos, al carecer de los atributos clásicos de la propiedad.

Sin embargo, en el caso de la propiedad intelectual, el sistema jurídico decide protegerla otorgando derechos de exclusiva, un monopolio temporal, creando así una suerte de “propiedad artificial”. ¿Por qué? ¿Es que acaso se persigue que cumpla una función económica que justifique esto?

La respuesta que se da tradicionalmente a esta cuestión es que la función de la propiedad intelectual es la de incentivar la creatividad y la innovación. Es ésta la razón para crear un sistema artificial capaz de producir incentivos, para que las personas inviertan tiempo y recursos en generar creaciones útiles para todos, aun cuando para ello tengamos que ir contra la lógica económica de la que deriva la asignación de titularidades como el derecho de propiedad.

Se considera que sin los incentivos creados por la propiedad intelectual, las personas no invertirían tiempo y recursos en la creación. De esta manera, para estimular la creatividad de los autores, se crea un monopolio temporal artificial sobre la obra por un periodo de tiempo determinado.

Para incentivar la creatividad de los autores e inventores, se fuerza un derecho de exclusiva, costoso de ejecutar y difícil de poner en práctica. De esta forma, se otorga a Apple por veinte años la patente sobre los dispositivos electrónicos rectangulares con esquinas redondeadas¹⁷⁷, para motivarla a seguir innovando, y se conceden derechos de autor a Joaquín Sabina hasta setenta años después de su muerte para motivarlo a componer música. Por ello, asumimos los inmensos costos de poner en vigencia este tipo de derechos y

¹⁷⁷ El documento con la patente en cuestión puede ser obtenido en su totalidad, en formato PDF, en la URL <<http://assets.sbnation.com/assets/1701443/USD670286S1.pdf>>.

aceptamos que, al menos por un tiempo, estos derechos sean privados (creando un monopolio o privilegio) a pesar que su mejor uso, desde el punto de visto social, es el uso público¹⁷⁸.

Los costes del sistema y la creación de una “escasez artificial” para crear un monopolio en favor de los autores para incentivar la creación explican por qué tenemos que sujetar este tipo de derechos a normas distintas a las del Libro de Derechos Reales del Código Civil. Pero también explica por qué este tipo de derechos no pueden ser perpetuos, a diferencia de la propiedad clásica.

La idea no es proteger en sí mismo un bien sin rivalidad en el consumo, sino los incentivos para crear. En tal sentido, no es necesario otorgarle al creador un monopolio o privilegio perpetuo sobre su idea, sino que basta con otorgarle los incentivos para crear. Vencido el plazo, el bien pasa a dominio público, donde conseguirá el uso más deseable desde el punto de vista social-económico, es decir, el uso libre por todos.

El problema que se presenta con el actual sistema de propiedad intelectual es que no ha sabido encontrar el equilibrio adecuado para promover la creatividad sin convertirse en un costo excesivo para los consumidores de los bienes producidos. Lo que debe buscar un sistema eficiente de propiedad intelectual es incentivar la actividad creativa de los autores, de manera que compense el coste de oportunidad de dedicarse a cualquier otra actividad que no sea la creativa.

En el sentido de lo señalado, la función económica de los sistemas de propiedad intelectual es incentivar la actividad creativa compensando el costo de oportunidad del creador sin convertirse en un costo social excesivo:

“La eficiencia requiere que, en caso de que el innovador se decida por la innovación, reciba de esta última al menos lo que hubiera recibido de la actividad alternativa, esto es: su costo de oportunidad. Cuando la estructura del mercado permite al innovador recibir más que su costo de oportunidad, esta renta adicional no tiene ninguna utilidad social. Per se, esta renta adicional podría ser una simple transferencia que no afecta la eficiencia económica; sin embargo, más frecuentemente que no, y en particular cuando está involucrado algún poder monopólico, esta renta adicional se le debe al innovador porque tiene incentivos a proveer menos innovaciones, o menos copias de sus innovaciones, que lo socialmente eficiente. En este caso, la renta adicional no es únicamente una transferencia neutral de los consumidores a los innovadores (lo que podría ser injusto, pero irrelevante para la eficiencia) sino un impuesto socialmente costoso e ineficiente a los consumidores, menos copias disponibles para la gente que lo deseable y factible tecnológicamente”.¹⁷⁹

Pero ello no ocurre así. Como veremos en los siguientes artículos, el actual sistema actual de propiedad intelectual no resulta eficiente al no haber encontrado el equilibrio entre la renta destinada a compensar el costo de oportunidad de los creadores e innovadores y el costo social del sistema. Por el contrario, sucesivas extensiones de la duración de los derechos de autor, así como una aplicación más restrictiva de los mismos, ha devenido en un sistema que no incentiva la creación, sino que crea autores – rentistas, que preocupados por la

¹⁷⁸ BULLARD, Alfredo. Óp. cit. pp. 209-210.

¹⁷⁹ BOLDRIN, Michele; LEVINE, David, *Propiedad intelectual y asignación eficiente del beneficio social de las innovaciones* [en línea]. En: *Cuadernos Económicos del ICE*, N° 76, 2008, pp. 96-97. Documento en Internet en: <<http://www.revistasice.com>>

pérdida de sus privilegios, forman grupos de presión que abogan por legislaciones cada vez más restrictivas, aun cuando en el camino se violen derechos de los individuos.

Por su parte, al relajarse los requisitos necesarios para obtener una patente, se conceden una serie de titularidades sobre información que no debiera tenerlas, al no tener el nivel inventivo requerido, no ser novedosas o carecer de aplicación industrial¹⁸⁰. Este exceso de titularidades no solo no incentiva la innovación, sino que paradójicamente ralentiza, dificulta o incluso paraliza el proceso inventivo, produciéndose un problema de anticomunes.

En la siguiente entrega, veremos que existen alternativas más eficientes, que van desde la reducción de los actuales niveles de protección otorgados por el sistema actual, hasta la posible eliminación de la propiedad intelectual como regla general a favor de un sistema de mercado competitivo basado en nuevos modelos de negocio.



¹⁸⁰ Un claro ejemplo de esto es la patente concedida en 2001 por la Oficina Australiana de Patentes en favor de John Michael Kheog por un "dispositivo circular para facilitar el transporte". Este dispositivo existe desde hace más de 5000 años, y es más conocido como "rueda". El documento que contiene la referida patente puede ser consultado en formato PDF en <<http://www.hl7.org.au/docs/Australian%20Patent%202001100012.pdf>>.

LITIGIOS, HONOR Y DEFENSA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella¹⁸¹

SUMARIO: 1. Presentación. – 2. El honor como expresión de la dignidad humana. – 3. Elementos configurativos de la atipicidad. – 4. Algunas expresiones legislativas en la experiencia comparada. – 5. Ponderación legal. – 6. Los efectos administrativos de las injurias en el proceso.

1. Presentación

Toda confrontación no sólo acoge posiciones divergentes, sino que puede llevar, bajo la euforia del debate, a situaciones emocionales de descontrol que terminen en ofensas y agravios hacia el contrincante. Por supuesto que ello es una conducta impropia y reprochable, pero, es una posibilidad que pueda suceder, sobre todo si se trata de una confrontación judicial, donde las pasiones e indignaciones terminan avasallando la ecuanimidad, no solo de los propios litigantes, sino de apoderados y abogados en la defensa de sus posiciones.

Este trabajo aborda la afectación del honor de las personas involucradas en los litigios judiciales, por su contraparte; quienes bajo el fragor de la discusión procesal son injuriadas y difamadas; sin embargo, a pesar de materializarse la afectación al honor del adversario, no resulta justiciable. En otras palabras no resulta punible, porque a tenor de lo dispuesto en el art. 133 Código Penal, estaríamos ante el supuesto de una conducta atípica, donde no resulta punible la comisión de la injuria y la difamación, siempre y cuando se trate de “*ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.*”

Esta exigente de responsabilidad aparecía también regulada en el derogado Código Penal de 1924 bajo el siguiente texto: “*Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o actuaciones producidas antes los tribunales, serán corregidas disciplinariamente, de acuerdo con las leyes de procedimientos.*”¹⁸²

En el Código Penal de 1863 no encontramos un texto que acoja de manera expresa, la atipicidad ni la ausencia de punición de las ofensas en los litigios.¹⁸³

Como se puede advertir de la cita textual del art: 133 del Código Penal vigente, a diferencia del texto del derogado de 1924, la gran justificación para la no punición de las

¹⁸¹ Jueza supernumeraria de Lima. Bachiller y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora en la Facultad de Derecho en la PUCP y U. de Lima en la sección de posgrado de la Universidad de San Martín de Porres, UNMSM y UNIFE. Autora de diversas publicaciones.

¹⁸² Art. 192 Código Penal 1924

¹⁸³ Hemos revisado la sección novena del libro II del referido Código de 1863 que comprende los artículos 281 al 292 en el que se aborda los delitos contra el honor y no encontramos referencia alguna en dicho acápite a la atipicidad de las ofensas en litigios.

ofensas vertidas a través de la injuria y difamación en el litigio, es que éstas sean proferidas por los litigantes, bajo el “ánimo de defensa”.

Código Penal 1924	Código Penal 1991
<p><i>“Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o actuaciones producidas antes los tribunales, serán corregidas disciplinariamente, de acuerdo con las leyes de procedimientos.”</i></p>	<p><i>“no resulta punible la comisión de la injuria y la difamación, siempre y cuando se trate de “ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.”</i></p>

En ese escenario apreciamos del texto legal del art: 133.1 CP, la colisión de dos derechos fundamentales, como es, el derecho al honor y el derecho a la defensa, contenidos en el art 2.7 y 139.14 de la Constitución. Como correlato a esa colisión, del propio texto del art: 133.1 CP se puede inferir la prevalencia del derecho de defensa, aún sobre la vulneración al honor, a través de las ofensas y ultrajes vertidos en el proceso judicial.¹⁸⁴



¹⁸⁴ Alberto intentando una explicación a esta prevalencia dice: “la disposición se fundamenta en el resguardo del principio constitucional de defensa en juicio, pero ningún derecho es absoluto, por ello queda reglamentado que bajo este tipo de injurias quedan sujetas a las correcciones disciplinarias” ALBERTO DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*. t 1, 3° ed, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 485

2. *El honor como expresión de la dignidad humana*

En una sociedad jurídicamente organizada, el derecho a la honra, es considerado como derecho fundamental de la persona humana; de tal manera que el naufragio de los más altos valores morales de nuestro tiempo, los excesos a los atropellos al honor, ponen en serio peligro la vigencia de este derecho, por lo que la protección del mismo, tan propenso a ser atropellado, será la mejor garantía de una convivencia tranquila, digna, libre de zozobras y perturbaciones.

Los supuestos que asume como conducta atípica el art: 133 CP son la injuria¹⁸⁵ y la difamación¹⁸⁶. En ambos casos, se busca reprimir la conducta de irreverencia o menosprecio que se realiza contra el honor de la persona (prestigio de la víctima).

Este bien jurídico protegido está reconocido en el artículo 2.7 de la Constitución Política del Estado. En ella se afirma que toda persona tiene derecho al “honor y a la buena reputación”. La dignidad humana constituye la esencia misma del honor y determina su contenido, de tal manera que los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona.¹⁸⁷ Hay una correspondencia entre el Código Penal y la Constitución Política del Perú que estima al honor como un derecho fundamental de la persona.

El honor es el derecho que toda persona natural tiene a que se le respete según las cualidades que ella misma se autoasigna. Algunos autores categorizan a la injuria como una ofensa a la “honra” de una persona, o una ofensa al “crédito” de ella, y dicen: como ofensa a la honra, la injuria es una lesión al derecho que tienen las personas a que los terceros respeten las cualidades que se autoasignan.¹⁸⁸ Como ofensa al crédito la injuria es la lesión al derecho que tiene toda persona a que no se perjudique la opinión que sobre su personalidad tengan o puedan tener los terceros. En esa línea de distinción, Viterbo Arias,¹⁸⁹ dice que no es lo mismo deshonorar que desacreditar, aun cuando ambas expresiones se usen como sinónimas en el lenguaje corriente. “*Deshonrar es quitar la honra, es decir, la reputación que una*

¹⁸⁵ El delito de injuria aparece tipificado en el art: 130 CP bajo el siguiente texto: “*el que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa*”

¹⁸⁶ El delito de difamación aparece tipificado en el art: 132 CP bajo el siguiente texto: “*El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa. Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa.*”

¹⁸⁷ El Tribunal Constitucional en la **sentencia No 2790-2002-AA/TC, del 30.1.2003**, ha señalado que se debe proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante si o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva.

¹⁸⁸ Citando a Carrara, el autor hace alusión que aunque la honra es un patrimonio del ser humano, no podemos exigirla como un derecho a que nos alaben o rindan tributo de reverencia, pero sí que no nos ultrajen. “no pido a la ley que haga que otro me ame, pero sí que me defienda de su odio”. Si bien es cierto que no podemos exigir expresiones físicas de alabanza, loa o admiración de los demás; pero si honra es la estimación que los demás tienen de nuestro propio comportamiento, si podemos exigir respeto, que es el miramiento, consideración o deferencia con que los otros deben apreciar a un prójimo que se lo merece. FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, tomo I, Temis SA, Bogotá, 2006, p. 340

¹⁸⁹ VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comprada del Código Penal del Perú 1863*, t.3, imprenta Torres Aguirre, Unión 150, Lima, 1898, p.196

persona ha adquirido por sus virtudes y talentos; desacreditar es quitar a alguno la reputación de solvencia, proveniente de su fortuna y de su exactitud en la ejecución de sus contratos. El que dice o escribe de otro que es un ebrio, le deshonorra; el que afirma que un comerciante está en falencia, le desacredita”

La finalidad ultrajante se puede canalizar a través de la injuria verbal o escrita, esto significa que se requiere de una acción positiva. En este aspecto, hay algunas opiniones que asumen textualmente la exigencia de la escritura como medio de materializar la injuria, frente a otras posiciones que de manera análoga comprenden bajo el supuesto de la escritura, a todas las injurias que se realicen por medio de las caricaturas, pintura, escultura. Lamentablemente el tipo legal del art: 130 CP asume la oralidad o la escritura, no habiéndose colocado en la posibilidad que existan otros medios que permitan materializar la injuria. En otros textos legales, se contempla que bajo la frase "*de cualquier manera*" se pueda incorporar, no solo las injurias realizadas por escrito, sino las que se valen de las caricaturas, por decir, para afectar el honor, pero, siempre bajo la restricción que no sean divulgadas.

Tratándose de la injuria verbal, dice Ferrerira,¹⁹⁰ aunque la ley no lo diga expresamente se necesita la presencia física de la persona deshonrada, es decir, la ofensa se le hace en el mismo ambiente físico del injuriante o a la vista del mismo.

También la ofensa puede manifestarse por medio de gestos o vías de hecho, como cita el propio texto del art: 130 CPC. En este extremo hay quienes hacen una diferenciación entre el gesto y la vía de los hechos. Se asume que el gesto es la expresión que se hace con el rostro, en cambio, las vías de hecho" son las conductas que se exteriorizan por movimientos corporales, distintos a los del rostro. Una bofetada, un escupitajo dirigidos a un persona constituyen también formas de injuriar.

Ferreria al trabajar sobre la composición ontológica de la injuria señala "*la injuria es un ultraje a otra persona que necesita expresarse. Comienza o se forma en la conciencia del autor, pero no basta ello, es preciso exteriorizarla y para ello requiere de cualquier expresión corporal que fenomenice ese pensamiento*". La exteriorización no requiere de atributos especiales. Una palabra puede sensibilizar tremendamente o menoscabar la dignidad de otro, al punto de poner en jaque la convivencia entre ambos. Un gesto despectivo o un comportamiento silencioso de repugnancia hacia otro, es suficiente materialidad del pensamiento injurioso por el sujeto activo.¹⁹¹

El **Acuerdo Plenario No 3-2006/CJ-116** al calificar al honor dice: "es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido subjetivo el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos. El Tribunal Constitucional en la sentencia número 0018-1996-AI/TC, del 29.4.1997, hace mención al honor interno y al honor externo, y asume que la injuria, a

¹⁹⁰ Ibidem

¹⁹¹ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, tomo I, Temis SA, Bogotá, 2006, p.

diferencia de la difamación y la calumnia, sólo inciden el honor interno, que es muy subjetivo.¹⁹²

En conclusión, podemos afirmar que la injuria es una expresión de afectación al honor de la persona, que daña la imagen y perjudica su reputación como persona. Los hechos expresados pueden contener juicios de valor, ya sean verdaderos o falsos, que atentan contra la persona y terminan dañando su autoestima.

3. Elementos configurativos de la atipicidad

Como hemos hecho referencia líneas arriba, en el caso de los delitos de injuria y difamación, la conducta reprochable y penada es aquella del sujeto que ofende o ultraja a una persona ya sea, con palabras, gestos o mueca. Es necesario que se afecte el honor del otro, no basta con su puesta en peligro. Además no se requiere que las ofensas sean verdaderas o falsas, lo que importa es el hecho de afectar el honor de la persona. Todos estos elementos que califican el tipo legal de la injuria, dejan de ser tal, cuando estas son proferidas con ánimo de defensa, por los litigantes, apoderados o abogados, en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.

Esto significa que el escenario en el que se desarrollan estas ofensas es el litigio, en el que el juez tiene una participación natural. Litigar viene del latín litigare que es pelear, discutir con otro sobre algo. Se refiere a las intervenciones en cualquiera de las etapas del proceso, sea oral o por escrito, en el que actúe el abogado y comprende tanto a las partes, como a los apoderados.

a) Un primer elemento a analizar en esta atipicidad es determinar quiénes son los calificados para estar exentos de la punición. Si nos remitimos al propio texto del art: 133 CP considera a los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez; sin embargo, ello resulta contradictorio si tenemos en cuenta que las partes, abogados y apoderados tienen el deber, según el CPC, de “*abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones*”.¹⁹³ Aún más, la propia LOJP establece como deber del abogado patrocinante, “*actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice*”,¹⁹⁴ “*instruir y exhortar a sus clientes para que (...) guarden el debido respeto (...) a todas las personas que intervengan en el proceso.*”¹⁹⁵

Los litigantes son las partes que intervienen en el juicio y no están comprendidos, el juez, los peritos, los testigos y demás órganos de auxilio judicial; sin embargo, una

¹⁹² La tranquilidad de cada persona y la paz social exigen que la personalidad ajena sean respetadas, de ahí que a toda persona le corresponde un mínimo de respetabilidad y honorabilidad que debe ser protegido por el ordenamiento jurídico; de tal modo que como señala Ferreira, “nadie está excluido de esta tutela, ni siquiera las personas deshonestas o de mala reputación, también estos pueden ser sujetos pasivos de un delito contra el honor siempre que el ataque sea ilegítimo, pues nuestra Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley, presumen que todos los hombres tienen el bien jurídico del honor, por lo cual éste debe ser protegido.” FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, tomo I, Temis SA, Bogotá, 2006, pp. 340

¹⁹³ Art: 109.3 CPC: Son deberes de las partes, Abogados y apoderados:3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones.

¹⁹⁴ Art: 288.5 LOPJ. Son deberes del abogado patrocinante: 5.- Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice.

¹⁹⁵ Art: 288.7 LOPJ Son deberes del abogado patrocinante: 7.- Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso.

interrogante que surge del texto legal (art: 133.1 CP) es determinar si la ofensa debe afectar estrictamente a las partes involucradas en la *litis* o ¿puede comprender a otras personas estrechamente vinculadas al proceso, como es el caso de los terceros legitimados? Al respecto consideramos que pese a que el tipo legal es bastante restrictivo al considerar a las partes o sus apoderados, debería asumirse bajo ese supuesto a los terceros legitimados, que actúan en el proceso, en la posición de alguna de las partes, sea de manera voluntaria u obligada.

El Código Procesal Civil de 1993 acoge la intervención de terceros, a diferencia de la omisión que contenía el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1911, por tanto, cuando entra en vigencia el Código Penal en 1991, la redacción del texto del art: 133.1 no se adecuaba a los alcances del nuevo texto del Código Procesal Civil, sin embargo, consideramos que la jurisprudencia debería ir afinando esta participación, pues, tanto el tercero como la parte, asumen una única posición y defensa en el proceso; a diferencia del tercero excluyente principal que se comporta, en estricto, como una parte en el proceso. En este caso, este tercero, a que hace referencia el art: 99 CPC, por más que sea calificado como tercero excluyente, es una parte en el proceso, en la que incorpora -por inserción- una pretensión, generando una acumulación sucesiva de pretensiones.

Todo tercero voluntario, está obligado a adherirse a la parte procesal a la que va a asistir; esto significa que no puede realizar actos de defensa contrarios a la parte que coadyuva;¹⁹⁶ incluso está legitimado para promover la impugnación, aún contra la voluntad de la parte que coadyuva.¹⁹⁷ Esto significa, que los alcances del art: 133.1 CP también debe ser extensivo al tercero legitimado que interviene en el proceso.

Hay la posibilidad que en el proceso, en el que interviene el tercero legitimado, este participe en el proceso con mayor ímpetu y dinamismo y pueda generar ofensas al adversario, al fragor del debate y la contienda; las mismas que también deberían ser consideradas atípicas, tan igual, como las que asumen los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.

También están comprendidos, como sujetos activos de ésta atipicidad, los abogados, quienes son los defensores que patrocinan a las partes o a sus apoderados en el proceso. Para justificar esta forma de impunidad, se dice que a veces el abogado se ve forzado a contraatacar a su contradictor, con o sin razón de la contraparte. Esto significa que las ofensas se tienen que expresar, en los recintos judiciales ante el juez; no fuera de ellos, ni tampoco tiene que darse frente a personas distintas del profesional que represente a su contraparte.

Estas ofensas se dan con litigantes en cualquiera de las ramas del derecho, ante jueces de diversas materias, sea penal, civil, contencioso administrativo, laboral o de familia. También está comprendida la justicia constitucional, pero, no podría extenderse estos efectos a los tribunales arbitrales, por no desarrollarse ante un escenario estrictamente judicial.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Ver art: 97 CPC

¹⁹⁷ Ver art: 355 CPC

¹⁹⁸ Se asume que los alcances del art: 133.1 no es extensivo para el arbitraje porque el escenario en el que desarrolla el arbitraje no es un escenario judicial, todo lo contrario, es un escenario privado, en el que prima el ejercicio de la autonomía privada, donde la reserva y la privacidad constituyen una de las aristas centrales de esta forma de solucionar los conflictos. La actividad jurisdiccional está premunida de la publicidad como una garantía a los litigantes, a diferencia de la actividad arbitral, donde la privacidad del debate y la solución, es un tema, propio y exclusivo para las partes involucradas en el debate.

Los jueces, fiscales, procuradores, no están dentro de los alcances del art: 133 CP porque no son litigantes. Si éstos injurian a las partes o a sus abogados, serían responsables por el delito de abuso de autoridad; en sentido contrario, si los litigantes, apoderados o abogados, injurian al juez, se estaría frente al delito de violencia y resistencia a la autoridad, pues, no sería una ofensa a un igual, sino *se afectaría la administración pública*; de ahí que constituye un deber de las partes, abogados y apoderados, el guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia, tal como lo establece el art: 109.4 CPC.¹⁹⁹ De manera especial, la propia LOPJ reafirma como un deber del abogado, el instruir y exhortar a sus para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos²⁰⁰

b) El otro elemento a considerar es el modo de comisión con el que se materializa la ofensa. El propio texto del art: 133 CP hace referencia a las intervenciones orales y escritas.²⁰¹ En el primer caso, tenemos a los alegatos, discursos e informes orales, que son todos, expresiones de palabra vertidas en el proceso. En el caso de los escritos, tenemos a la demanda y su contestación, los alegatos y, en general, toda presentación hecha en el proceso por escrito.²⁰²

Una interrogante que surge del texto legal de atipicidad, es determinar si la ofensa tiene que tener relación con el objeto del litigio. Si bien el texto legal no hace expresa referencia a ello, consideramos que la atipicidad no está restringida a ultrajes que tengan que ver con el objeto del debate, pues, al fragor de la contienda, se podría ingresar –bajo una mala praxis- a doblegar al adversario afectando su honra, sin que ello sea el contenido o la esencia del objeto del litigio. Es claro que lo que se busca con las ofensas al adversario, es afectar el honor del litigante involucrado en la *litis*, sin embargo, esa afectación es independiente en sí, al objeto de disputa, el mismo que estará marcado por los hechos que configuran la pretensión. Aún, en el supuesto que el contrincante no tenga asidero en su pretensión, y se desestima ésta posteriormente, nada justifica que se tenga que ultrajar o afectar su honor; son situaciones totalmente diferentes pues una no está en función de la otra, sin embargo esa situación no es una condición de ilicitud penal. En esta línea de coincidencia, encontramos la

¹⁹⁹ Sobre el particular advertimos el siguiente pronunciamiento judicial: Si en la realización de la audiencia tanto el personal del juzgado como el policial fueron objeto de agresión física y verbal, dichos hechos constituyen indicios razonables de la comisión de un delito previsto como violencia y resistencia a la autoridad, que deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Público (Exp. N° 317-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 506).

²⁰⁰ Art: 288.7 LOPJ: Son deberes del abogado patrocinante: Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso;

Artículo 292.- Sanción disciplinaria a abogados. Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.

²⁰¹ La injuria admite distintos modos de ejecución: puede ser consumada verbalmente o por escrito o mediante actos o hechos que ofendan o ultrajen. Al tenor del tipo que describe el art: 130 y 132 CP, no solo las acciones, sino también las conductas negativas, tienen un sentido injurioso cuando son el medio para imputar implícitamente una cualidad, costumbre o conducta deshonrada.

²⁰² Viterbo, quien se desempeña como juez del crimen en Lima, comentaba precisamente el art:281 del CP 1863 haciendo especial referencia, que carece de importancia para nuestro Foro, la antigua división de las injurias en verbales o de palabra, literales o escritas, pintadas y reales o de hecho; unas y otras se juzgan en la misma forma, y tienen sus respectivas pena según la gravedad del dicho, del concepto escrito o pintado o del hecho injurioso. op. cit. p. 197

opinión de Alberto Donna,²⁰³ para quien no es necesario que las injurias tengan una relación estricta con la causa, habida cuenta que la Ley no ha hecho diferencias sobre el punto. Este autor comparte sobre el particular, el siguiente pronunciamiento judicial: “debe arribarse a un temperamento liberatorio en el caso del querellado que en un escrito presentado en una causa ante un juzgado civil, atribuyó al querellante la “condición de homosexual manifiesto” por lo que era “chantajeado por un adolescente con el cual había practicado inclinaciones perversas”, etc. Dado que si bien tales injurias no pueden relacionarse para nada con el ejercicio del derecho de defensa, no obstante fueron vertidas en el ámbito de un juicio y no fueron dadas a publicidad.”²⁰⁴

c) El otro elemento a considerar es, el escenario donde se materializa las ofensas. Siempre tiene que operar las ofensas o el ultraje, ante el juez. Debe tratarse de injurias proferidas en escritos, discursos e informes producidos ante los tribunales.

Esto significaría que éstas no deben haber sido proferidas ni divulgadas por sus autores fuera del ámbito judicial. No resulta por tanto aplicable los alcances del art: 133.1 CP si la ofensa proferida no tuvo lugar en el ámbito del proceso, sino ante medios masivos de circulación. En este caso, se descarta el ejercicio del derecho de defensa en juicio; sin embargo, esto es bastante relativo, pues, si se busca preservar que la afectación al honor haya quedado dentro del escenario judicial y no se haya divulgado, este supuesto habría que mirarlo bajo otra arista: cuando ese acto judicial (informe oral) no haya sido transmitido, a través de medios de comunicación masiva, de tal manera, que el conocimiento del ultraje a la contraparte no haya salido fuera del escenario judicial.

La idea central para este supuesto es la “no publicidad” de la ofensa, para lo cual, solo se tolera que se dé en el escenario judicial, frente al juez y sobre todo, con el fin de la “defensa”. Esto último es la gran justificante para la atipicidad de la injuria. A pesar que el texto del art: 133.1CP no lo diga expresamente, debemos asumir que un requisito para la atipicidad en las injurias, es que sus autores no las hayan dado a la publicidad, que no es lo mismo que no hayan sido de público conocimiento, sobre todo cuando éstas se dan bajo el contexto de una audiencia pública, la misma que es difundida en vivo a través de diversos medios de comunicación masiva. Lo impune es la acción injuriosa, en el contexto del proceso judicial; pero el autor *no podrá repetirla a terceros, ajenos al proceso, sin cometer el delito de injuria o difamación*, pues el supuesto del art: 133.1 no le alcanza

4. Algunas experiencias legislativas en la experiencia comparada

Las injurias al interior del proceso judicial, es un tema permanente en la mayoría de legislaciones hispanas, como mostraremos a continuación.

Sobre las injurias vertidas en juicio, tenemos el texto del Código Penal argentino, cuyo texto pertinente dice:

Art. 115 - Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

En la legislación penal española encontramos, en el art: 215.2, la siguiente redacción:

²⁰³ ALBERTO DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*. t 1, 3º ed, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2008, p. 485

²⁰⁴ ALBERTO DONNA, op. cit. p. 486

“Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.”

En el caso colombiano, el art: 228 del Código Penal dice:

Las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones y acciones disciplinarias correspondientes”²⁰⁵

El Código Penal del Brasil: *Exclusão do crime Art. 142*

- Não constituem injúria ou difamação punível: I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

En el Código Penal de Chile, en el art. 426 se dice:

La calumnia o injuria causada en juicio se juzgará disciplinariamente, conforme al Código de Procedimientos, por el tribunal que conoce de la causa; salvo el caso en que su gravedad, en concepto del mismo tribunal, diere mérito para proceder criminalmente. En este último caso, no podrá entablarse la acción sino después de terminado el litigio en que se causó la calumnia o injuria.

En el Código Penal Costa Rica, el art. 154 dice:

Las ofensas contenidas en los escritos presentados o en las manifestaciones o discursos hechos por los litigantes, apoderados o defensores ante los Tribunales, y concernientes al objeto del juicio, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

En el Código Penal del Ecuador, el art: art. 500 dice:

No darán lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor de su testimonio. Sin embargo, los jueces podrán, ya sea de oficio, o a solicitud de parte, mandar que se devuelvan los escritos que contengan injurias de cualquier especie; apercibir a los abogados o a las partes, y aún imponerles multa hasta de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa de que se habla en el inciso anterior.

El Código Penal de Honduras, en el art. 167 se dice:

Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria causadas en juicio sin previa autorización del Juez o Tribunal que de él conociere.

El Código Penal de Nicaragua, en el art. 204 se dice:

No existe el delito de injuria, cuando:

f) Las ofensas contenidas en los escritos presentados o en las manifestaciones o discursos hechos por los litigantes, apoderados o defensores ante los Tribunales, y concernientes al objeto del juicio.

Estas quedarán sujetas únicamente a las sanciones disciplinarias que correspondan.

²⁰⁵ Se dice que este art: 228 es la transcripción exacta del art: 340 del Código de 1936

En el Código Penal de Guatemala, en el art: 170, se dice:

Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria causadas en juicio, sin previa autorización del juez o tribunal que de él conociere.

En el Código Penal de la Republica Dominicana, en el art. 374, se dice:

No se considerarán injuriosos ni difamatorios, ni darán lugar a procedimiento alguno, los discursos que se pronuncian en las Cámaras Legislativas, ni los informes, memorias y demás documentos que se impriman por disposición del Congreso, del Poder Ejecutivo o del Judicial. Tampoco dará lugar a ninguna acción, la cuenta fiel que de buena fe den los periódicos de las sesiones públicas del Congreso, ni los escritos producidos o los discursos pronunciados ante los tribunales de justicia; sin embargo, en este último caso pueden los jueces, al conocer del fondo, mandar que se supriman los escritos injuriosos o difamatorios, y aún imponer penas disciplinarias a los abogados que los hubieren producido. Los hechos extraños a la causa, podrán dar lugar a la acción pública o a la civil, cuando los tribunales hubieren reservado ese derecho a las partes o a terceros.

En el Código Penal del Uruguay, en el art. 337, se dice:

La calumnia o injuria causada en juicio, se juzgará disciplinariamente conforme al Código de Procedimiento Civil por el Juez o Tribunal que conozca de la causa, salvo el caso en que su gravedad, en concepto del mismo Juez o Tribunal, diere mérito para proceder criminalmente.

En este último caso, no podrá entablarse la acción sino después de terminado el litigio en que se causó la calumnia o injuria.

5. Ponderación legal

Como se puede ya advertir, frente a esta colisión de derechos, el legislador ha optado por hacer prevalecer el derecho a la libertad de defensa, siempre y cuando la comisión de la injuria y la difamación que describe el art: 133.1 CP se den bajo este escenario: **a)** que la afectación se haya realizado en un proceso judicial, esto implica, frente al Juez y **b)** que los actores de esa afectación hayan sido las partes, apoderados y abogados. Estos dos supuestos nos llevan a asumir que la parte afectada tiene que ser la contraparte del sujeto agresor y puede recaer esa ofensa no solo en la parte en sí, sino en su apoderado y abogado. Como también ya lo hemos señalado líneas arriba, en el concepto “parte”, no solo se comprende al sujeto en sí, sino que puede estar integrada por terceros legitimados que asumen o se adhieren a la posición de una de las partes en el proceso, como es el caso del tercero coadyuvante o de la intervención litisconsorcial.

El texto del art: 133.1 CP es todavía más flexible para esta interpretación, pues, no hace expresa referencia al concepto de “parte”, sino a la categoría de “litigantes” sin precisar si tienen la posición de partes o terceros, pues, lo fundamental es que estén en el proceso bajo una situación de adversarios, bajo posiciones enfrentadas, esto es, en controversia.

El legislador ha hecho una ponderación legal y ha privilegiado la libertad de la defensa, siempre que operen los tres siguientes supuestos: a) sea realizada por litigantes, abogados y apoderados; b) sea realizada a través de intervenciones escritas u orales ante el juez y c) las ofensas sean realizadas bajo el animus de la defensa. La suma de ellas, nos lleva al resultado final de las conductas atípicas en el caso de la afectación al honor de dichos sujetos.

El elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas. Estas deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permitiría advertir la necesidad y relevancia del interés público en las frases vertidas.

Otro referente que concurre en la ponderación podría ser que la punición penal como la última ratio para sancionar conductas que provocan un mayor daño a bienes jurídicos. Evidentemente, que la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, por más que sean expresiones ajenas, duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige no son justificantes suficientes para penalizar esa conducta, en un escenario de defensa.

Lo que hemos puesto en evidencia en este trabajo es la confrontación entre dos derechos constitucionales: defensa y honor, concluyendo el legislador en la ponderación interna que la defensa prevalece frente a la ofensa; pero, cuando estas ofensas son proferidas bajo la divulgación de un acto procesal, con la intervención de medios de comunicación masiva, por ejemplo, medios de prensa que van transmitiendo las incidencias –en vivo- del debate, la afectación es mayor, pues, ya no solo se configuraría el ultraje a la persona sino que esta se vería agravada bajo la figura de la divulgación, tipificando la difamación²⁰⁶; sin embargo debemos precisar que la atipicidad en los casos de afectación al honor solo comprende a la injuria y difamación, mas no se extiende a la calumnia, entendida ésta como el atribuir falsamente a otro un delito. Se estaría ante otra dimensión de la afectación, que no comprende los supuestos de atipicidad.

Algunas opiniones atribuyen a esa ponderación legal, la categoría de una compensación de injurias, situación que no sería aplicable en el caso del art: 133.1 CP, sino al caso de las injurias recíprocas, contenidas en el art: 137 CP, que dice: *“En el caso de injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado, el juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las partes o a una de ellas. No es punible la injuria verbal provocada por ofensas personales.”*²⁰⁷ Según Manzini y Núñez las injurias recíprocas que se dan entre dos personas tienen una relación de causa efecto, ya que la segunda injuria (injuria-respuesta) debe tener su génesis en la primera (injuria-provocación); en ese sentido una injuria verbal podría ser contestada con otra injuria verbal o con un gesto. Estas injurias recíprocas podemos catalogarlas como expresión de autotutela, frente al ejercicio de una legítima defensa.

Esta última situación, en opinión de Alcalá Zamora y Castillo,²⁰⁸ provoca la homologación procesal de autodefensa, representada por una especie de duelo verbal de imprecaciones y replicas que es abordado bajo la denominación de compensación judicial de

²⁰⁶ En este sentido léase el art: 228 Código Penal Colombiano que pone especial énfasis en que las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores, ante los tribunales, no deben ser dados por sus autores a la publicidad, sin perjuicio de ello, no es que corre la impunidad, sino que se sujetan únicamente a las correcciones y sanciones disciplinarias correspondientes. Esta redacción es más precisa frente al texto de nuestro Código Penal (133.1) que se limita a declarar la atipicidad, mas no hace especial énfasis en la prohibición de la publicidad por sus autores y la sanción administrativa.

²⁰⁷ Nótese que el texto del art: 137 CP no hace referencia a la difamación o la calumnia, sino a la injuria recíproca.

²⁰⁸ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, textos universitarios UNAM, 2º ed, México, 1970, p.184

las injurias recíprocas; sin embargo, hay que precisar que algunos autores califican como “*compensación recíproca de injurias*” al texto contenido en el art: 137 CP, pero para otras opiniones, ello no es correcto, pues, la compensación no requiere de reciprocidad (injurias mutuas). La doctrina señala la concurrencia de los siguientes requisitos: *a*) Se necesita cierta proporción entre las respectivas injurias; *b*) Cuando la injuria es más grave solo debe valer como atenuante, pues en este caso no cabe compensación; *c*) Hay que probar la compensación de injurias; y *d*) se presume que hay renuncia a la acción penal; y, *e*) quien devuelve una injuria bajo la presión de un ultraje recibido no piensa en ofender a otro, sino que da lugar a una exclusión producida por el sentimiento de la propia ofensa.²⁰⁹

En conclusión, el contenido del art: 133.1 CP se fundamenta en la libertad de la defensa en juicio, la misma que podría desbordar y avasallar otros derechos, como el honor de las personas.



6. Los efectos administrativos de las injurias en el proceso

Hemos revisado los antecedentes de la atipicidad de las injurias en los litigios, en sede nacional, y hemos advertido que tanto el Código vigente como el Código de 1924 no consideraban a estas injurias punibles. De manera expresa el Código de 1924 señalaba que esas injurias deberían ser “corregidas” disciplinariamente, a diferencia del texto del Código

²⁰⁹ “Nuñez, afirma que debe hacer cierta compensación entre las injurias, aspecto que es criticado por Aguirre Obarrio, al decir que los delitos no pueden compensarse como las deudas o créditos. Y afirma que la razón del legislador está en que no conviene aplicar sanción cuando las partes se han reprimido mutuamente.” Citado por Alberto Donna, op. cit. p. 488

Penal vigente que no regula nada al respecto; sin embargo, si nos remitimos a las normas del Código Procesal Civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial si vamos a encontrar supuestos de “sanción pecuniaria” por la comisión de esas inconductas.

Esto difiere del concepto de “correcciones disciplinarias” que asumía el derogado Código de 1924, a diferencia del Código vigente, pues, no solo se trataba de medidas que busquen reformar y encausar conductas de los litigantes a futuro, sino de reprochar la realización de actos que afectan la dignidad de los litigantes, sancionándolos pecuniariamente.

Los litigantes están exonerados de proceso penal por injurias y difamación, proveniente de los apoderados u abogados de la contraparte, a tenor del texto del art: 133 CP, pero esa exoneración no se extiende a la comisión del delito de calumnia, la misma que sería reprochable penalmente.

En el caso del afectado por injuria, éste puede aspirar a una sanción disciplinaria. El art 50.3 CPC, fija como deber de las partes, abogados y apoderados, “*abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones,*” El juez ejerce sus facultades disciplinarias en este caso, ordenando que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios.²¹⁰ Además el juez está facultado para aplicar las sanciones disciplinarias que el CPC establece como las sanciones pecuniarias que fija el art: 53 CPC.²¹¹

El respeto al honor del adversario, es un deber contenido no sólo en las reglas del proceso civil, sino que también la Ley Orgánica del Poder Judicial pone especial énfasis, cuando fija como deberes del abogado patrocinante: “*actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice*”²¹² Esto significa que los jueces están facultados para sancionar a los abogados cuando se aparten del cumplimiento de esos deberes. El art: 292 LOPJ así lo establece y fija las sanciones, las mismas que pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.²¹³

Como se podrá advertir de la legislación citada, las leyes procesales y de organización judicial contienen disposiciones de carácter disciplinario. Estas normas tienen como contenido axiológico el orden. Se instituyen para asegurar el normal desenvolvimiento de la

²¹⁰ Ver art: 52.1 CPC: A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los jueces deben: 1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios.

²¹¹ Artículo 53.- En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y
2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo.

²¹² Art: 288.5 LOPJ

²¹³ El citado art: 292 LOPJ dice además: Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.

función jurisdiccional. Una de las facultades disciplinarias que recoge el Código Procesal, es la posibilidad de suprimir la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios. La norma parte del supuesto que las partes deben abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones y deben guardar el debido respecto al juez, a las partes y a los auxiliares de justicia (ver los incisos 3 y 4 del artículo 109 del CPC).

Como se ha señalado cuando se vulnere estos deberes el juez no sólo está facultado para testar las expresiones agraviantes o descomedidas, sino imponer sanciones pecuniarias, como parte de la sanción administrativa. Nótese que por más que dichas intervenciones puedan contener términos ofensivos o vejatorios, ello no configura la comisión de un ilícito penal, a pesar de lo delictivo del acto.

El derecho administrativo disciplinario es sancionador y presupone jerarquía y subordinación. Quien ejerce potestad jerárquica, impone formas de conductas previstas en la ley, para asegurar el cumplimiento de la misma. El que está sometido a una subordinación debe obedecer y ajustar su conducta a lo preceptuado; pero dicha disciplina tiene que estar subordinada a un referente legal y que en estos casos serían las contempladas en el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.²¹⁴

7. Conclusiones

1. La atipicidad a los actos de injuria y difamación, a que refiere el art: 133.1 del Código Penal, es el resultado de la ponderación legal que ha hecho el legislador, entre defensa y honor, para hacer prevalecer la libertad de la defensa en juicio.

2. El elemento ponderativo está vinculado al principio de proporcionalidad, cuyo análisis estará centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas. Otro referente es la punición penal como la última ratio para sancionar conductas que provocan un mayor daño a bienes jurídicos.

3. La impunidad sólo alcanza a las ofensas inferidas en juicio y no dadas a publicidad, pero, éstas sí tienen un tratamiento administrativo judicial, porque son sancionadas pecuniariamente, como el pago de multas; sin perjuicio que el juez ordene se teste las frases o palabras ofensivas, pero, de ninguna manera implica la comisión de un delito de difamación o injuria.

4. El tratamiento que el Código Penal ha dado a las ofensas proferidas en los litigios, no es tema de compensación procesal que conlleve a la homologación procesal, pues, ella es aplicable al caso de las injurias mutuas. Se trata de un tema de ponderación legal, cuyo resultado llevará a la atipicidad de las ofensas, siempre y cuando estas se hayan proferido bajo el *animus* de la defensa en un proceso judicial, al margen de la naturaleza del conflicto en debate.

²¹⁴ Sobre el particular advertimos el siguiente pronunciamiento judicial: "Se les debe aplicar sanción al litigante y a su abogado que faltan a la verdad y no guardan respeto y moderación hacia la autoridad judicial (Exp. N° 698-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 232-233).

LA JUSTICIA

REMY LLERENA, Gaston²¹⁵

*“Un eterno
recuerdo permanecerá
del hombre justo “
Tehilim (Salmos) 112,6*

La Historia Universal nos presenta a grandes pensadores, filósofos, juristas, teólogos, sociólogos, de distintas nacionalidades y en épocas diversas, que han expresado propias ideas respecto de la Justicia, a veces coincidiendo y sumando seguidores; otras veces discrepando acerca de ella y del modo de lograrla. Se han propuesto diversas clases de Justicia y modos de realizarla. Se entiende que su logro abarcaría a cada miembro componente de un grupo social determinado (con la esperanza de extenderse a todos los grupos humanos) En resumen, cada persona realizando actos justos, lo que implicaría realizar la Justicia por todos y para todos.

Nadie quedaría excluido de la Justicia, como un *“bien común”* concertado que rechaza todo lo que pudiera afectar, de cualquier modo, a alguno de derechos o intereses propios de la dignidad del hombre.

Lo cierto es, que, milenios después de continuas propuestas, seguimos en la búsqueda de la mejor idea y realización de la Justicia.

Mi idea acerca de la Justicia se basa en la experiencia de vida; mirando mi entorno, por décadas, que son muchas en mi vida; miradas al desenvolvimiento de los grupos humanos con los que libre u obligadamente he debido relacionarme por razones familiares, de estudios, laborales públicos y privados, organizaciones sociales y de gremio profesional y otros espacios de desenvolvimiento personal.

No es tan importante saber si la justicia se identifica con la igualdad, proporcionalidad, armonía, medida de cambio o distribución o como valor jurídico.

La Justicia sigue siendo una utopía porque no todos los hombres nos esmeramos en ser proactivos con nuestros prójimos; nos domina el egoísmo deseando recibir solo para nosotros sin ánimo de compartir. No nos preocupamos si los demás obtienen aquellos bienes espirituales y materiales que satisfagan las múltiples necesidades comunes. Sin desearlo realmente hemos ingresado, subterráneamente, movidos por intereses de grupos de poder, desde muchísimo tiempo atrás, en un mundo en el que todo se mueve en base a la competencia que nos determina a imponernos sobre los demás, en todos los campos posibles de actuación. Simplemente se trata de ganar, vencer a los demás, para lograr tener lo que

²¹⁵ Abogado y docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma. Miembro de la Comisión encargada del Funcionamiento de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la URP.

ansiamos a costa de los otros. Se impone el “ego” sobre los “otros”. Se ignora la esencia común.

Esa competencia mueve a los hombres, para prevalecer sobre los demás, sin interesarnos los medios empleados-buenos o malos-para lograr esa supremacía. Este mundo dentro del cual se desarrolla esa dañina competencia inducida, nos determina a restar importancia a las carencias de distinto orden que afectan a nuestros prójimos, ausencias denigrantes de la condición humana, afectantes de su condición de personas con derechos inherentes propios a su dignidad, a su libertad, al reconocimiento de su desarrollo vital e integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, como declara la “*letra muerta*” del artículo 1° de nuestra Constitución en vigencia.

Considero que es justo desear y realizar dentro de nuestras posibilidades materiales y espirituales (morales, si es preferible el término para algunos) todo el bien para nosotros, pero haciéndolos extensivos a los demás; y estos deseando y realizando dentro de similares posibilidades iguales bienes para sí mismos como para los demás.

La Justicia no debe ser letra muerta, que exprese solo ideales o deseos, sino actuación permanente para que sea concreta, real, visible. Pienso que la Justicia es comportamiento de todos para el bien de todos. Todos actuando por el bien común. Como hace poco expresara el señor presidente de la República de Uruguay, don José Mujica, después de su entrevista con el actual Papa, palabras más palabras menos: *“Hay que pensar con calor militante, de compromiso en la lucha contra la pobreza para eliminar las diferencias sociales”*. Es que en una sociedad justa no deben existir diferencias sociales sustentadas en la desigual distribución de la riqueza. En la sociedad justa participan activamente, para su concretización, el Estado, la Sociedad civil organizada, además de la participación activa de cada uno y todos los individuos que la conforman. En la sociedad justa que deseamos debe desaparecer el poder manifiesto u oculto a veces, para el que resulta insignificante la pobreza de los menos favorecidos. Pobreza es sinónimo de injusticia. Como afirma Gustavo Gutiérrez en su obra *“Teología de la Liberación”*:

“La pobreza significa en última instancia, muerte. Carencia de alimento y de techo, imposibilidad de atender debidamente a necesidades de salud y educación, explotación del trabajo, desempleo permanente, falta de respeto a la dignidad humana e injustas limitaciones a la libertad personal, en los campos de la expresión, lo político y lo religioso, sufrimiento diario”.

Para Amartya Sen, profesor en Harvard, premio Nobel de Economía, la justicia, no solo es un problema de orden filosófico, lo es también de práctica social. Pretende la concretización de la justicia, cuando afirma:

“Lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediabiles en nuestro entorno que queremos suprimir”

El profesor de Harvard no se preocupa tanto por la naturaleza de la justicia perfecta; parece que opta por un Estado ético, que abandone la corrupción y la ineficiencia, que asuma políticas económicas y de administración gubernamental que realmente permitan atender la pobreza material- evidente manifestación de injusticia-especialmente en países tercermundistas eufemísticamente denominados países en vías de desarrollo.

Desde esa óptica, consideramos que el Estado y los gobernantes de turno cuyas ideologías triunfan temporalmente frente a ideologías opositoras en auténticos procesos electorales (excluyo las farsas electorales) siendo legitimados por el pueblo, para actuar en su nombre, representándolo ordinariamente, deben tener verdadero ánimo de cumplir su parte en este contrato social asumido con la población, de servir y cumplir a cabalidad los enunciados constitucionales respecto de los derechos humanos, políticos, sociales y económicos de las personas. A través del Estado, el gobierno debe ser expresión de la voluntad común representativa, no ejerciendo un poder propio, sino comisionado por el pueblo con propósito de lograr el bien común.

Sabemos de la imposibilidad de que en tan corto periodo de gobierno, pueda lograrse; pero deben iniciarse estas concretizaciones de la Justicia, para eliminar la pobreza que vemos creciente en nuestras calles. Madres, niños, ancianos, discapacitados, enfermos mentales, drogadictos, todos totalmente desvalidos, intentando subsistir y pidiendo de mil maneras solución a sus carencias, todas. El enunciado de políticas exige planes de gobierno efectivos, que conduzcan a la disminución progresiva hasta el total agotamiento de esos males, en caso de no poder lograr su pronta eliminación.

El Estado debe realizar verdadera redistribución de la riqueza, con mayor imposición tributaria a los que más lucran, para poder desarrollar programas de salud y educación. Realizar promoción empresarial que genere nuevos puestos de trabajo para acabar progresivamente con la desocupación, haciendo realidad el trabajo como derecho y deber del ciudadano, base del bienestar social y medio de realización de la persona. Esa promoción empresarial pública, a la par de la privada existente; y, si esta fuera insuficiente porque no conviene a sus intereses invertir haciendo empresas, debe ser creciente la actividad empresarial pública, sin importar la vieja expresión interesada de que la empresa estatal es deficiente y generadora de pérdidas, cuando vemos a cada momento como quiebran las empresas privadas por pésima o dolosa gestión. Basta recordar la reciente crisis financiera mundial generada por el sector privado, para no hacer caso a la desinformación sobre la actividad empresarial del Estado. Por el contrario, en esa crisis mundial a la que hemos aludido, los gobiernos de los Estados han apoyado a los empresarios privados, proporcionándoles miles de millones de dólares o euros, “socializando pérdidas”, sin tener en cuenta que ellos, los empresarios, no socializan sus utilidades obtenidas, por el contrario las individualizan según propios y proporcionales aportes, asumiendo exclusiva y egoístamente esos beneficios económicos, porque, afirman, “arriesgan su inversión, solos”. Ignorando la esencial y por ende muy importante participación del trabajo en la producción empresarial de bienes para su comercialización o prestación de servicios. Les parece o son convictos de que solo su dinero organiza y desarrolla la empresa.

La sociedad civil organizada, integrada por grupos concretos de interés, tratando de expresarse unitariamente frente a los problemas de injusticia social, apoyando al Estado en la promoción del desarrollo social que abarca lo cultural, económico, político y jurídico. Colaborando y exigiendo al Estado mayor presupuesto anual para la educación, pues siendo creciente la inversión en ella, será decreciente la dependencia de sus beneficiarios. También invertir en programas de salud que sean extensivos a todos los peruanos, a fin de evitar comprobaciones como la realizada por la Defensoría del Pueblo, expuesta en el Informe Defensorial N° 161 “Camino al Aseguramiento Universal en Salud: resultados de la supervisión nacional a hospitales”:

“Los hospitales ubicados en la regiones, y en particular los que pertenecen a los gobiernos regionales, son los que presentan mayores carencias y dificultades, marcando una clara inequidad en salud, que el Estado se encuentra en la obligación de revertir”.

Servicios educativos y de salud, de seguridad ciudadana y otros, que no lleguen solo a ciudades principales; acercándose también a los rincones más apartados del país donde el Estado antes no arribó. Pues todos, sin excepción, tenemos iguales derechos. El sistema jurídico partiendo desde el Estado, no debe enunciar derechos solo para unos cuantos, pues se caracteriza por su generalidad de aplicación, salvo mínimas excepciones. En resumen, respetando la dignidad de la persona como fin en sí misma, posibilitando calidad de vida a todos, sin excepción, pues esa dignidad no es ajena a quien no contribuyó o contribuyó menos que otro, sin importar razones, al buen desenvolvimiento social. Ser persona es suficiente razón para que el Estado, la sociedad, cada uno de nosotros, reconozcamos su dignidad como atributo connatural inherente, que nos identifica como iguales. Desconocer dignidad a otros implica desconocer la propia dignidad.

Cuando todas las personas o notoriamente mayoritaria la población y sus estructuras político-jurídicas, sean actuantes por la Justicia, en los términos sencillamente expuestos sin grandilocuencias ni academicismos, no será tan importante ni tendrá mayor valor la definición de justicia, pues la entendemos en fuero interno como solidaridad tangible con el prójimo, sin pretensiones egoístas del propio beneficio atentatorio del bien común que socava la vida social. Esta convicción, producto de nuestra participación activa en y para la comunidad, será suficiente para nuestra paz espiritual, pues sabremos que caminamos por las vías que nos conducen al mundo del bien común, en el que incluso aquellos que están incapacitados para aportar su grano de arena para la realización de la Justicia, tengan todos sus derechos no solo reconocidos, también otorgados sin discriminación alguna.

La utopía dejará de ser tal, cuando todos caminemos en el sendero que conduce al paraíso buscado, hace milenios, de la Justicia y el bien común.

“Aprendan a hacer el Bien busquen Justicia y sustenten al oprimido. Exijan Justicia para el huérfano y defiendan la causa de la viuda” Toráh, Ieshaiá (Isaías) 17.

**LAS COMUNIDADES NATIVAS DE LA AMAZONÍA PERUANA Y
EL CUMPLIMIENTO DE LOS INCISOS C) Y D) DEL ARTÍCULO 10 DEL
CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA.
SITUACIONES ANÁLOGAS EN LA UNIÓN EUROPEA**

RUEDA ROMERO, Paulino Saúl ²¹⁶

RESUMEN

En el curso de “*Derechos Sociales, Ambientales y Económicos. Perspectiva Internacional, Regional y Nacional*” como parte del programa de los *XI Cursos Intensivos de Posgrado* llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), hemos desarrollado importantes temas que forman parte del quehacer del mundo globalizado. Uno de los puntos que aún no ha sido tratado eficientemente es el descuido existente sobre la diversidad biológica, en el territorio de las comunidades nativas de la amazonia peruana.

En la conferencia de las naciones unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, se firmó el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, que obliga a los Estados firmantes a luchar contra la extinción de especies en todo el mundo. Su secretario ejecutivo sostuvo: “*los servicios que la naturaleza nos brinda son gratuitos, pero el hombre tiene una inconsciencia profunda de lo que representa su destrucción [...] si la humanidad no pone freno a la degradación de la biodiversidad, el legado para las generaciones futuras quedará hipotecado [...] tengamos el coraje de mirar a nuestros hijos a los ojos y admitir el fracaso [...] admitir que continuamos perdiendo biodiversidad a un ritmo sin precedentes, estaremos hipotecando su futuro*”. Palabras que rubrican premoniciones futuras acerca del tratamiento de la extinción de una gran parte de la diversidad biológica existente, que si no le damos un tratamiento, su destrucción se aceleraría y estaríamos yendo en contra del nuevo esquema del desarrollo sostenible.

Haciendo un balance de la aplicación de este convenio, nos damos cuenta que la mayoría de los Estados firmantes, promulgaron normas jurídicas a fin de preservar las especies que forman parte de esta biodiversidad; sin embargo, la acción humana, por el hecho de seguir conquistando espacios, sigue depredándolos, sin tener en cuenta el riesgo que significa para las generaciones futuras.

En el presente trabajo, analizo y discuto desde la perspectiva de los derechos sociales, ambientales y económicos, el cumplimiento de los **incisos c) y d)** del **artículo 10°** de dicha convención en las comunidades nativas de la amazonia peruana, zona de permanente conflicto entre el Estado peruano y las comunidades nativas. El trabajo consta de seis partes. La primera explica el marco legal y la jurisprudencia; la segunda abarca la metodología, e implica señalar el método y el planteamiento de las hipótesis; la tercera el marco teórico, el marco geográfico y la recopilación de información; la cuarta el análisis e interpretación; en

²¹⁶ El autor es Profesor Investigador del Instituto de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Está a su cargo las cátedras de Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Antropología Jurídica. Telf. 365-7000/4666. C.E.: pruedar@usmp.pe

la quinta se establece una analogía con algunos resultados de la Unión Europea y países de América del sur; en la sexta parte se formula algunas conclusiones y nuevas perspectivas para el futuro.

PALABRAS CLAVES

Derechos sociales, ambientales y económicos. Comunidades Nativas. Convenio sobre Diversidad Biológica. Desarrollo sostenible. Convenio 169 OIT. Addis Abeba. Unión Europea. Utilización sostenible. Biodiversidad.

ABSTRACT

In the course of social rights, environmental, and economic. International Perspective, Regional and National" as part of the program of the XI intensive postgraduate carried out at the Faculty of Law at the University of Buenos Aires (UBA), we have developed significant issues that are part of the work of the globalized world. One of the points that has not yet been treated efficiently, it is the carelessness on biological diversity, in the territory of the native communities of the Peruvian Amazon.

In the United Nations conference on environment and development, signed the Convention on Biological Diversity, which obliges the signatory States to combat the extinction of species throughout the world. Its executive secretary said: "*the services that nature offers us are free, but the man has a deep unconscious of what he represents their destruction [...] If humanity does not brake to the degradation of biodiversity, the legacy for future generations will be mortgaged [...] must have the courage to look our children in the eye and admit failure [...] admit that we continue losing biodiversity at an unprecedented pace, we are mortgaging their future*". Words that initialled by premonitions future about the treatment of the extinction of a large part of the existing biodiversity, that if we do not a treatment, their destruction would speed up and we would be going against the new scheme of sustainable development.

Doing a balance of the application of this convention, we realize that the majority of the signatory States, enacted legal rules in order to preserve the species which are part of this biodiversity; However, human action, by the fact to continue conquering spaces, continues depredándolos without taking into account the risk that means for future generations. In this paper, I analyze and discuss from the perspective of social rights, environmental, and economic, compliance with subparagraphs (c) and (d) of article 10° of the said convention in the native communities of the Peruvian Amazon, an area of permanent armed conflict between the Peruvian State and the native communities.

The work consists of six parts. The first explains the legal framework and jurisprudence; the second covers the methodology, and will draw attention to the method and the approach of hypotheses; the third the theoretical framework, the geographical framework and the gathering of information; The fourth on analysis and interpretation; in the fifth set out an analogy with some of the results of the European Union and countries of south America; in the sixth part formulates some conclusions and new perspectives for the future.

KEYWORDS

Social rights, environmental, and economic. Native Communities. Convention on Biological Diversity. Sustainable Development. Convention 169 OIT. Addis Ababa. European Union. Sustainable Use. Biodiversity.

SUMARIO

Marco legal. Del convenio. Concordancia. Marco metodológico. Elección del tema y objeto de estudio. Hipótesis. El marco conceptual y el geográfico. Marco conceptual. Definición operacional. Marco geográfico. La geografía amazónica. Familias etnolingüísticas y grupos étnicos en la Amazonía peruana. Análisis e interpretación. Artículo 10: utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica inciso c). Artículo 10. utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. inciso d). Comprobación del cumplimiento en función de la hipótesis. *Concordancia: programa 21 desarrollo sostenible. Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades.* El convenio 169 OIT. Directrices de Addis Abeba. Analogías. La unión europea: utilización sostenible de la biodiversidad, artículo 10 del convenio incisos a), b), c) y d). A manera de conclusión. Bibliografía.

*Las Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana y el Cumplimiento de los incisos c) y d) del artículo 10 del Convenio sobre Diversidad Biológica. Situaciones análogas en la Unión Europea*²¹⁷.

INTRODUCCIÓN.

En julio del 2010 participé en el curso de los “Derechos sociales, ambientales y económicos: perspectiva internacional, regional y nacional” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Uno de los temas tratados fue acerca del Convenio de la Diversidad Biológica sobre todo el artículo 10, sus incisos “c” y “d” que a la letra dice: “Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

c) Protegerá y alentará, la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;

d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido”.

Como resultado de estas discusiones, es la presente investigación que lo aplico a las comunidades de la amazonia peruana, donde el Estado peruano está interesado en mantener las zonas protegidas de la selva con la finalidad de evitar la explotación de la diversidad biológica allí existente.

²¹⁷El acta que yo entregué a mediados de diciembre/2010. Su nota final (que por cierto es Sobresaliente, muy buen trabajo). Mag. SILVIA CORIA (Directora del curso “Derechos Sociales, Ambientales y Económicas. Perspectiva Internacional, Regional y Nacional”)

Escogí esta zona porque el convenio subraya el papel de las comunidades locales y poblaciones indígenas en materia de conservación de la biodiversidad. En efecto, estas poblaciones dependen estrecha y tradicionalmente de los recursos biológicos en los que se basan sus tradiciones; son las más vulnerable del país, donde la población nativa mantiene aún sus costumbres ancestrales, su cosmovisión propia y su relación con la tierra y la naturaleza forma parte de su vida cotidiana; a pesar de ello, muchas comunidades están orientando su producción hacia el mercado, pasando de una economía de autosuficiencia con una producción familiar a una mixta, en la que se produce para el consumo doméstico pero también para el mercado.

La conservación y la explotación sostenible de la diversidad biológica son indispensables para alcanzar un desarrollo sostenible, así como los objetivos del milenio para el desarrollo relativo a la pobreza, la salud y el medio ambiente. En la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible de Johannesburgo, fue reconocido como el instrumento principal en esta materia, donde los Jefes de Estado allí reunidos, se pusieron de acuerdo sobre la necesidad de reducir el índice de pérdida de la diversidad biológica de forma significativa y el Consejo Europeo de Gotemburgo adoptó el objetivo de detener la pérdida de diversidad biológica para el 2010, responsabilizando a los Estados su conservación y la utilización sostenible.

La información y los conocimientos sobre la diversidad biológica son todavía insuficientes; para mantenerla, resulta necesario desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales con el objeto de lograr un entendimiento básico que permita planificar y aplicar las medidas adecuadas. Su conservación, la utilización sostenible de sus componentes y el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos a través del acceso adecuado.

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional; el convenio recomienda el fomento de la conciencia pública y la propagación a través de medios de información así como la inclusión de estos temas en los programas educativos sobre la importancia de la conservación de la diversidad biológica.

Finalmente hago una analogía con la forma en que la Unión Europea está dando el tratamiento al artículo pertinente y ésta cubre un área geográfica muy vasta y diversa, que alberga numerosos tipos de ecosistemas y especies. Sin embargo, la diversidad biológica se encuentra amenazada a todo lo largo y ancho de la UE. Según la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) y otras organizaciones, el tamaño de los hábitats sigue disminuyendo y están cada vez más fragmentados en forma similar con lo que ocurre en las comunidades nativas de la Amazonía peruana. Estos paradigmas hay que tenerlos presente a fin de fomentar políticas de desarrollo y conservación de la biodiversidad en la tierra.

I.- MARCO LEGAL.

1.1.- DEL CONVENIO:

“Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

Inciso c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;

Inciso d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido”;

1.2.- CONCORDANCIA:

PROGRAMA 21 DESARROLLO SOSTENIBLE:

- “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones Indígenas y sus comunidades”.

II.- MARCO METODOLÓGICO.

2.1.- Elección del tema y objeto de estudio.

En uno de los documentos entregados a los participantes en el Curso “*Derechos Sociales, Ambientales y Económicos. Perspectiva Internacional, Regional y Nacional*”, titulado “*Carta a la tierra*”²¹⁸, el segundo principio, me llamó poderosamente la atención que a la letra dice:

“5. Proteger y restaurar la integridad de los sistemas ecológicos de la Tierra, con especial preocupación por la diversidad biológica y los procesos naturales que sustentan la vida.

a. Adoptar, a todo nivel, planes de desarrollo sostenible y regulaciones que permitan incluir la conservación y la rehabilitación ambientales, como parte integral de todas las iniciativas de desarrollo.

b. Establecer y salvaguardar reservas viables para la naturaleza y la biosfera, incluyendo tierras silvestres y áreas marinas, de modo que tiendan a proteger los sistemas de soporte a la vida de la Tierra, para mantener la biodiversidad y preservar nuestra herencia natural.

c. Promover la recuperación de especies y ecosistemas en peligro.

d. Controlar y erradicar los organismos exógenos o genéticamente modificados, que sean dañinos para las especies autóctonas y el medio ambiente; y además, prevenir la introducción de tales organismos dañinos.

²¹⁸Entre las muchas recomendaciones incluidas en Nuestro Futuro Común (1987) —informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CMMAD)— se encontraba la iniciativa para crear una “Declaración Universal sobre la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible” en la forma de una “nueva Carta” cuyos principios guiaran a las naciones en la transición hacia el desarrollo sostenible. Basándose en esta recomendación, Maurice F. Strong, Secretario General de la Cumbre de la Tierra (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992), propuso que se redactara y se adoptara la Carta de la Tierra mientras se desarrollaba dicha Cumbre. Durante el proceso preparatorio de la misma se celebraron consultas intergubernamentales sobre la Carta de la Tierra, pero no se logró un acuerdo intergubernamental con respecto a sus principios. La “Declaración de Río” que promulgara la Cumbre contuvo una valiosa serie de principios pero no satisfizo el aspecto de la visión ética inclusiva que mucha gente había esperado encontrar en la Carta de la Tierra.

- e. Manejar el uso de recursos renovables como el agua, la tierra, los productos forestales y la vida marina, de manera que no se excedan las posibilidades de regeneración y se proteja la salud de los ecosistemas.
- f. Manejar la extracción y el uso de los recursos no renovables, tales como minerales y combustibles fósiles, de forma que se minimice su agotamiento y no se causen serios daños ambientales”.

El inciso a) no solo recomienda, sino que *ordena* elaborar planes de desarrollo *sostenible* a fin de llevar a cabo las regulaciones que permitan incluir la conservación y la rehabilitación ambientales como parte integrante de todas las iniciativas de desarrollo. Desde esta perspectiva, se deja de lado, toda forma de conceptualizar el desarrollo, como las definiciones iniciales que establecían las diferencias entre países desarrollados y subdesarrollados medidos según el grado de crecimiento únicamente, Las definiciones de Rostow²¹⁹ por ejemplo ya pasaron a la historia.

Por otro lado, el inciso b) señala con mucha claridad salvaguardar las reservas viables para la naturaleza y biosfera [...] para mantener la biodiversidad. Lo que ordena este inciso es que debemos tener mucho tacto en hacer un uso exclusivo, sino, inclusivo de las reservas, teniendo en cuenta los que habitan en estas áreas que se vienen depredando continuamente.

²¹⁹ROSTOW, Walter whitman (1980)*Las Etapas del crecimiento económico*. México, F.C.E. Desarrolla un modelo de crecimiento estructurado en etapas, desde el estado original de subdesarrollo que considera a la sociedad tradicional, a la etapa de consumo en masa. Este modelo de crecimiento económico es una de las claves de la llamada Teoría del desarrollo. *Primera etapa sociedad tradicional*. La economía de este período se caracteriza por una actividad de subsistencia, donde la totalidad de la producción está destinada al consumo de los productores, más que para el comercio. Este comercio a pequeña escala se desarrolla gracias a sistemas de intercambio de mercancías y bienes, a modo de trueques, en una sociedad donde la agricultura es la industria más importante. La mano de obra empleada contrasta con la escasa cantidad de capital invertido, a la vez que la localización de los productos está firmemente determinada por los métodos tradicionales de producción. *Segunda etapa de transición (condiciones previas para el “despegue económico”)* El incremento de la especialización en el trabajo genera excedentes para el comercio, a la vez que emerge una incipiente infraestructura de transportes para propiciar las relaciones comerciales. Por otra parte, los ingresos hacen que el ahorro y la inversión crezcan, facilitando la aparición de nuevos empresarios. Asimismo, se dan relaciones comerciales con el exterior que se concentran fundamentalmente en productos primarios básicos. *Tercera etapa el despegue económico*. Aumentala industrialización, con un número cada vez mayor de trabajadores que se desplazan de la agricultura a la industria. No obstante, este crecimiento se concentra en ciertas regiones del citado país y en una o dos industrias manufactureras; mientras, el nivel de inversión alcanza el 10% del PIB. Las transiciones económicas están acompañadas por la evolución de nuevas instituciones políticas y sociales que respaldaban la industrialización. El crecimiento es auto-sostenible a la vez que las inversiones conducen a un incremento de los ingresos que genera una mayor cantidad de ahorro para inversiones futuras. *cuarta etapa camino de la madurez* La economía se diversifica en nuevas áreas, gracias a que la innovación tecnológica proporciona un abanico diverso de oportunidades de inversión. Además, la economía produce una gran diversidad de bienes y servicios de los que hay menos dependencia respecto de las importaciones. *Quinta etapa consumo a gran escala* La economía está avanzando hacia el consumo masivo, lo que hace que florezcan industrias duraderas de bienes de consumo. El sector servicios se convierte crecientemente en el área dominante de la economía. De acuerdo con Rostow, el desarrollo requiere una inversión sustancial de capital. Para las economías de los LDC (LowDevelopedCountries), las condiciones necesarias para este crecimiento deberían haber sido creadas en esta etapa, al igual que si se les suministra ayuda o se realiza cualquier inversión extranjera en la tercera etapa, la economía local debería haber alcanzado la segunda etapa, lo que, de haber sido así, debería llevar a un rápido crecimiento. Por el contrario, se critica a Rostow que su modelo fue desarrollado considerando únicamente a las culturas occidentales, sin poder ser aplicable a los LDC's. Asimismo, no detalla las condiciones previas para el crecimiento, a la vez que estas etapas son difícilmente identificables en la realidad según van emergiendo juntas. Así pues, resalta como elemento principal para el crecimiento económico la inversión, no tanto como el desarrollo en un significado amplio.

Estos aspectos me han iluminado para escoger el presente tema, que espero desarrollarlos en cumplimiento de los incisos c) y d) del artículo 10 de la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB).

2.2.-Objeto del estudio

- a. Explicar las formas de conservación de la diversidad biológica en las Comunidades Nativas de la Amazonía peruana mediante los sistemas ancestrales.
- b. Señalar las amenazas de la explotación y sobreexplotación de diferentes especies que forma esta diversidad.
- c. Establecer analogías con otras realidades entre ellas, la Unión Europea y algunos países latinoamericanos.

2.3.- Hipótesis

2.3.1.- Las comunidades nativas de la Amazonía peruana conservan desde tiempos ancestrales su diversidad biológica, haciendo uso adecuado de la flora y fauna para el sustento familiar.

2.3.2.- El concepto de diversidad biológica se sustenta en la conservación de plantas que lo consideran sagradas para el uso de medicina tradicional

2.3.3.- Su territorio es sagrado y forma parte de la vida de la población nativa.

2.3.4.-El Estado no implementa el convenio 169 de la OIT que trae consigo el desarrollo de conflictos sociales.

III.- EL MARCO CONCEPTUAL Y EL GEOGRÁFICO.

3.1.-MARCO CONCEPTUAL

3.1.1.- Del Convenio

Antecedentes

Veamos en primer lugar a manera de diagnóstico, los principales acontecimientos, propuestas, pronunciamientos y fundamentos que dieron origen al convenio. Así, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)²²⁰, en 1987 reconoció la necesidad de incrementar y canalizar los esfuerzos internacionales para proteger la diversidad biológica, creando para ello, un grupo de trabajo para investigar “la conveniencia de elaborar un convenio de carácter general y la forma que podría adoptar con el fin de racionalizar las actividades en curso en esta esfera y abordar otras esferas que correspondan al ámbito de aplicación de dicho convenio” (PNUMA, Decisión del Consejo de Administración 14/26, 1987). La primera reunión del grupo a finales de 1988, concluyó que los convenios existentes trataban cuestiones específicas sobre la conservación de la diversidad biológica, pero que en razón de su marcada especificidad, no respondían adecuadamente a las necesidades de conservación de la diversidad biológica a nivel global.

²²⁰Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA.Fue creado por recomendación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Humanos (Estocolmo - 1972). tiene como misión dirigir y alentar la participación en el cuidado del medio ambiente inspirando, informando y dando a las naciones y a los pueblos los medios para mejorar la calidad de vida sin poner en riesgo las de las futuras generaciones.

Así mismo, en 1990 el grupo de trabajo concluyó que se necesitaba un tratado global sobre conservación de la diversidad biológica. La Unión Internacional para la conservación de la naturaleza, realizó un fundamental aporte a través de propuestas elaboradas por la Comisión de Derecho Ambiental, estas propuestas, junto con las de la FAO y el PNUMA, fueron la base para un primer borrador del Convenio. El proceso formal de negociaciones se inició en febrero de 1991, cuando el grupo de trabajo cambió su denominación a Comité Intergubernamental de Negociación de un Convenio sobre la Diversidad Biológica. La fecha impuesta para la firma del Convenio, la cual debería suceder durante la Convención de las Naciones Unidas del Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), que sirvió como incentivo para el acuerdo final sobre el contenido del Convenio.

Siguiendo con la secuencia, en 1992 se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, aquí se firmaron dos acuerdos jurídicamente vinculantes de gran importancia ambiental: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), que ganó rápidamente una aceptación general, donde más de ciento cincuenta gobiernos, firmaron el documento en el marco de la Cumbre en Río de Janeiro.

Uno de los mayores logros, es su enfoque holístico, integral, al definirla en sus tres dimensiones: genes, ecosistemas y especies. Es *“la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte y, comprende la diversidad dentro de cada especie y de los ecosistemas”*²²¹. Se señalan metas de gran alcance y aborda la cuestión fundamental del futuro de la humanidad, constituyéndose en un hito en el derecho internacional. Reconoce por primera vez, que la conservación de la diversidad biológica, es una preocupación común para la humanidad y forma parte del proceso de desarrollo, el convenio abarca todos los ecosistemas, especies y recursos genéticos respetando la soberanía de las Partes.

Establece nexos entre las medidas tradicionales de conservación y la meta económica de utilizar en forma sostenible los recursos biológicos, sienta principios para la distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes del uso de recursos genéticos, abarca la rápida expansión en el ámbito de la biotecnología, aborda temas de desarrollo y transferencia de tecnologías, la distribución de beneficios y la seguridad de las biotecnologías. Recuerda a los encargados de la toma de decisiones, que los recursos naturales no son infinitos y establece una nueva filosofía para el siglo XXI, es el uso sostenible. Reconoce que los ecosistemas, las especies y los genes deben utilizarse en beneficio de la humanidad, sin afectar la diversidad biológica.

Continuando con el diagnóstico, en el 2002, estos mismos países pactaron frenar la frenética pérdida de especies que sufre el planeta. La fecha fijada era este año, 2010. Sin embargo, la extinción de la fauna y flora mundial sigue siendo un problema que no se ha resuelto y eso es, precisamente, lo que pretende solucionar esta cumbre. Según el último informe de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, que se hizo público en 2009, más de mil cien especies de animales estarían ya extintas y casi diez y siete mil *están en peligro* de desaparecer.

²²¹ Artículo 2 del CDB “términos utilizados”

Los medios de comunicación nos informan que a este ritmo, la tierra se enfrentaría a la sexta gran extinción de la historia en lo que a biodiversidad biológica se refiere, si se tiene en cuenta las pérdidas de fauna y flora. También la ONU presentó una serie de datos nada halagüeños a la hora de implicar a los delegados de los diferentes países, a llegar a un plan estratégico real y posible, para evitar la pérdida de la biodiversidad biológica; así, una de cada ocho especies de aves está a punto de desaparecer, uno de cada tres anfibios se encuentra en peligro de extinción y lo mismo pasa, aunque en diferentes proporciones con los mamíferos.

La revista Science²²², analizó la situación de 25.780 especies de la “lista roja” de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) de especies amenazadas, para investigar la situación de los vertebrados del mundo (mamíferos, aves, anfibios, reptiles y peces). Los resultados muestran que, en promedio, cincuenta y dos especies de mamíferos, aves y anfibios se acercan cada año a la extinción debido a los impactos de la expansión agrícola, como la tala, sobreexplotación y las invasiones de especies exóticas.

Estos son sólo algunos ejemplos de una problemática mundial que debe controlarse urgentemente. Entre las causas que provocan este desastre ecológico, se encuentra la sobreexplotación de recursos, la contaminación, la modificación de los hábitats y el cambio climático. Este último, la humanidad lo viene soportando con mayor fuerza, así nos informan los medios de comunicación social, la desglaciación y la pérdida de ingentes recursos forestales y de fauna silvestre son evidentes a medida que pasan los años.

3.1.2.-Del preámbulo del convenio

El preámbulo señala entre otros: *“Los países miembros conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes [...] de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biósfera, afirman que la conservación de la diversidad biológica, es interés común de toda la humanidad, que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos, por tanto, son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos”*.

“Preocupados por la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas [...] conscientes de la general falta de información y conocimientos sobre la diversidad biológica y de la urgente necesidad de desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales para lograr un entendimiento básico que permita planificar y aplicar las medidas adecuadas [...] observando que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica; que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

²²²Revista especializada de mayor circulación. Es una revista científica y órgano de expresión de la AAAS (American Association for the Advancement of Science: Asociación Estadounidense para el Avance de la Ciencia).

Es muy clara la preocupación mostrada por los presidentes y jefes de Estado al hacer un balance y diagnóstico de la diversidad biológica, si se continúa con la constante depredación de los mismos, las generaciones futuras estarán desamparadas; de allí que señalan con meridiana claridad los objetivos que han de perseguir como: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, del acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes. Teniendo en cuenta todos los derechos sobre los recursos y las tecnologías, así como mediante una financiación apropiada, se pueden cumplir los objetivos señalados.

No dudamos del derecho soberano que tienen los Estados sobre sus recursos, sin embargo, estos mismos lo vienen depredando en función de una mayor captación de ingresos con la finalidad de cumplir con sus gastos públicos. Muchos no han tomado las medidas necesarias a fin de evitar la depredación de dichos recursos, como la minería por ejemplo, que ha cambiado el hábitat, no solo de los seres humanos, sino también de muchas especies. En el caso de las comunidades nativas de la amazonia peruana, la explotación del petróleo, amenaza permanentemente la extinción de muchas especies naturales, contaminan las aguas de los ríos y empobrecen a los miembros de las comunidades nativas.

Este derecho soberano del Estado, debe ser compartido con las poblaciones existentes en estas áreas. Revisando la historia, fue el Estado el que a través de los gobiernos, fueron los agentes que incentivaron dicha depredación. Nunca es tarde. Los gobiernos ahora, tienen la responsabilidad de hacer cumplir este convenio.

3.1.3.- Definición operacional

En el marco conceptual y siguiendo los lineamientos de la Convención de la Diversidad Biológica firmada por los Estados miembros y, con la finalidad de aclarar los conceptos, se hace la siguiente definición operacional tomada del mismo texto:

Área protegida. Es el área definida geográficamente que ha sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

Condiciones *in situ*. En que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitats naturales y, en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Conservación *ex situ*. Se entiende la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales.

Conservación *in situ*. Se entiende la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Diversidad biológica. Es la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Ecosistema. Es un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

Especie domesticada o cultivada. Especie en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades.

Hábitat. Es el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o una población.

Material genético. Es todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.

Organización de integración económica regional. Es una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencias en los asuntos regidos por el presente Convenio y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o adherirse a él.

País de origen de recursos genéticos. Es el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in situ*.

País que aporta recursos genéticos. Es el país que suministra recursos genéticos obtenidos de fuentes *in situ*, incluidas las poblaciones de especies silvestres y domesticadas, o de fuentes *ex situ*, que pueden tener o no su origen en ese país.

Recursos biológicos. Son los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

Recursos genéticos. Es el material genético de valor real o potencial.

Utilización sostenible. Es la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras

3.1.3.- Utilización y depredación de los recursos genéticos de las poblaciones amazónicas

El convenio reconoce la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Desde este punto de vista, el marco conceptual está planteado, sin embargo, es necesario explicitar temas que aún no han sido lo suficientemente desarrollados, como la presión de los mercados en la permanente depredación de la biodiversidad biológica. La aplicación de una economía de libre mercado en condiciones de bajos precios internacionales para los productos tradicionales de origen tropical, acompañado de tendencias crecientes para

los precios de fertilizantes, conducirá inicialmente a un empobrecimiento de los agricultores más pobres explotando tierras marginales. Esto, a su vez, incrementará la presión por deforestación y degradación de la Amazonía.

Este fenómeno podrá extenderse en el tiempo, a menos que la economía, en las áreas más fértiles de la Amazonía y el resto del país, reaccione rápidamente ante las oportunidades y nuevas reglas de juego del modelo económico, generando empleo y oportunidades productivas para los más pobres. Esta reacción será difícil o imposible en el sector agrario si no ocurre una efectiva modernización productiva para reducir costos de producción e incrementar la calidad y si no se abren mercados para nuevos productos de la Amazonía.

Es en el sector de la Amazonía peruana donde se han dado las formas más deplorables de sobreexplotación de la madera, produciéndose la deforestación y explotación de la población nativa, adjunta a ella están las apropiaciones del conocimiento y saberes nativos por laboratorios y empresas transnacionales, que hicieron del conocimiento nacional verdaderos negocios, al patentar no solo la riqueza biológica, sino también sus saberes tradicionales. Debe darse un giro completo a este problema, debería existir una interrelación, un toma y daca, estas empresas farmacéuticas transnacionales deberían ser partícipes de los esfuerzos de preservación y uso de la biodiversidad e invertir en la domesticación de las plantas cuyos productos son hoy de manejo extractivo.

La domesticación es la única forma de convertir estos productos en cultivos estandarizados, maximizando la concentración del producto activo y hacer más confiable y eficiente su producción. Este compromiso implica renunciar parcialmente al lucro potencial de la industria químico-farmacéutica en el corto plazo, para promover la justa distribución de los ingresos entre recolectores y agricultores amazónicos y, por ende, proteger los recursos naturales amazónicos, disminuyendo presiones de pobreza sobre el bosque.

El caso de las plantas medicinales como la "*sangre de grado*" (cicatrizante), "*uña de gato*" (desinflamante), "*ojé*" (antihelmíntico), "*chanca piedra*" (solvente de cálculos renales y hepáticos) y otras, se requerirá un compromiso de las empresas farmacéuticas transnacionales, de sintetizar los productos activos del efecto curativo de cada una de ellas, sólo en casos excepcionales y pagando los "*royalties*" a las sociedades locales dueñas del conocimiento. Esta simbiosis daría lugar al reconocimiento de la riqueza amazónica cuya única propietaria son las comunidades nativas de la selva y se evitaría en esta forma, la depreciación no solo de los suelos, sino también de toda la biodiversidad existente.

Hoy, dichas empresas farmacéuticas gozan de franquicias al patentar y hacerlas suyas la explotación de estas riquezas generando conflictos sociales que se agudiza por la inacción del Estado, agregándose a ello las continuas colonizaciones que se vienen sucediendo, esto, muchas veces propiciadas por algunos organismos no gubernamentales, o por los propios interesados en depredar las riquezas existentes. A menudo se observan "*invasiones*" de grupos a fin de asentarse en los territorios que pertenecen a las comunidades nativas, estos asentamientos, debido a la extensión del territorio de la selva, van formalizándose. Otras veces, se dedican a cultivos ilegales de plantas con fines lucrativos, llegan a depredar parte de estos territorios. De allí surge la necesidad de proteger la biodiversidad.

3.2.- MARCO GEOGRÁFICO

3.2.1.- *La geografía amazónica*

Empecemos por ubicar a las comunidades nativas en el mapa del Perú:

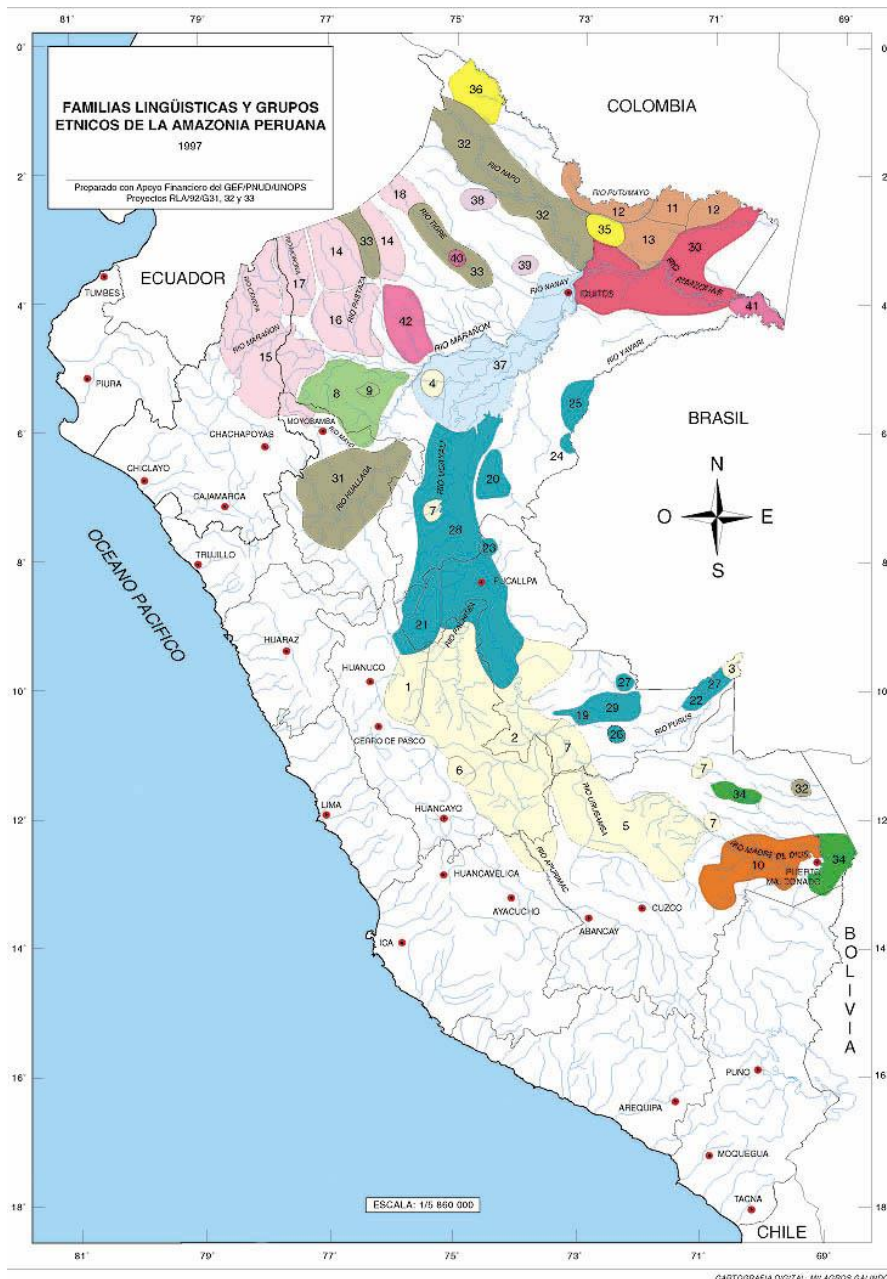
Las Regiones donde están asentadas las Comunidades Nativas son: Loreto, Ucayali, San Martín, Cusco, Madre de Dios, Puno, Junín, Pasco y Ayacucho. La Amazonía peruana tiene diferentes clasificaciones de ecosistemas de acuerdo a criterios usados por diferentes autores. Según el ecólogo peruano Antonio Brack²²³ la Selva Alta se ubica entre los quinientos y mil novecientos msnm al lado oriental tropical y subtropical de la cordillera de los Andes. Tiene un relieve bastante ondulado y con una hidrografía de ríos torrentosos. El clima es cálido y húmedo, con fuertes precipitaciones de noviembre a abril, y una temporada de menos lluvia, de mayo a octubre. La gradiente altitudinal proporciona diversos climas y zonas que forman ecosistemas diferenciados a menor escala y una gran diversidad biológica.

La Selva Baja a gran escala es un ecosistema ubicado entre los noventa y quinientos msnm, presenta un relieve bastante plano con algunas elevaciones, es denominado "*llanura amazónica*" y ocupa la mayor parte del territorio amazónico peruano. Se caracteriza por clima tropical de altas temperaturas y fuertes precipitaciones, fisiografía mayormente llana y abundante vegetación y biodiversidad. A una escala menor, se presenta una gran diversidad o mosaico de ecosistemas originados por procesos geológicos y climáticos.

La Sabana de Palmeras es un ecosistema hidromórfico, con vegetación herbácea, con dominancia de monocotiledóneas, y asociaciones de arbustos, palmeras y árboles dispersos en la periferia. Las especies están adaptadas al drenaje casi total, durante la estación seca mayor de cinco meses, y a las inundaciones por acumulación del agua de lluvias y por efecto de filtración del sistema de vasos comunicantes de los ríos *Heath* y *Palma Real*, durante los períodos de creciente. En el interior se hallan parches o bosquetes de palmas, como pequeños "*aguajales*"²²⁴ *puros* y *mixtos*".

²²³ Hoy Ministro del Ambiente utiliza la división de la selva en: Selva Alta y Selva Baja a la que agrega la Sábana de palmeras.

²²⁴ Denominación local que reciben las formaciones vegetales de zonas inundables en la cuenca amazónica



3.2.2.- La vida en las comunidades nativas, su cultura y ecología

El mundo para los pueblos de la amazonia está centrado en la tierra y el bosque desde una visión holística, su visión del mundo que los rodea está centrado en la realidad que viven, los ríos, las lagunas, los animales, las plantas, las montañas, las cataratas, se materializan y cobran una vida autónoma a través de las costumbres, mitos, leyendas y muchas veces estos elementos son convertidos en dioses y espíritus. La naturaleza convive en estrecha relación armoniosa con el mundo de las personas donde se construyen relaciones de equilibrio que muchas veces conlleva a la mantención y sostenibilidad de los recursos ecológicos; su espacio no tiene límites y no es propiedad de nadie, ya que estos elementos son propios y autónomos.

El hombre en la amazonia ha vivido en estrecha armonía con su medio ambiente. Desde un inicio el hombre amazónico se ha servido de sus recursos ecológicos para sobrevivir en un espacio muchas veces crítico y difícil, de su ecología ha tomado todos los elementos necesarios para alimentarse, protegerse, comunicarse. Aunque la inmersión del pensamiento occidental a través de la globalización, está rompiendo con esta concepción armónica de preservación y sostenibilidad. Los preceptos occidentales son más instrumentalistas y utilitarias que rompen con la racionalidad originaria construida por milenios, donde la estrecha relación entre el hombre con su ecología es el principal factor de sobrevivencia de la cultura y la ecología.

La mayoría de la literatura antropológica escrita sobre esta materia, sostienen que las comunidades nativas en la región, han tenido una adaptación milenaria al medio ambiente, que ha redundado en la acumulación de un acervo inmenso y valioso de conocimientos sobre las formas de utilizar los recursos naturales sin destruirlos; practican la horticultura de tumba, quema. La caza y la pesca constituyen su actividad principal compartiendo el producto de estas actividades al interior de los grupos. De acuerdo con una mitología que establece pautas de manejo de estos recursos, evitan destruir las poblaciones de fauna mediante el uso regulado de las mismas.

Quienes conocemos esta región del país, sabemos que la población nativa, del bosque extraen diversos productos utilizados para la construcción de viviendas; productos vegetales y animales para alimentación; elementos rituales (plumas, tinturas, inciensos, bancos ceremoniales, macanas, *collares*); productos medicinales (*anticonceptivos*, *antiofídicos*) y otros. Aseguran su subsistencia a partir de una utilización sostenida y diversificada de los recursos naturales, fundada en un conocimiento de la distribución espacial y oferta temporal de los mismos. En la medida que todavía conservan rasgos fundamentales de su cultura tradicional, garantizan su supervivencia y la conservación del frágil medio ecológico que habitan. Cada una de las familias posee una chacra que es una porción de terreno destinada a la horticultura de tipo itinerante, y en la cual se cultivan productos de sustento. La economía de subsistencia se incrementa con la recolección de frutos y con presas obtenidas en las actividades de caza y pesca.

3.2.3.- Su cosmovisión²²⁵

Las poblaciones nativas de las comunidades amazónicas conciben el mundo centrado en su territorio, en el bosque, como una totalidad compuesta e interrelacionada por elementos como los ríos, lagunas, animales, plantas, sus territorios sin límites, sus costumbres, mitos, leyendas y su religiosidad. Piensan que la naturaleza es una entidad con la cual hay que establecer relaciones armoniosas, de equilibrio y no de dominación que conduce a alterarla en las formas destructivas propias de los colonos, misiones religiosas, empresarios, gobiernos o el Estado.

²²⁵cosmovisión es la manera de ver e interpretar el mundo. Se trata del conjunto de creencias que permiten analizar y reconocer la realidad a partir de la propia existencia. Puede hablarse de la cosmovisión de una persona, una cultura, una época, etc. Una cosmovisión es integral, abarca aspectos de todos los ámbitos de la vida, como la religión, la moral, la filosofía, la política etc.. Las relaciones sociales, la cultura y la educación, resultan claves a la hora del desarrollo de la cosmovisión individual, en tanto que, los seres humanos son seres sociales y, nadie crece aislado y ajeno al entorno.

Analizando metodológicamente los factores que han alterado la naturaleza y la cultura amazónica, podemos afirmar, que su economía se ha basado en la agricultura, en la horticultura, la recolección, la caza, la pesca. La actividad agrícola es diversa, relativa con “roza, quema”²²⁶, y con barbecho²²⁷. Dicha actividad está dividida en tantas partes y momentos como intervenciones o acciones haya realizado el hombre y la mujer.

Esto no se entiende, si no tomamos en cuenta su concepción de propiedad de la tierra o del territorio, piensa que el territorio es libre, sin límites, no es propiedad de nadie, porque nadie tiene derecho de apropiarse de lo que es de todos. No creen en las delimitaciones territoriales con fines agrícolas. De ahí también que se comprenda por qué no estuvieron de acuerdo con las delimitaciones territoriales y agrícolas que se hicieron como producto de la aplicación de la Ley de Comunidades Nativas, aunque esta concepción está variando en los últimos años.

Conciben el trabajo como una relación dirigida a producir los bienes y servicios que sirvan primordialmente para su subsistencia, y también para el comercio si es que sobra excedente. Esta actividad no se mide y valora solamente por los productos sino también por los procesos, es decir, por todo el conjunto de actividades realizados para obtener los productos.

3.2.4.- La naturaleza, ciencia y tecnología

El centro fundamental de la naturaleza es el territorio que se expresa en el bosque, integrado por el agua, la flora, la fauna, la tierra, el aire. El ser que determina y justifica la existencia del hombre amazónico es el territorio libre, usufructuado solidaria y colectivamente. Los principios fundamentales que regulan el pensamiento amazónico sobre la naturaleza son la totalidad, unidad, diversidad, e integralidad. La noción de territorio indígena es un concepto que intenta acercarse a definir la realidad milenaria de relación entre los pueblos indígenas y su hábitat natural, así como la ineludible necesidad de respetarla a la hora de asegurar el futuro de cualquiera de los dos términos de esa relación, los territorios y los pueblos indígenas se pertenecen, de ahí su identificación con el “territorio”, tal cual ha sido diseñado en el Convenio 069-OIT.

Medicina Herbolaria

Para los grupos indígenas, la conservación de la biodiversidad es asegurar su propia sobrevivencia. Todas las enfermedades propias de la selva son curadas mediante el uso de tratamientos hechos a partir de elementos de la naturaleza, en su mayoría plantas.

²²⁶La agricultura de “roza, tumba y quema”, se relaciona frecuentemente con la degradación del ambiente. El debate se centra en la idoneidad de este sistema dadas las condiciones ambientales. La fertilidad de los suelos es por lo general reducida, lo que hace imposible lograr cosechas abundantes durante largo tiempo sin fertilizar el suelo. La productividad del suelo se recupera dejando descansar por varios años. Sin embargo, en las últimas décadas la superficie destinada a esta forma de explotación ha crecido considerablemente, mientras que los ciclos de descanso se han acortado. Esto no sólo ha impactado negativamente a la producción sino que representa una amenaza al entorno. El uso del fuego para la agricultura es responsable de un importante número de incendios forestales. Resultado de ello, el suelo de la selva se degrada y numerosas especies típicas de la vegetación madura son incapaces de sobrevivir bajo un régimen de incendios constantes.

²²⁷Se denomina barbecho a la técnica por la cual la tierra se deja sin sembrar durante uno o varios ciclos vegetativos, con el propósito de recuperar y almacenar materia orgánica y humedad, a que sus ciclos terminen sin poder volver a renovarse debido a la falta de hospederos disponibles. Antes de volverse a cultivar, generalmente se hace limpieza de ésta quitándole las malas hierbas, espinos, malezas etc.

En diversos estudios etnobotánicos²²⁸ de reconocidos autores²²⁹ se ha encontrado, por ejemplo, que las comunidades *quichuas* ubicados en la vía Hollín-Loreto utilizan 61 especies de plantas con fines medicinales los cofanes de Dureno conocen 292 plantas útiles los *quichuas* en las faldas del volcán Sumaco utilizan 173 plantas los huaorani utilizan 120 plantas los achuar 130 los siona y secoya 224 los quichuas de la cuenca del Río Napo 212 plantas medicinales del pueblo Quichua del Napo.

Autores como Alarcón²³⁰, encontró que la malaria puede ser tratada con hojas de *Verbena littoralis* (*verbena*); el reumatismo y dolores musculares se usan las hojas de hortiga así como de *chini-panga* (*Urera*), para problemas de la piel hay una larga lista de plantas que pueden ser utilizadas, incluyendo la hagapania (*Ossaea*), el tabaco, chiquita payanzo (*Miconia*), por mencionar unas pocas.

Para la cistitis usan la escobilla (*Sidas scandis*), para las caries dentales se lava los dientes con quihui (*Spilanthes paniculata*), para las diarreas el palo de sangre Warscewiczia coccinea, para la holandahuapa o Virola.

La forma como conviven con los distintos elementos de la naturaleza también se basa en el conocimiento que tienen las distintas formas de vida del bosque. Por ejemplo, para las picaduras de hormiga se aplican el látex de *Cyclanthus bipartitus* (*papango*). En caso de mordedura de culebra se toma el tubérculo hervido y molido de *Xanthosoma helleborifolium* (*Machacui-yuyo*). La planta llamada *Chucchuhuatana* del género *Drymonia*, es usado por las mujeres que están dando de lactar para que les aumente la cantidad de leche (Alarcón, 1988).

Regulación jurídica.

Analizando estos conocimientos de las comunidades nativas, es necesario reformular algunos fundamentos de este proceso que transforma y aprisiona los saberes de las comunidades tradicionales bajo la forma de bienes jurídicos. Además de lo anterior, se pretende describir el movimiento sincrónico de dicha transformación, por medio del cual las comunidades tradicionales que crean ese conocimiento y sean reconocidas por el ordenamiento jurídico, al ser definidas como “nuevos sujetos colectivos de derecho”. Los tratados internacionales así lo reconocen.

La regulación jurídica del conocimiento tradicional, transita por la definición simplificadora de nuevos “bienes jurídicos” y, por consiguiente, por el reconocimiento de “nuevos sujetos de derecho”. Una de las preocupaciones de este trabajo, consiste en demostrar, que la definición de lo que son o no bienes para el derecho, constituye una elección arbitraria, determinada por un modelo de sociedad determinado. Al ser vinculadas culturas distintas o, si se prefiere, el “conocimiento tradicional” al concepto abstracto de “bien”, automáticamente se le confiere a aquellas formas de vida, una serie de caracterizaciones jurídicas particulares, que provienen de la noción jurídica de “bien” o también de “cosa”, posibilidad de apropiación. Se genera por tanto, lo que en el campo de la

²²⁸La etnobotánica estudia las relaciones entre los grupos humanos y su entorno vegetal, es decir el uso y aprovechamiento de las plantas en los diferentes espacios culturales y en el tiempo.

²³⁰Shirif, Alberto (2004) *Atlas de las Comunidades Nativas de la Selva*. Lima. Centro de Estudios Amazónicos.

filosofía del derecho toma el nombre de ontología del derecho y que es la materia prima del legislador.

Estos conocimientos tradicionales, tienen una fuerza social gravitante en la población nativa, sus miembros, viven inmersos en estos conocimientos, dado que, forma parte de la vivencia humana traducida en la sabiduría popular, que a su vez, ha sido heredada de sus antepasados. Estos conocimientos, sirvieron de base para que los especialistas en medicina tradicional, obtuvieran resultados en base a la extracción de plantas, raíces y cortezas para producir productos medicinales que se expenden en el mercado.

También, fueron apropiados ilícitamente por agentes externos. Más aún, han sido registrados como si fueran propios. Estos hechos, han sido tenidos en cuenta para que tanto en la Ronda de Uruguay, como en Marraquech fueran debidamente reguladas conforme veremos más adelante.

3.2.5.- Familias etnolingüísticas y grupos étnicos en la Amazonía Peruana²³¹

Pasemos una vista panorámica de algunas comunidades nativas, que, por su importancia nacional, revive el espectro nativo. Para hacer esta somera visión general, se tuvo que recurrir a una frondosa bibliografía existente y proporcionada por ONG, Institutos de Investigaciones amazónicas, así como escritos de Antropólogos especialistas en esta literatura²³². Según los censos nacionales, la población alcanza más de un millón de habitantes; sin embargo, aquí presentamos un grupo de familias de un universo de dos a tres comunidades nativas.

Los Bora

Los indígenas Bora mantienen zonas de bosque permanente, dentro de sus agro ecosistemas. Las zonas con bosques cubren áreas que se inundan estacionalmente y siguen los arroyos que comúnmente separan las chacras. Se conservan debido a las especies útiles que se encuentran en estas zonas bajas, y también porque estas áreas no se consideran buenas para el cultivo de yuca. Las áreas con bosques se cosechan frutos, madera, animales de caza. Ponen mucha atención en los lugares y en el crecimiento de algunos árboles en particular.

²³¹ Instituto del Bien Común (IBC). Viene desarrollando desde 1998 el *Sistema de Información sobre Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana (SICNA)*, cuya información está georreferenciada en el campo y abarca el 80% de las comunidades existentes. El 20% restante de la información sobre comunidades que se incluye en los mapas ha sido georreferenciada en gabinete o aún debe ser verificada en el campo. El número de comunidades y hectáreas tituladas/demarcadas que figura en los cuadros y mapas puede aumentar en el futuro debido a la obtención de nuevos registros en el campo o a la creación y/o titulación de nuevas comunidades. El IBC agradece a las instituciones que han aportado información al SICNA, las cuales figuran en las fuentes y fichas técnicas, así como a las organizaciones indígenas que han colaborado con el levantamiento de información. El IBC ofrece esta publicación como una contribución al desarrollo sostenible de la Amazonía, a la conservación de sus bosques y biodiversidad y al respeto a los territorios y derechos de los pueblos indígenas

²³² Entre las Instituciones del que se obtuvieron la información necesaria están: el Instituto de Bien Común, en coordinación con el Instituto de Recursos Mundiales, crea el Sistema de Información de la Amazonía Peruana (SICNA); Centro Cultural José Pío Aza; servicios en Comunicación Intercultural (Servindi) que presentó el Atlas de Comunidades Nativas de la Selva Central; Adrián Mendoza Ocampo (2001) *Comunidades Nativas: El espíritu Milenario de la Selva, visión etnográfica.*; Libros Andinos, Atlas delas Comunidades Nativas dela Selva Central; Ministerio del Ambiente; Real Instituto Elcano; Cofropi-Perú, Organismo de formalización de la propiedad informal.

Los Machiguenga

Debido al gran territorio que manejan, los Machiguenga tienen más de un cultivo a la vez. Tienen una producción de calorías muy alta, pero el consumo es mucho más bajo lo que les permite una autonomía familiar. El maíz es una prioridad. Se cultiva en campos recién abiertos. Para sembrar hacen huecos con estacas de palma, después del maíz siembran yuca, los que representan el 85% de lo que cultivan. El resto son 18 productos de menor importancia. Por vivir en un ecosistema montañoso, manejan altitudinalmente el terreno. El maíz es más propicio en este tipo de suelos.

Los Amuesha

Las diferencias altitudinales en las que habitan los *Amuesha*, no permiten el manejo del suelo y espacio mediante jardines o parcelas policultivadas porque la heterogeneidad climática, topográfica y de suelos dificulta establecer asociaciones; dividen el territorio según su morfología de donde se desprende la vocación de sus suelos. Cada área tiene una vocación de cultivo y cada familia debe combinar el espacio disponible a lo largo de todo el año para asegurar el suministro de alimentos.

En las tierras bajas tienen árboles maderables. En las tierras altas -bajas cultivan maíz y palmas. En las playas de los ríos cultivan fréjol. En las islas, maíz y *Erythrina*. En los pantanos las palmas aguaje y *Mauritia*. En las tierras de altura con suelos rojos cultivan arroz, yuca y árboles frutales. En áreas con arenas blancas el caucho y de arenas amarilla, el barbasco y balsa. En zonas de suelos negros cultivan maíz y árboles maderables.

Los Chamicuro

La principal actividad para la subsistencia de los chamicuros es la horticultura de roza y quema, y los principales productos son la yuca, plátano, maíz, maní, camote, habas, taro, calabazas y tabaco. La caza y la pesca son también importantes para la subsistencia, y se ha extendido entre las familias de este grupo la crianza de aves y animales menores como fuente complementaria de proteínas. El arroz, el yute, el maní, el maíz, el plátano y la yuca son comercializados por ellos en el poblado de Lagunas o vendidos a los regatones que transitan por la comunidad. Extraen madera de manera individual con fines comerciales y entregan la producción a los patrones.

Los Chayahuita

Ubicado entre los ocho grupos indígenas más importantes desde el punto de vista demográfico, los *Chayahuita* con sus 13 717 personas empadronadas, constituyen 5,72% de la población indígena censada. La información censal revela la existencia de un volumen poblacional para este grupo que supera en más del ciento por ciento las estimaciones demográficas más optimistas que se habían señalado hasta 1978. En la actualidad, la economía de los *Chayahuita* depende de la agricultura de roza y quema, la caza y la pesca. Los principales cultivos de sus huertos son la yuca, el plátano, el maíz, el frijol, el maní, el arroz, la piña, la papaya, el algodón y el tabaco.

Los Harakmbut

Este conjunto *Harakmbut* comprende varios pequeños grupos: *Amarakaeri*, *arasaeri*, *huachipaeri*, *kisamberi*, *pukirieri*, *sapiteri* y *toyoeri*. Ha registrado un total de 1623 personas, que representa únicamente 0,67% del total de la población indígena censada.

Por ser el *Amarakaeri* el grupo demográficamente dominante y conocido en la literatura antropológica bajo esa denominación, se optó por asumir ese nombre para identificar a la población *Harakmbut*. Se encuentran organizados en siete clanes o patrilinajes localizados. La norma ideal de matrimonio es el intercambio de hermanas entre dos clanes, dándose dicha relación de intercambio entre los siete clanes. Así cada clan puede intercambiar mujeres con los seis restantes. Esto guarda coherencia con la terminología de parentesco de tipo dravidio, según la cual son parientes consanguíneos los miembros del propio clan y son parientes afines teóricamente los seis clanes restantes.

Los Huambisa

Los huambisas practican la agricultura de subsistencia, la caza, la pesca y la cría de aves de corral. Este grupo relativamente numeroso y con un alto nivel organizativo se encuentra ubicado en un área de exploración de hidrocarburos y de frontera política en situación de conflicto, y puede considerársele en una situación de media vulnerabilidad.

Los Amahuaca-Yora

Con una población censada de 247 personas, los *Amahuaca* representan apenas 0,10% de la población indígena censada. Se estima una importante omisión en el registro de la población *Amahuaca*, debido probablemente a su nivel de dispersión y aislamiento, sufrieron considerables estragos desde el punto de vista demográfico durante el denominado "*boom*" del caucho, cuando epidemias severas redujeron sensiblemente su población. Por su reducida población, carencia de servicios básicos, particularmente de salud, y exploración petrolera en curso, la situación de este grupo altamente disperso es de alta vulnerabilidad.

Los Cashibo-Cacataibo

En 1993, se censó un total de 1661 personas como integrantes de este grupo indígena, lo que representa 0,69% sobre el total de la población indígena censada. Las estimaciones poblacionales anteriores a este censo, ubicaban entre 1000 y 2250 los límites mínimos y máximos de la población *Cashibo-Cacataibo*.

Esta sociedad se encuentra organizada en grupos patrilineales y patrilocales. La sociedad está dividida en un ámbito de consanguíneos y otro de afines por medio de una terminología de parentesco de tipo dravidia. El modelo ideal de matrimonio es el de casamiento simétrico de primos cruzados, dándose así el intercambio de hermanas entre dos grupos. Así, dos grupos de descendencia intercambian mujeres. Existe la regla de servicio del yerno, quien tras su casamiento deberá permanecer durante el primero a segundo año en la casa de su suegro, tras lo cual la pareja pasa a residir con la familia del esposo.

Los Yagua-Yihamwo

Manténían relaciones asimétricas con los Omaguas de quienes eran servidores domésticos y esclavos. A la llegada de los jesuitas, las misiones se convierten en zonas de refugio para los indígenas perseguidos por los "bandeirantes"²³³ esclavistas. Inicialmente hostiles a las misiones, mayoritariamente pobladas por Omaguas, ante la amenaza de los "bandeirantes", los yaguas finalmente buscaron la protección de los misioneros. Sin embargo, las epidemias que periódicamente se desataban en las reducciones llevaron a mutuas acusaciones de brujería entre los grupos que en ellas habitaban produciéndose guerras.

Están divididas en clanes patrilineales. La regla de residencia post-matrimonial es patrilocal. Los diferentes clanes se encuentran asociados a nombres de aves, de vegetales o de animales terrestres. Estas tres categorías naturales en las que se encuentran agrupados los clanes son, a su vez, organizadas según un modelo de mitades exógamas. Este puede ser de intercambio entre los clanes de las aves por un lado y de los vegetales y animales terrestres por otro.

IV.- Análisis e interpretación

Con la información presentada, en la parte tercera, voy a trabajar con el aspecto metodológico que a partir de aquí, se constituye en la herramienta principal en todo proceso de investigación. En primer lugar analizaré el **inciso c)** del **artículo 10** del Convenio de la Diversidad Biológica (CDB), utilizando los elementos metodológicos formulados, ellos son: el **objeto a)** del estudio y **la hipótesis 2.3.1.-** Esta fórmula es muy importante, puesto que, debe guardar coherencia entre lo que se pretende obtener (objeto del estudio) y lo que se desea demostrar (hipótesis). Además del texto del convenio existen otros documentos muy importantes que han sido suscritos como complementos del mismo, esto enriquece el análisis conforme lo demostraré más adelante; se adjuntará los soportes legales como prueba de la hipótesis y medir de paso, la capacidad de las instituciones de atender a este problema.

4.1.- "Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica". Inciso c):

"Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda":

Inciso c)": Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible".

Sustentos:

Objeto del estudio:

- a. Explicar las formas de conservación de la diversidad biológica en las Comunidades Nativas de la Amazonía peruana mediante los sistemas ancestrales.

Hipótesis.2.3.1.- Las comunidades nativas de la Amazonía peruana conservan desde tiempos ancestrales su diversidad biológica, haciendo uso adecuado de la flora y fauna para el sustento familiar.

²³³ La literatura antropológica hace referencia a los "bandeirantes brasileiros", que se dedicaban al tráfico de esclavos, apresar indios y hallar metales preciosos.

4.1.1.- *Comprobación de la hipótesis. El sustento*

Muchos autores y estudiosos en la materia, han explicado con meridiana claridad el uso sustentable de la diversidad biológica en concordancia con uno de los tres objetivos del Convenio, que lo define como *“la utilización de los componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”*²³⁴. El uso sustentable de la diversidad biológica promueve su conservación, ya que, en muchos casos, ofrece incentivos para la conservación y la restauración por los beneficios sociales, culturales y económicos que la gente obtiene de ese uso.

Por otro lado, es posible hacer uso racional de la diversidad biológica, de los procesos ecológicos, las especies, a fin de que la variedad genética se mantengan por encima de los umbrales necesarios para su viabilidad a largo plazo y que, por consiguiente, todos los administradores y usuarios de estos recursos, tengan el deber de asegurarse que no excede de estas capacidades. Es por tanto, mantener la diversidad biológica en los ecosistemas, o incluso regenerarla ocasionalmente, para garantizar que éstos tengan la capacidad de sostener los servicios ecológicos de los que dependen tanto la diversidad biológica como los seres humanos.

Las prácticas tradicionales del uso de la diversidad biológica de las comunidades nativas de la Amazonía peruana, guardan relación con el conocimiento tradicional y el reconocimiento de la importancia de la biodiversidad conforme hemos visto en el marco geográfico, sustentada también en el principio 12 de las Directrices de Addis Abeba²³⁵ que a la letra dice: *“Principio práctico 12: Las necesidades de las comunidades indígenas y locales que viven de la utilización y la conservación de la diversidad biológica, y que se ven afectadas por éstas, deben reflejarse, junto con sus contribuciones a esta conservación y utilización sostenible, en la participación equitativa en los beneficios que se derivan del uso de esos recursos”*.

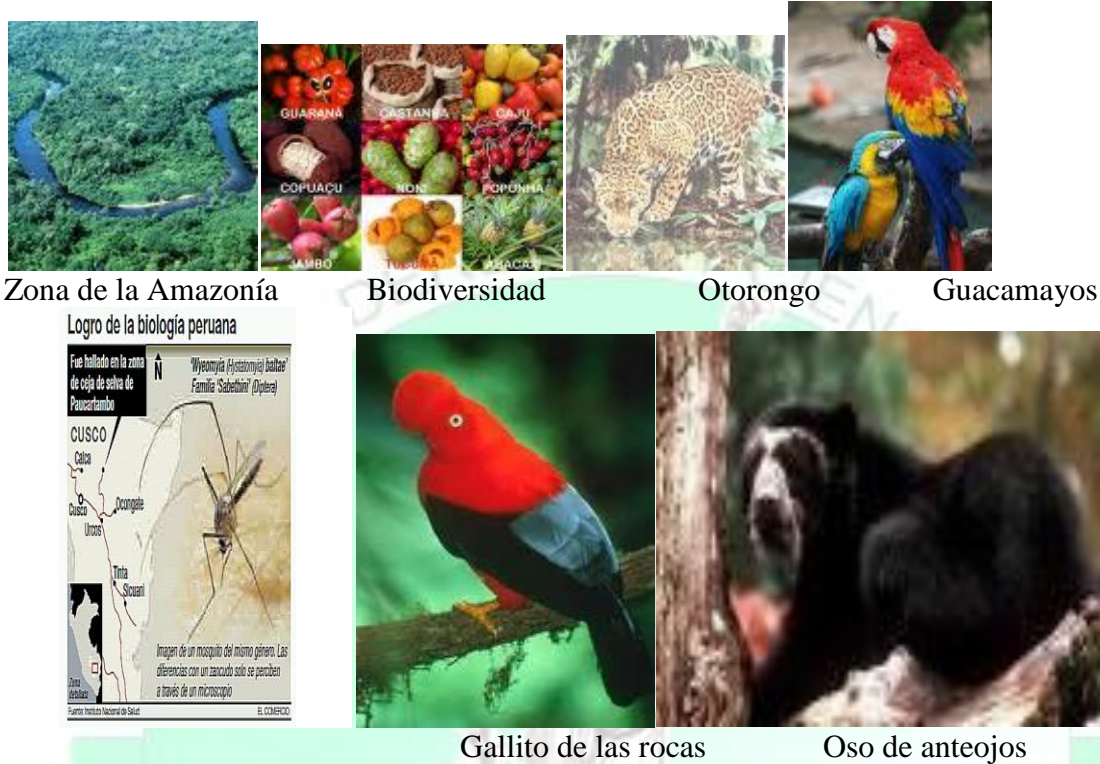
Los motivos que dieron lugar a este principio se señala con frecuencia, son las comunidades indígenas, grupos locales e interesados directos, que asumen costos importantes o se privan de los beneficios del uso potencial de la diversidad biológica a fin de garantizar o mejorar los beneficios que otros acumulan. Muchos recursos (por ejemplo, la madera, la pesca) están excesivamente explotados porque las reglamentaciones se ignoran y no se hacen cumplir; cuando la población local participa como interesada directa, disminuye en general estas explotaciones.

Los regímenes de gestión se mejoran cuando se aplican programas constructivos que benefician a las comunidades locales, como instrucción para capacidades que pueden ofrecer alternativas de ingresos o asistencia en la diversificación de sus capacidades de gestión señalando las directrices operacionales como: *“promover incentivos económicos que garantizarán beneficios adicionales para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos que participan en la gestión de cualquier componente de la diversidad*

²³⁴ Artículo 2 del Convenio de la Diversidad Biológica.

²³⁵ Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), N.U., Y PNUMA (2004) “Principios y Directrices de Addis Abeba para la Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica” Documento, Montreal..

biológica, por ejemplo, oportunidades de empleo para la gente local, igual distribución de los ingresos entre los habitantes locales, inversionistas y coadministradores foráneos”²³⁶
 Veamos lo que sucede en las Comunidades Nativas de nuestra Amazonía. La biodiversidad es muy rica en esta zona, prestemos atención en las imágenes:



Los ríos de la Amazonía peruana dan una imagen serpenteada que discurren sus aguas al río más grande del mundo –el amazonas – los frondosos árboles ahí existentes, forma parte del pulmón de la humanidad, es muy rica en madera de alta calidad, las que se constituyen en preciosas riquezas para los extractores. En base de la explotación de esta especie, se constituyeron empresas madereras que lo comercializaron tanto al mercado nacional como al internacional. Usurparon la riqueza de las comunidades nativas, éstas, conscientes o inconscientes contribuyeron a su depredación, talándolas para vender a estas empresas, recibiendo como compensación, pagos irrisorios, lo que aumentaba el capital de estas empresas monopólicas. No existían mayor control, de ahí que, gran parte de los bosques con árboles maderables como el pino, cedro, caoba entre otros, se constituyeron como los mejores para la fábrica de todo tipo de muebles.

La fauna silvestre, tal como apreciamos en las imágenes, es diversa, el gallito de las rocas es el ave representativa del Perú. El oso de anteojos, los guacamayos y otras aves, se encuentran en procesos de extinción por la caza furtiva, igual sucede con otras especies como los *paiches* y las *araguanas*, estas últimas la podemos encontrar en los ríos de la selva peruana, muy apreciada la primera por su carne y la segunda por su exportación como peces ornamentales. Por tanto, es urgentes medidas de protección.

²³⁶ Secretaría del Convenio Sobre Diversidad Biológica, op.cit., p. 19.

La Amazonía peruana es muy rica en biodiversidad, es el lugar donde se producen y reproducen toda especie propia de esta zona; sin embargo, la cultura tradicional conforme hemos visto en la primera parte, hace esquivar a dichos procesos. La rutina en la extracción de la madera por parte de empresas dedicada a su comercialización, hace de esta zona, que la variabilidad biológica vaya modificándose, tanto por la presencia de comercializadores de dicho producto, como por otros factores, como la compra de dichas especies a los propios nativos.

La caza es una actividad principal de las comunidades nativas y sirve también para su sustento; sin embargo, ellos saben valorar especies que se encuentran en estado de extinción como el “*gallito de las rocas*” que ha sido considerado por el gobierno como el “*ave representativa*” de la selva peruana, el “*oso de anteojos*” muy cotizado por los depredadores y cazadores furtivos. En lo referente a la agricultura, las comunidades nativas, si bien es cierto que aún mantienen sus prácticas ancestrales, están siendo modificadas por nuevas formas de cultivo con ayuda de organismos nacionales como ONG, misioneros de las iglesias así como por el Estado mediante el asesoramiento de organismos del Ministerio de Agricultura.

En lo referente al conocimiento tradicional que es el saber culturalmente compartido y común a todos los miembros que pertenecen a una misma sociedad, grupo o pueblo, y que permite la aplicación de los recursos del entorno natural de modo directo, compuesto, combinado, derivado o refinado, para la satisfacción de necesidades humanas²³⁷. Las comunidades poseen un conocimiento milenario sobre el uso y manejo de los recursos naturales. La coexistencia de las comunidades indígenas y los bosques tropicales de la región, ha sido claramente documentada, haciendo referencia al manejo de los recursos y a la custodia de los bosques, por las poblaciones indígenas de acuerdo a su cosmovisión.

Sin embargo, estos conocimientos han sido vilmente utilizados por empresas foráneas a la realidad de dichas comunidades, dando lugar a que éstos fueran protegidos por organismos internacionales como la OMPI²³⁸. Antes de analizar este documento, veamos la riqueza de estos conocimientos en la Amazonía peruana²³⁹.

Los conocimientos tradicionales de las plantas y su uso surgen de las personas mayores de la comunidad, los longevos y son los que poseen tradicionalmente estos conocimientos. No es posible realizar un estudio de las plantas sin consultar a los ancianos, es importante que se conserven las culturas tradicionales mediante la educación, para así asegurar la continuidad de la transferencia de los conocimientos tradicionales de una generación a otra en beneficio de la humanidad. Las relaciones colectivas e individuales, los sistemas familiares, las instituciones sociales, la justicia tradicional, la música, bailes, ceremonias, rituales, deportes, idiomas, literatura, mitología, historias, nombres, recursos terrestres, marítimos y aéreos están conectados intrínsecamente a la naturaleza, que revela la relación de los seres humanos con las plantas y animales. Esta relación se extiende al entorno físico y al universo cósmico. Una relación de este tipo se expresa en rituales tradicionales, en

²³⁷ ZAMUDIO, Teodora (2003) Pro Diversitas, a.c.

²³⁸ OMPI (2001). Conocimientos Tradicionales: Necesidades y Expectativas en Materia de Propiedad Intelectual. “Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales”, Ginebra.

²³⁹ Cip (Centro de Documentación, Investigación e Información de los Pueblos Indígenas). Con motivo de su XX aniversario se llevó a cabo en Ginebra Tres días de práctica e intercambio sobre el tema de los saberes tradicionales y los conocimientos científicos para un desarrollo sostenible del que extraemos algunas conclusiones

los que se utilizan, plantas y animales, que se presentan como ofrendas al universo cósmico para conservar la naturaleza al servicio del hombre.

En lo que a conocimiento científico y uso de plantas se refiere, las comunidades indígenas y locales saben diferenciar entre un uso benigno y otro dañino para ellos. Esta habilidad proviene de su capacidad para reconocer los ciclos de vida naturales. La sociedad civil, por tanto, debe estar alerta para evitar que la ciencia y las grandes empresas, no pongan en peligro los ciclos naturales. El conocimiento tradicional es parte de la cultura tradicional, representan un elemento básico del ecosistema. Cuando se pone en peligro o se amenaza la biodiversidad, las plantas se ven afectadas. En algún momento, una destrucción de este tipo destruirá los conocimientos tradicionales y, en última instancia, a la humanidad.

Hoy, la comunidad internacional reconoce el papel y la importancia de los conocimientos tradicionales y de las prácticas de gestión tradicional para lograr un desarrollo sostenido. Algunos instrumentos internacionales, como la Convención sobre Diversidad Biológica (CBD) y la convención Ramsar²⁴⁰ sobre pantanos, han creado un marco para tener en cuenta las prácticas de gestión tradicional y la participación de las comunidades indígenas para la gestión de los recursos.

De conformidad con estos planteamientos, veamos ahora los avances en cuanto a la participación del Estado sobre la protección de dichos recursos:

La protección.Legislación Nacional

En 1999 el gobierno emite la ley N° 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Su artículo 23 reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

La intención del legislador es buena al sostener “el conocimiento informado”, es decir, cualquier forma de apropiación del conocimiento tradicional, sea esta en el tratamiento de plantas medicinales u otras formas, deberían ser consultadas con la población nativa. Esto se hacía con la finalidad de evitar una forma vil de “apropiación” de dichos conocimientos, por agentes externos que se apropiaban ilícitamente, “patentándolos” como si fueran de ellos, esto dio lugar a reclamos y a presentar recursos ante los organismos internacionales a fin de que anulen estas patentes.

²⁴⁰El Convenio de Ramsar, o Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitats de Aves Acuáticas, fue firmado en la ciudad de Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971 y entró en vigor en 1975. Este acuerdo internacional es el único de los modernos convenios en materia de medio ambiente que se centra en un ecosistema específico, los humedales, y aunque en origen su principal objetivo estaba orientado a la conservación y uso racional en relación a las aves acuáticas, actualmente reconoce la importancia de estos ecosistemas como fundamentales en la conservación global y el uso sostenible de la biodiversidad, con importantes funciones y atributos (refugio de diversidad biológica, patrimonio cultural, usos tradicionales).

Por otro lado, su artículo 24 reconoce que los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas, nativas y locales asociados a la diversidad biológica, constituyen “*patrimonio cultural*” de las mismas, por ello, tienen derecho sobre ellos y la facultad de decidir respecto a su utilización.

El término patrimonio cultural, implica la importancia que tiene para el Estado y para las comunidades, los conocimientos producidos por ellos mismos y la importancia que éste tiene en relación con la identidad nacional, su conservación para el futuro de las generaciones, evitando todo tipo de depredación. Por esto se justifica el conjunto de normas que emite el Estado.

En el 2002, el gobierno peruano promulga la ley N° 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. El artículo primero señala: “*El Estado peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos*”.

Más adelante, su artículo 42°.- señala la forma de protección, al sostener que “el pueblo indígena que posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público. Asimismo, estará protegido contra la divulgación sin autorización en caso de que un tercero haya tenido acceso legítimamente al conocimiento colectivo pero con deber de reserva”.

Por tanto, no solo las comunidades nativas de la amazonia peruana preservan su ecología desde tiempos inmemoriales, sino también el Estado ha cumplido con su deber de protegerlos. El espíritu de la norma es bueno. Veamos su cumplimiento.

El cumplimiento

En el Perú existen cuarenta y dos áreas naturales protegidas²⁴¹ que cubren un total aproximado de ciento veinte y siete mil kilómetros cuadrados, lo que corresponde al 4,3% de la superficie del país. De acuerdo a sus objetivos y tamaño, existen tres categorías de áreas naturales: zonas intangibles, zonas de uso controlado y zonas reservadas. Las *zonas intangibles* son aquellas en las que se prohíbe todo uso directo de los recursos y en las que sólo se permite realizar investigación científica y turismo controlado, como parques nacionales, santuarios nacionales y santuarios históricos. Dentro de las *zonas de uso controlado* se encuentran las reservas nacionales, reservas comunales y cotos de caza, y son aquellas áreas en las que se aprovecha la fauna silvestre de manera sostenida, bajo la supervisión del Estado. Por último, las *zonas reservadas*, son aquellas áreas que están temporalmente protegidas mientras se define su categoría de uso más apropiada.

Así mismo, el Estado mediante los organismos descentralizados, ha convenido asegurar su cumplimiento destinando para ello, presupuesto para equipos y personal encargados de su vigilancia; de esta forma, existe –aunque de manera limitada- los policías forestales y los “guarda parques”, este último en la selva, en las llamadas zonas de reservas, tales son los casos de las zonas protegidas de *Güeppí*, que por su extensión, protege a las comunidades de *Kewchas*, *Huitotos* y otras comunidades. También se está organizando a la

²⁴¹ Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur).

población nativa, para que participen en esta tarea. A pesar de ello, resulta insuficiente para cubrir todo el territorio señalado. Los continuos depredadores de maderas y de recursos ictiológicos, se hacen presentes en estos lugares. La norma está dictada, su cumplimiento estricto falta.

Las zonas intangibles, merece especial atención por parte del Estado; el caso de “*Pacaya-Samiria*” que cubre una inmensa región de la selva, hoy se ha convertido en centros de visita turística que benefician a empresas de esta naturaleza, con recursos y beneficios para los nativos de la selva. Sin embargo, la participación de la población en los ingresos por estos rubros, todavía se consideran inalcanzables, por cuanto, las comunidades carecen de la infraestructura necesaria. En este punto, se debe revisar la legislación.

Otro punto discordante, es la presencia de empresas petroleras que han adquirido derechos de exploración y explotación del petróleo y el gas. Los líderes de estas comunidades, no están de acuerdo con su presencia, de ahí que, su organización social y política se manifieste en contra de estos proyectos. Han habido casos ya de enfrentamientos con resultados dolorosos.

La legislación es buena, su cumplimiento es mediatizado por una serie de acciones de los encargados de hacerlo cumplir. Si agregamos a ello la falta de equipamiento y pertrechos, llegamos a la conclusión, que la corrupción es el peor mal que aqueja a la población encargada de hacer cumplir estas normas.

Las zonas de “*uso controlado*” donde se aprovecha la fauna silvestre de forma sostenida, es quizá donde mayor depredación existe todavía, a pesar del control por parte del Estado. Pongo a consideración un solo caso: la depredación del “*paiche*”. Este pez existen en las cochas y ríos que forman parte del territorio de las comunidades nativas, esta especie sufrió un proceso de depredación por parte de empresas hoteleras, la comercialización de este producto se hizo sin discriminación alguna. Los nativos de estas comunidades, al solo hecho de ver la presencia de estos depredadores que llegaban con armas de fuego, se retiraban selva adentro. Para evitar estas acciones de exterminio del *paiche*, ahora la población nativa, se está organizando y controlando su producción.

Toca ahora revisar brevemente las directrices internacionales que sobre la materia ha sido acordado y aceptado por los Estados. Debemos poner especial énfasis en sus objetivos, sobre todo, en lo concerniente a las comunidades nativas de la amazonia. Veamos:

Legislación Internacional: Directrices de Bonn²⁴².

Las directrices están concebidas para ayudar a las Partes en la elaboración de una estrategia general de acceso y distribución de beneficios, la cual puede formar parte de su estrategia y plan de acción nacionales sobre diversidad biológica, en la determinación de las

²⁴² Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica. PNUMA (2002) Canadá. Las directrices identifican los pasos en el proceso de acceso y participación en los beneficios, haciendo hincapié en la obligación de los usuarios de buscar el consentimiento previo de los proveedores. Éstas también identifican los requisitos fundamentales para los términos acordados mutuamente y definen los principales papeles y responsabilidades de los usuarios y proveedores y destacan la importancia de la implicación de todos los interesados. Además, éstas cubren otros elementos tales como incentivos, responsabilidad, medios para la verificación y solución de controversias. Finalmente, ellas enumeran elementos sugeridos para incluir en acuerdos de transferencia material y proporcionan unalista indicativa de beneficios tanto monetarios como no monetarios.

etapas en el proceso de obtener acceso a los recursos genéticos y a la distribución de los beneficios.

Son muchos sus objetivos, lo que interesa al presente estudio son: “promover la transferencia adecuada y efectiva de la tecnología apropiada a las Partes proveedoras, a los interesados y a las comunidades indígenas y locales”; “contribuir a que las Partes desarrollen los mecanismos y los regímenes de acceso y distribución de beneficios en los que se reconozcan y protejan los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, de conformidad con sus leyes nacionales y con los instrumentos internacionales pertinentes”; “contribuir a la mitigación de la pobreza y prestar apoyo a convertir en realidad la seguridad de los alimentos, la salud humana y la integridad cultural”²⁴³.

Correcto, la transferencia de la tecnología adecuada a las comunidades nativas de la Amazonía peruana, es un reto para el Estado. Tradicionalmente, estas comunidades están regidas por formas de vida que han heredado de sus ancestros, cualquier innovación, si bien es cierto podría calar profundamente en ellos, esto tardaría, en cuanto, no existe todavía la infraestructura necesaria ni el personal para que se profundice esta innovación. Queda como un reto, como un hito diseñado para el futuro; sin embargo, algunos gobiernos regionales lo están intentando, sobre todo, en el manejo de los recursos forestales, ictiológicos y de caza.

Existe el compromiso de muchos miembros de las comunidades nativas de participar en seminarios de capacitación a fin de conocer estos procesos de innovación, pero ahí se quedan. No hay un proceso de continuidad, el peor enemigo es la carencia de medios de transporte, donde los ríos, son los únicos que sirven para el traslado de los miembros de estas comunidades. Agregamos a ello, factores externos, como la posible explotación del petróleo y el gas, concesionado por los Estados. He aquí la incertidumbre.

Podemos “mitigar” la pobreza, tal como vemos en uno de los objetivos, si; pero esto no basta, la transferencia debe ser real y equitativa, hay que dar una efectiva participación a la población nativa, evitemos toda forma de explotación, reconozcamos el valor intrínseco de los recursos y de la población como agentes de cambio, valoremos sus formas de transmitir conocimiento y enriquezcamos su calidad de vida y su cultura, partamos por mejorar la educación respetando su conocimiento tradicional, logremos una mayor participación en toda forma de producción, industrialización y comercialización.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Para la Ompi el término “*conocimientos tradicionales*” es uno de varios utilizados para describir en términos generales el mismo objeto. Otros términos en uso incluyen la “*propiedad intelectual y cultural indígena*”, el “*patrimonio indígena*” y los “*derechos de patrimonio de acuerdo con los usos y las costumbres*”. La OMPI utiliza actualmente el término “*conocimientos tradicionales*” para referirse a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico.

²⁴³ Secretaría del CDB. PNUMA (2002) *Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización* p.3.

La expresión “*basadas en la tradición*” se refiere a los sistemas de conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que: se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio, y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno.

“*Conocimientos tradicionales*” es un término que se utiliza únicamente a efectos prácticos. La OMPI reconoce el derecho de los grupos indígenas, las comunidades locales y otros titulares de conocimientos tradicionales a decidir qué constituyen sus propios conocimientos, innovaciones, culturas y prácticas, así como las maneras en que deberían definirse. Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los conocimientos agrícolas; los conocimientos científicos; los conocimientos técnicos; los conocimientos ecológicos; los conocimientos medicinales, incluidos las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las “*expresiones del folclore*” en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles.

Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se derivan de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del “*patrimonio*” en un sentido amplio.

La legislación peruana haciendo eco de los fundamentos de la Ompi, ha creado el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, conocido también como Indecopi, fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868. Es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público, es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger el mercado, de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores. los derechos de propiedad intelectual, desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología. La calidad de los productos. Las demás funciones que se le asignen.

Ahora bien, los casos que hayan presentado ante este organismo regulador respecto a los conocimientos tradicionales de las comunidades nativas de la selva, han sido ínfimos, por cuanto, algunas formas de apropiación ya habían sido patentadas, tal es el caso de la “*uña de gato Schuler*” que se comercializa en los principales mercados, otros productos como la “*sangre de grado*” que también fueron apropiados ilícitamente.

Teniendo en cuenta estas experiencias y en cumplimiento de lo señalado en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, podemos considerar que estos conocimientos producto de la transmisión oral de generación en generación, hoy son tenidos en cuenta y pueden en cualquier momento surtir sus efectos jurídicos. Falta aún una mayor divulgación y precisión de las funciones de este organismo regulador para beneficiar a una mayor población nativa. Por tanto, podemos considerar, que el Estado, está cumpliendo con su función protectora.

4.2.-“Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Inciso d):

“Cada parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:
Inciso d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido”.

Objetivo:

2.3.2.- El concepto de diversidad biológica se sustenta en la conservación de plantas que lo consideran sagradas para el uso de medicina tradicional.

1.2.- Concordancia:

Programa 21 de Desarrollo sostenible:

- “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades”.

4.2.1.- Comprobación del cumplimiento en función de la hipótesis

El Estado como parte contratante del Convenio sobre la Diversidad Biológica, ha emitido un conjunto normativo. El Perú ha firmado y ratificado varios tratados internacionales, comprometiéndose a conservar el medio ambiente y el patrimonio natural y cultural. La Constitución Política del Perú (1993), Capítulo II, De los Tratados, Art. 55, establece que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Estos son:

1. **Tratados, convenciones, convenios y protocolos.** Los principales tratados firmados y ratificados por el Perú, referentes al medio ambiente, los recursos naturales y la conservación del patrimonio natural y cultural son los siguientes:
2. **Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América** (Washington, 1940). Ratificada por el Perú en 1946. Es un compromiso para proteger áreas naturales y especies de flora y fauna.
3. **Convención para el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Extinción** (CITES). Firmada en 1973 y ratificada por el Perú en 1974. Compromete a establecer controles de comercio de productos y especies de flora y fauna amenazadas de extinción.
4. **Acuerdo entre Perú y Brasil para la conservación de la flora y de la fauna de la Amazonía.** Firmado en 1975 y que compromete a los dos países a cooperar en la conservación de la flora y fauna amazónicas.
5. **Tratado de Cooperación Amazónica.** Firmado en 1978 entre 8 países (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela) para cooperar en un desarrollo armónico de la Amazonía.

6. ***Acuerdo entre Perú y Colombia para la conservación de la flora y de la fauna de la Amazonía.*** Firmado en 1979. Establece un compromiso entre ambos países para cooperar en la conservación de la flora y fauna silvestres.
7. ***Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña.*** Firmado entre Perú, Bolivia, Chile y Ecuador en 1979, y adherido por Argentina. Establece las normas y la cooperación entre los cinco países para la conservación y el aprovechamiento de la vicuña y el comercio de sus productos.
8. ***Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural.*** Establecida por la UNESCO en 1972 y ratificada por el Perú en 1981. Establece un compromiso mundial para proteger el patrimonio cultural y natural del mundo y de los países.
9. ***Convenio sobre Diversidad Biológica.*** Firmado en Río de Janeiro en 1992 y ratificado en 1993, establece los compromisos mundiales y nacionales referentes a la identificación y monitoreo de la biodiversidad; la conservación in situ (áreas protegidas, introducción de especies foráneas, mantención y protección los conocimientos de las poblaciones locales) y ex situ (colecciones biológicas y bancos genéticos); el uso sostenible de los componentes de la biodiversidad; la investigación, capacitación, educación y conciencia públicas; el control y minimización de impactos negativos; el acceso a los recursos genéticos y a la tecnología; el intercambio de información y cooperación entre los países desarrollados y en desarrollo para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad.

4.2.2.- CONCORDANCIA: Programa 21 Desarrollo sostenible. “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades”.

Si bien es cierto que la legislación existe, su implementación en muchos casos dejan mucho que desear. El propio Estado se convierte en un animador del incumplimiento, así sucede con un conjunto de Decretos Legislativos emitidos en ocasión de aprobar el tratado de libre comercio con los Estados Unidos produciéndose enfrentamientos entre la población nativa y la policía nacional, hecho conocido como “el baguazo”.

El gobierno emitió el Decreto Legislativo N° 1015 “*que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con las de la costa para mejorar su producción y competitividad agropecuaria*”, con el que se pretende vender las tierras de las comunidades al mejor postor, bastando que una minoría de comuneros, bajo la forma de “*no menos del 50% de los asistentes a la asamblea*”, puedan decidir sobre la propiedad de su comunidad. La norma deroga el artículo 11 de la Ley 26505, que establece el requisito del voto favorable de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad, para disponer de las tierras comunales en sierra y selva. Ahora, basta que un grupo mínimo de comuneros decidan venderlas para que las comunidades pierdan sus tierras, facilitando a que tan solo un treinta o cuarenta por ciento de los comuneros decidan la venta de las tierras de la comunidad o “ayllu” a una corporación minera, o a una empresa petrolera o urbanizadora según sean los casos.

La norma en mención vulnera la Constitución política en sus artículos 88° y 89° que establece que el Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. El 89° dice a la letra: “*Las comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en*

su organización, en el trabajo y en el uso y la libre disposición de su tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Lo que se pone en tela de juicio es la imprescriptibilidad de su territorio, la vulneración, por tanto es flagrante. Estos desencuentros de los gobiernos de la década de los ochenta y noventa han sido frecuentes, tanto por su autoritarismo como por la poca atención o descuido a dichas poblaciones.

En términos generales, los acuerdos adoptados y los pactos y tratados internacionales adoptados por el Perú son buenos y para su cabal cumplimiento, dejemos a los sucesivos gobiernos a fin de que sea una realidad efectiva.

4.2.3.- El convenio 169 OIT

En el marco de los derechos humanos, la Organización Internacional del Trabajo aprobó dicho convenio con la finalidad de que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o se coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio²⁴⁴.

De conformidad con este dispositivo del cual el Estado peruano es parte y lo reconoce, y al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otras índoles responsables de políticas y programas que les conciernan²⁴⁵.

Varias ONGS han cuestionado el controvertido DL 1015, sostienen que “es sumamente peligrosa” pues convulsiona la paz en el país al pretender individualizar a los campesinos y nativos y que los hacen presa fácil de la voracidad de quienes pretendan arrebatarles sus tierras, vulnerando sus derechos. Otros han dejado deslizar que las tierras solo serán vendidas por la fuerza. Los efectos no se dejaron esperar.

A los tres días de publicada este Decreto Legislativo, las organizaciones indígenas convocaron una conferencia de prensa en el local de la Confederación Nacional Agraria (CNA). La coalición indígena integrada por la Confederación Campesina del Perú (CCP), la Confederación Nacional Agraria (FNA), la Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI) y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), han dicho que se encuentran en estado de emergencia, por tanto,

²⁴⁴ Artículo 3 del Convenio.

²⁴⁵ Artículo 6 del convenio.

han acordado realizar una serie de acciones de protesta desatándose así el conflicto social con nefastas consecuencias.

Los problemas no han sido solucionados pacíficamente y se mantienen latentes, el goce pleno de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación, son tenidas en cuenta, pero carece de implementación. El convenio 169-OIT es muy claro, debe existir un organismo del Estado que implemente la “consulta previa” para todos los efectos del trato en cuanto a la utilización de los recursos naturales. A nivel del gobierno se están formulando proyectos de propuestas, sin llegar a su materialización.

Lo más importante en estos casos, es difundir los alcances del convenio citado, que desde mi punto de vista, marca un hito en la historia y en la vida de los pueblos originarios en todas sus formas. En lo que respecta a las formas de administrar justicia, son estos pueblos que lo hacen en forma correcta, respetando el debido proceso comunal, dando oportunidad a que, el juzgado, tenga el derecho de su defensa. Este constituye, la fuente del derecho. Por su puesto, la paz en las comunidades nativas es el reino de ellos, los problemas jurídicos, son pasajeros.

4.2.4.-Directrices de Addis Abeba²⁴⁶

El ejecutivo al no tener en cuenta el convenio 169 al momento de emitir la legislación sobre la disponibilidad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, tal como lo vimos anteriormente, tampoco lo tuvo con el principio doce de las directrices y principios de Addis Abeba, por cuanto con frecuencia, las comunidades indígenas y locales y los interesados locales directos, asumen costos importantes o se privan de los beneficios del uso potencial de la diversidad biológica a fin de garantizar o mejorar los beneficios que otros acumulan.

Muchos recursos (por ejemplo, la madera, la pesca) están excesivamente explotados porque las reglamentaciones se ignoran y no se hacen cumplir. Cuando la gente local participa como interesada directa disminuyen, en general, los regímenes de gestión se mejoran cuando se aplican programas constructivos que benefician a las comunidades locales, como instrucción para capacidades que pueden ofrecer alternativas de ingresos o asistencia en la diversificación de sus capacidades de gestión. Las recomendaciones de las directrices deben ser tenidas en cuenta en todo momento al tomar decisiones que afecten directa o indirectamente a dichas comunidades, por lo que el gobierno antes de tomar esta decisión, debería asesorarse por la secretaría ejecutiva de la oficina de Addis Abbeba.

²⁴⁶Los Principios y Directrices de Addis Abeba para la utilización sostenible de la diversidad biológica prestan asistencia a los gobiernos, a las comunidades indígenas y locales, a los administradores de los recursos, al sector privado y a otros interesados directos proporcionándoles la forma de asegurar que los usos que hagan de la diversidad biológica no llevarán a su declive a largo plazo. Los catorce principios por su mutua dependencia deberían ser considerados conjuntamente. Los principios son de pertinencia general. Su aplicación dependerá consiguientemente de la diversidad biológica que esté siendo considerada, de las condiciones reinantes, y del contexto institucional y cultural en el que tiene lugar su utilización.

5.- Analogías

5.1.- La Unión Europea: utilización sostenible de la biodiversidad. Artículo 10 del convenio incisos a), b), c) y d).

Los incisos a), b), c) y d) del artículo 10 del Convenio, son tenidos muy en cuenta por los países de la Unión Europea (veinte y siete integrantes). Revisando la literatura correspondiente al Convenio de la Diversidad Biológica respecto a la Unión Europea, se llega a comprobar que ésta cubre un área geográfica muy vasta y diversa, que alberga numerosos tipos de ecosistemas y especies. Sin embargo, la diversidad biológica se encuentra amenazada a todo lo largo y ancho de la Unión Europea. Según la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) y otras organizaciones, el tamaño de los hábitats sigue disminuyendo y están cada vez más fragmentados en forma similar con lo que ocurre en las comunidades nativas de la Amazonía peruana.

Como resultado, los servicios de los ecosistemas se están deteriorando y muchas especies autóctonas se encuentran amenazadas. Por ejemplo²⁴⁷, Europa ya ha perdido aproximadamente la mitad de sus humedales, (previsto en el convenio Ramsar), así como amplias zonas de pastizales. Se calcula que cerca del cuarenta por ciento de los mamíferos europeos están en peligro, entre ellos el zorro ártico, ardillas autóctonas, delfines y focas, y algunos de ellos, como el lince ibérico están al borde de la extinción. Asimismo, casi el cuarenta por ciento de las aves y el cuarenta y cinco por ciento de las mariposas, junto con muchas especies de reptiles y anfibios de Europa, están en situación de riesgo. Gran número de plantas autóctonas se han vuelto raras o se encuentran amenazadas.

Tanto el Convenio de Diversidad Biológica como la estrategia europea de biodiversidad, reconocen que las personas, son parte de la naturaleza y que los recursos biológicos deben utilizarse de forma sostenible. No obstante, es urgente que se pongan en marcha políticas y medidas legislativas para garantizar una explotación de los recursos biológicos que no ponga en peligro su viabilidad a largo plazo ni la supervivencia de otras especies. En la UE ya se han producido importantes avances en la armonización de las prácticas agrícolas, pesqueras y forestales, en línea con el artículo 10 del convenio de diversidad biológica²⁴⁸.

Las prácticas agrícolas inapropiadas han provocado la reducción de la diversidad biológica tanto en las tierras de cultivo como en sus alrededores. Las poblaciones de ciertas especies de aves de estas áreas han disminuido en las últimas décadas. Por ello, el objetivo del Plan de acción sobre biodiversidad en la agricultura es reducir el impacto medioambiental de las actividades agropecuarias.

Muchos de los hábitats ricos en biodiversidad que necesitan medidas de conservación están situados en terrenos dedicados a la agricultura o en sus proximidades. Por ello, estos

²⁴⁷Convenio sobre la Diversidad Biológica. *Aplicación en la Unión Europea*. Hay que esforzarse más para cumplir los objetivos de 2010.

²⁴⁸Los acuerdos internacionales sobre medio ambiente, como el Convenio sobre la diversidad biológica (CDB), son ratificados por la Comunidad Europea (CE) —que es una organización de integración económica regional con personalidad jurídica— y por sus Estados miembros. Conjuntamente, la CE y sus Estados miembros forman la entidad política denominada Unión Europea. La mayoría de las normas de la UE deben ser aprobadas por el Consejo de Ministros, que representa a los gobiernos de los 27 Estados miembros, y por el Parlamento Europeo, cuyos 785 miembros son elegidos directamente por los ciudadanos europeos.

hábitats requieren, para su mantenimiento, una gestión apropiada. Con su Política de Desarrollo Rural, la UE quiere reducir los efectos negativos que la agricultura causa al medio ambiente y, a la vez, conciliar las necesidades del sector agrícola con los objetivos del convenio de diversidad biológica. Para alcanzar esta meta, se han puesto en marcha una serie de medidas agromedioambientales, cuyo fin es impulsar a los agricultores a proteger y mejorar el entorno y la biodiversidad mediante métodos que van más allá de las buenas prácticas agropecuarias tradicionales.

Las actividades humanas han aumentado las amenazas sobre los ecosistemas marinos y costeros, y sobre las aguas continentales. La preocupación por la biodiversidad debe, por tanto, estar presente en la gestión de los recursos marinos, el agua y la pesca. Así pues, con la Estrategia europea para la biodiversidad se presentaron unos ambiciosos objetivos para el sector pesquero y, a su vez, mediante el Plan de acción sobre biodiversidad en la pesca, adoptado en 2001, se hicieron varias recomendaciones específicas para proteger la biodiversidad frente al impacto de la pesca marina y la acuicultura. Adoptado en 2002, el Plan de acción para integrar la protección medioambiental, contiene unos principios guía.

Unas medidas de gestión y un programa de trabajo destinado a introducir gradualmente un enfoque ecológico en el sector pesquero y a limitar el impacto medio ambiental de la Política Pesquera Común. Los bosques cubren aproximadamente un tercio de las tierras del planeta y albergan la inmensa mayoría de la biodiversidad terrestre. Por ello, la deforestación y la degradación de las zonas forestales reducen gravemente la diversidad biológica. Se necesita, evidentemente, una acción internacional y regional que coordine a su vez todas las actividades nacionales para promover la gestión sostenible de los bosques y la conservación de la biodiversidad. La UE, aparte de impulsar la puesta en práctica del programa de trabajo ampliado del CDB sobre biodiversidad forestal, apoya también otras iniciativas internacionales para la conservación de la diversidad biológica. Sirve como ejemplo su participación en el Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques; además, la Unión Europea es miembro del Convenio internacional de las maderas tropicales.

La Unión Europea toma en serio el convenio, los organismos encargados de velar por su cumplimiento, parten del seno mismo de dicha unión, es la asamblea general la que toma en última instancia la palabra final; a ello hay que agregar, que las poblaciones nativas son poco numerosas comparadas en las naciones sudamericanas por ejemplo y ni hablar de las comunidades nativas de la Amazonía peruana.

Crean sus propias instancias, la depredación de las especies marinas por ejemplo, a la que hacen referencia sus informes, son propias de las actividades pesqueras de empresas balleneras por ejemplo. En nuestra selva no existen estas especies, solo peces de diversos tamaños, que son depredados por pescadores artesanales y otros provenientes de países vecinos. Son realidades distintas, pero el problema es uno solo.

A manera de conclusión.

El cumplimiento de los incisos c) y d) del artículo 10 del Convenio sobre la Diversidad Biológica en las Comunidades Nativas de la Amazonía peruana, se está cumpliendo gracias a la energía puesta por los miembros de dichas comunidades. Se observa un permanente deterioro de los bienes como las tierras, los bosques, así como la apropiación de su conocimiento tradicional, a pesar de que el gobierno ha emitido un conjunto de normas a fin de evitar su depredación.

Se observa que existe hoy una contradicción entre las normas emitidas por el gobierno a fin de proteger toda la biodiversidad en estas áreas con los Decretos Legislativos para acelerar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos que exige el cumplimiento de las normas internacionales, sin embargo, son ellos los que no han firmado los convenios y tratados como el de los Derechos Humanos del que los EU no forma parte. Esta es otra contradicción flagrante. Estos hechos, dan lugar a conflictos entre las poblaciones de las Comunidades Nativas con el gobierno.

La situación de depredación de la biodiversidad es similar en la Unión Europea, con la diferencia que ellos han elaborado planes de contingencia a fin evitar su aniquilamiento. Sus normas obligan a todos sus miembros por igual para que su cumplimiento se dé en los plazos fijados de antemano.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldecoa, F. (2002) *La Integración Europea: Análisis Histórico Intercultural*. Madrid: Tecnos.
- BARCLAY, F., BURGA, E., SMITH, R., CHICCHON, A., CHIRIF, A., HUERTAS., B., IVICHE, A. y, SHEPARD, G.(2003). *Los pueblos amazónicos y las reservas indígenas: Santuarios Nacionales del Perú*. Tomo 7. Lima: PEISA SAC.
- BIODAMAZ,(2004). *Sistema de Información de la Diversidad Biológica y Ambiental de la Amazonía Peruana* Iquitos Perú. 77 p.
- BIODAMAZ, (2004). *Macrounidades Ambientales en la Amazonía Peruana con Énfasis en la Selva Baja: Primera Aproximación a manera de hipótesis de trabajo*. Iquitos: Documento técnico N° 13IIAP.
- BIODAMAZ. (2001). *Estrategia Regional de la Diversidad Biológica Amazónica. Documento Técnico* Iquitos: IIAP.
- BLANCO, L. (1986). *Diagnóstico de la Actividad Forestal del Departamento de Ucayali*. Lima.
- BRAKO, L.. y, ZARUCHI, J. (1993). *Catálogo de Angiospermas y Gimnospermas del Perú*. . Missouri: Botanical Garden.
- CAMARA NACIONAL FORESTAL. (2004). *El potencial maderero de Ucayali y la tala ilegal*. Pucallpa: Foros Regionales.
- CONAM.(2001). *Informe Nacional sobre Diversidad Biológica*. Lima, Primera edición.
- CONAM.(2001). *Informe Nacional del Estado del Ambiente*. Lima: Publicación digital.
- CONAM.(1999). *Estrategia Regional para la Conservación y Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica Lima*. Punto Focal Regional de Ucayali.
- CONAM. (1998). *Plan Estratégico para la Conservación y Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica de la Región Ucayali*. Pucallpa: Informe.
- CONAM y GOREU. (2004). *Política y Plan de Acción Ambiental*. Lima: Primera edición.
- FDA y CRP. (2001). *Evaluación y Diagnóstico de Áreas Reforestadas por el Comité de Reforestación de Pucallpa Periodo 1983 – 2000*. Pucallpa.
- Gobierno Regional de Ucayali.(2005). *Propuesta para la creación de áreas de conservación regional Isconahua y Murunahua-Tamaya: consideraciones generales*. Ucayali: Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente
- IFEA. (1994). *Las Palmeras del Perú. Colección patrones de distribución geográfica, ecología, estatutos de conservación, nombres vernáculos, utilidades*. Lima.
- INADE. (2001). *Plan De desarrollo sostenible de la amazonia: Ucayali. Delimitación de la unidad geoeconómica del área de estudio II Ucayali*. Lima.

- INEI. (2005). *Guía Estadística Departamental Conociendo Ucayali 2003-2005*. Pucallpa: disco compacto 8 mm.
- IIAP, CONAM. (1999). *Diversidad biológica estrategia Perú. Ucayali: Estrategia Regional para la Conservación y utilización sostenible de la Diversidad Biológica*. Lima: IIAP
- INRENA. (2005). *Participación de las comunidades nativas en la co-administración de la Reserva Comunal El Sira*. Lima: Intendencia Nacional de Áreas Naturales Protegidas.
- INRENA. (2005). *Estadística de flora y fauna*. Pucallpa.
- INRENA. (2004). *Sistema Ambiental Estratégico para el Bajo Urubamba - Informe final*. Lima: Oficina del Grupo Técnico de Coordinación Inter-Institucional
- INRENA.(2002). *Diagnóstico Forestal y de Fauna Silvestre. Administración Técnica Forestal de Pucallpa*. Pucallpa.
- INRENA. (1997). *Estudio Nacional de la Diversidad Biológica*. Lima: Diagnóstico Nacional.
- Mayor, P., y Bodmer, R.. (2009). *Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana* Lima: Centro de Estudios Teológicos de la Amazonía (CETA).
- NALVARTE, W. (1999). *Plantas Amazónicas de uso medicinal. Diagnóstico de un sector económico con un potencial de realización*. Lima: Universidad Nacional Agraria la Molina.
- PERU. (2004). *Categorizar a la Zona Reservada del Alto Purús como Parque Nacional Alto Purús y Reserva Comunal Purús*. D.S N° 040-2004- AG. Lima: El Peruano.
- PROYECTO ESPECIAL DE TITULACIÓN DE TIERRAS (PETT). (2000). Lima: *Directorio de Comunidades Nativas del Perú*.
- QUEVEDO, M. (2003). *Interpretación y análisis de la información de la encuesta al sector forestal industrial de Ucayali*. Pucallpa.
- TELLO, F., QUEVEDO, A. y GASCHÉ, J. (2004). *Sistema de incentivos para el manejo de bosques de Loreto: El caso de los recursos forestales maderables*. Iquitos IIAP –CIES.
- VIVANCO, L. (2002). *Gran Enciclopedia de la Región Ucayali: Identidad Regional*. Séptima edición Lima: Vivanco Pimentel E.I.R.Ltda.
- Internet:
- www.inei.gob.pe
- www.pronaturaleza.org/sierradeldivisor.htm
- www.fieldmuseum.org/cordilleraazul.htm
- www.aduanas.gob.pe
- www.europa.eu.int/comm/ambiente/life



DESPENALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SEXUALES EN MENORES DE EDAD

TAFUR GUPIOC, Esperanza²⁴⁹

SUMARIO: 1. Problemática judicial. – 2. La despenalización de las relaciones sexuales. – 3. Recomendaciones y conclusiones.

RESUMEN

Los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales son los que han sufrido el mayor número de modificaciones en el ordenamiento penal, especialmente con las leyes 28251 que varió por completo el concepto de violación sexual y 28704 que cambió diversos artículos del código penal, incrementándose la carceraria de las personas entre los 14 a 18 años sin importar que la relación sexual sea consentida o con plena capacidad; es decir desconociendo el proceso de maduración sexual y psicológica que se produce en esta etapa del desarrollo biológico de las personas. La despenalización de las relaciones sexuales consensuadas en menores de edad, si bien es cierto sería necesaria, resulta prematuro por cuanto el Estado previamente debe desarrollar una adecuada política dirigida a la prevención que incida en las áreas social, económica, educativa y de capacitación familiar urbana y recreacional principalmente. Se requiere de una reforma integral que comprenda esos aspectos atendiendo no solamente la normativa civil, penal, constitucional de los niños y adolescentes, sino también los aspectos sociológicos y psicológicos.

Palabras clave: Relaciones sexuales en menores de edad, despenalización, formación integral, educación responsable, capacitación en asuntos de familia.

ABSTRACT

Crimes against sexual freedom and sexual indemnity are those who have suffered the greatest number of changes in the criminal justice system, particularly laws that varied from 28251 whole concept of sexual violation and 28704 to change various articles of the criminal code, increasing the forcible detention of people between 14 to 18 years regardless of sex is consensual or full capacity, i.e. ignoring the sexual maturation and psychological that occurs at this stage of the biological development of people. The decriminalization of consensual sex among minors, although it would be necessary, it is premature because the previously state must develop an appropriate policy aimed at preventing

²⁴⁹ Presidenta de la Sala Mixta de Chachapoyas.

Key words:

ANTECEDENTE

Entre los delitos que más modificaciones ha sufrido en nuestro ordenamiento penal, están los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales, teniendo mayor resonancia a partir de la Ley N° 28251 que modificó por completo el concepto de violación sexual que tenía desde el Código Penal de 1924, luego con la dación de la Ley N° 28704 publicada el 05 de abril del año 2006, se modificaron diversos artículos del Código Penal, incrementándose las penas privativas de la libertad de las personas entre los 14 a los 18 años de edad, sin importar que sea consentida o con plena capacidad.

Antes de esta última reforma, el libre ejercicio de la sexualidad se daba a partir de los catorce años en que la persona podía ejercer tal disposición, sin más limitaciones que sus propias decisiones, el respeto a la a la libertad ajena y las prohibiciones morales y otras derivadas de las normas jurídicas; sólo eran castigados el acto sexual o análogo que se practicaba utilizando la violencia o grave amenaza, colocando a la víctima en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir o mediante el engaño; es decir, el Estado protegía la indemnidad sexual de los menores hasta los catorce años de edad, mientras que con la Ley N° 28704 dicho bien jurídico se extiende de catorce a dieciocho años, desconociendo el proceso de maduración sexual y psicológica que se da en esta etapa.

Con esta ley toda relación sexual que tenga uno de los intervinientes (varón o mujer) menor de dieciocho años y mayor de catorce años, es considerado como delito, sin importar se haya producido en una relación consentida o afectiva o mediando la violencia o amenaza, estableciéndose el quantum de la pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, que debía purgarse en su integridad, pues la referida ley proscibía el acogimiento de algún beneficio penitenciario, como semilibertad, liberación condicional, indulto, redención o conmutación de pena.

La dación de la ley nos trajo la polémica de sancionar penalmente a una pareja que tenía una relación sexual consentida con un adolescente mayor de catorce años, porque se sostenía que se trataba de una norma irrazonable dado a que nuestra realidad nos indicaba que los adolescentes se inician, aún muy jóvenes sexualmente y no necesariamente mediante violencia sexual, sino más bien otorgando su consentimiento, es por ello que analizada dicha norma en todo su contexto podía originar que la mitad de los jóvenes podrían ser condenados autores de la comisión del Delito contra la Libertad Sexual – Violación sexual de menor de edad.

Asimismo en su oportunidad originó que en la Maternidad de Lima así como en otros centros hospitalarios, las madres adolescentes sean retenidas, entrevistadas y sus parejas denunciadas o investigadas por violación sexual de menor de edad, a pesar de que según el Código Civil, los menores entre dieciséis y dieciocho años de edad podían contraer matrimonio mediante autorización judicial y permiso de los padres.

La doctrina nacional criticó severamente esta modificación, muchos la consideraron inconstitucional y violadora de principios de Derecho Penal. En la judicatura nacional también se cuestionó la vigencia de esta regulación, y algunos órganos jurisdiccionales, al considerarla atentatoria de dispositivos constitucionales, no la aplicaron en casos concretos

que iban conociendo, en mérito al control difuso de la constitucionalidad de las leyes (artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución Política de 1993).

Problemática Judicial

Siendo el Juez quien aplica la ley, al estar considerado como delito y con penas sumamente elevadas como la estatuida en el inciso 3 del Artículo 173° del Código Penal (no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad), aunque conscientes de la desproporción de la pena, un acto que se considera impune en ciertas circunstancias tiene que aplicarse con obligación; para lo cual no tiene lugar el considerar la idiosincrasia, costumbres o que sea el Perú un país pluricultural, o que en las zonas alto andinas y de comunidades nativas, el inicio de las relaciones sexuales y convivenciales son tempranas y cuentan con la aceptación y apoyo de los padres y familiares que tienen que soportar el quedarse sin el padre adolescente o mayor de edad que tiene que purgar carcelería por violación sexual de menor.

En cuanto a las relaciones sexuales entre menores de dieciocho años de edad, los casos vistos por los Juzgados de Familia o Mixtos son aquellos en los que se ha conocido a través de los jóvenes adolescentes que fueron reportados como parturientas, con síntomas o amenaza de aborto por los centros de salud que en la mayoría de los casos, mantuvieron relaciones sexuales con otros adolescentes a través de relaciones de enamorados pero que no planificaron un embarazo y que hay renuencia en afrontar responsabilidades paternas o convivenciales y son denunciados ante las Fiscalías de Familia para instaurar la apertura del proceso (Artículo 204° del Código de los Niños y Adolescentes) y luego dar lugar a tener por promovida la acción (Artículo 208° del Código de los Niños y Adolescentes) por el Juez, cuando ambos son objeto de protección de su indemnidad sexual consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La praxis judicial ha tenido que implementar mecanismos para limitar el *ius puniendi* del Estado, frente a una actitud cada vez más de precocidad sexual en los adolescentes, a través de sentencias judiciales y plenos jurisdiccionales que sirven de guía para no lesionar los intereses de los propios adolescentes, a la familia, su dignidad y desarrollo de personalidad, dejando la sanción de las conductas típicas, antijurídicas y culpables para quienes lo merecen.

Otras de las dificultades generadas con la vigencia de la penalización de las relaciones sexuales entre menores se ha extendido a otros delitos derogados tácitamente, por tener menos penalidad, como son los casos de seducción (artículo 175° del Código Penal), los de favorecimiento a la prostitución (artículo 179° inciso 1 del Código Penal), la colisión con el Artículo 179°-A sobre acceso carnal o acto análogo con adolescentes a cambio de dinero, el delito de Rufianismo (artículo 180° del Código Penal) y el delito de Proxenetismo (artículo 181° inciso 1 del Código Penal). De igual modo, con el Artículo 241° inciso 1 del Código Civil que faculta al Juez civil dispensar del impedimento por adolescencia, para permitir el matrimonio de menores con dieciséis años cumplidos y tengan voluntad de casarse, y del artículo 244° del mismo Código, referido al matrimonio de menores con asentimiento expreso de sus padres.

En este acto considero oportuno relieves el tratamiento judicial que se ha dado para uniformizar criterios jurisprudenciales a nivel nacional sobre este tema:

1. **Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116** de fecha 16 de noviembre de dos mil siete donde se estableció con carácter de doctrina legal que deben desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito. Siendo primordial para la determinación del quantum de la pena la concurrencia de factores complementarios de atenuación para cada caso concreto los siguientes requisitos:

- a. Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
- c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia o temprana edad.
- d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Consecuentemente, desde esta perspectiva deberá atenuarse la pena, en los casos del Artículo 173°, inciso 3) del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Asimismo se dejó establecido que cuando la relación sexual sea voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10 del Código Penal que regula la institución del consentimiento, en tanto se den los presupuestos legales penales y civiles correspondientes de acuerdo a la aplicación de las normas del Código Civil (Artículos 44°, 46° y 241°).

2. **Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116**, del 18 de julio de dos mil ocho, las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, por unanimidad acordaron establecer como doctrina legal la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, debiendo ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ a toda relación sexual voluntaria mantenido con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad; por lo tanto, es necesario hacer hincapié que carece de trascendencia la diferencia de edades que exista entre el sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental entre ellos, en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño este último sólo relevante para el delito de seducción.

3. **Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116**, del seis de diciembre de dos mil once sobre la apreciación de la prueba a efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, estableciendo que se debe tener en cuenta las siguientes reglas:

- a. Reserva de las actuaciones judiciales;
- b. Preservación de la identidad de la víctima;

c. Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

De esta manera la máxima instancia judicial del país ha buscado solucionar los problemas que trajo consigo la Ley N° 28704, cuya vigencia motivó que nos interroguemos: ¿Acaso, no estaba induciendo a los adolescentes a abortar, atar o abandonar a sus hijos recién nacidos en las vías públicas, para que no se conozca su identidad, y evitar que el padre de la criatura sea denunciado, procesado y eventualmente sancionado con penas que oscilan entre los veinticinco y treinta años de privación de la libertad?

Sin duda, la intención del legislador al promulgar la Ley N° 28704 para endurecer las penas para los delitos contra la libertad sexual en menor de edad, las sobre criminaliza con el incremento exagerado de las penas, solo de modo ficticio aparecen como una mayor protección a la víctima, pero en la práctica, no parece haber contribuido a una mayor eficacia preventivo general o a la mayor tutela de los bienes jurídicos del Derecho Penal sexual, sino por el contrario, esta regulación simbólica sirvió como una simple salida facilista del Estado frente a la demanda social.

La despenalización de las relaciones sexuales

La Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República ha admitido, la propuesta de despenalizar las relaciones sexuales consensuadas de los menores entre catorce y menos de dieciocho de edad, lo cual nuevamente ha reabierto el debate conflictivo en los diversos sectores de la población del que no puede ser ajeno el Poder Judicial; siendo muchas voces que se están dando a favor y en contra; sobre todo a partir de los proyectos Ley N° 476 /2011-CR a iniciativa de la congresista Rosa Mavila León que propone modificar el artículo 173° del Código Penal y el N° 651/2011-CR a iniciativa de la congresista Karla Schaefer Cuculiza, los mismos que tienen por objeto despenalizar las relaciones sexuales de los y las adolescentes siempre que tales relaciones sean consentidas, suprimiendo el inciso 3 del artículo 173°, artículo 170°, 173°-A y 175° del Código Penal el cual sanciona como delito de violación sexual entre catorce y menos de dieciocho de edad.

Cuando se promulgó la Ley N° 28704 el 05 de abril de 2006, muchos abogados y juristas criticaron duramente la posición adoptada por el Legislador, atribuyéndole que con dicha regularización se declaraba la muerte de la sexualidad de los adolescentes, por atentar contra el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, además de retrógrada y autoritaria, ya que los adolescentes también tienen derecho al ejercicio de la libertad sexual y a manifestar sus sentimientos, más aún si forman parte de la realización de su proyecto personal y de su modo de vida; el derecho penal no podía sustituir la adecuada educación sexual o la moral familiar menos de ser la primera ratio en la protección de los bienes jurídicos, se debe proteger la indemnidad sexual o preservar el desarrollo sexual en la medida que el portador o titular del bien no se encuentre en capacidad cognitiva y valorativa de protegerlos; pero si goza de auto determinación o una mínima capacidad de disposición, el Derecho Penal no debe criminalizar dicha manifestación espontánea de libertad, con una pena tan severa.

En este sentido, la presente ponencia busca realizar un análisis socio jurídico, que permita contextualizar la referida propuesta y analizar los costes sociales que implicaría su puesta en práctica, sobre todo en una sociedad donde la juventud no está debidamente preparada para ejercer su libertad de autonomía sexual.

No es un secreto que los jóvenes peruanos (y los adultos en muchos casos) no tienen idea de esos riesgos. Según el INEI, el 13.5% de nuestras adolescentes entre 14 y 19 años ya son madres o están embarazadas, y en algunas zonas de la Selva el promedio alcanza el 25%. Esto se complementa con los miles de abortos clandestinos a los que, arriesgadamente, se someten esas mujeres.

El aspecto sociológico jurídico es que sobre la base de los estudios sociales lo jurídico debe prevenir el incremento de las conductas sociales que ponen en peligro la armonía social y por lo tanto debemos dar las condiciones legales para que siga siendo así y no se constituya en delito, lo que debemos Preguntarnos *¿Qué está sucediendo en nuestra sociedad peruana para que los menores inicien su vida sexual de manera temprana, que los motiva? ¿Se conoce el perfil de los y las adolescentes que inician su vida sexual temprana? ¿Se ha determinado el impacto social o coste para las familias, el Estado y la sociedad dar tal o cuáles iniciativas legales? ¿Cuál es la respuesta del sector educativo, existe una propuesta de educación sexual integral que se coordinada de manera interinstitucional? ¿Se está tomando en cuenta la realidad cultural, las diferencias en las maneras de pensar y actuar del adolescente de la ciudad y del campo, aun más del adolescente de clase alta con los de condiciones de pobreza?*

No se trata de un prejuicio o de querer restringir las libertades de los adolescentes para iniciar su vida sexual con quien les parezca o cuando, pero si bajo, qué condiciones que implique que están preparados para ello y tengan las condiciones para afrontar los efectos de sus decisiones, sobre todo en dentro del grupo etario de 14 a menores de 18 años en muchos casos se encuentran en dependencia económica, es decir están siendo mantenidos por sus padres o familiares, además se encuentran en pleno proceso de formación educativa, aun más su proyecto de vida aún no está claro; con todo ello no se está analizando lo que a futuro representaría mayores embarazos de adolescentes, mayor deserción escolar, estudios sin conclusión sobre todo de las menores mujeres que frustrarían su proyecto de vida, es ¿acaso que esta ley busca perpetuar las relaciones de género del patriarcado, buscando justificar a al varón en su aprovechamiento sexual sobre la mujer?

En síntesis atendiendo a los casos que se conocen en los diversos Juzgados de Familia o Mixtos y los que se conocen como problemática en el ámbito de la sexualidad por la juventud de las diversas regiones del país, me *permito adoptar una posición negativa frente a la despenalización de las relaciones sexuales entre menores*, porque se podría advertir como reitero precocidad sexual de los adolescentes, el incremento cada vez más de embarazos no deseados ni planificados, que truncan la vida de los adolescentes y merecen mayor y mejor protección legal con inclusión en ámbitos laborales.

Así como por la verificación de pérdida de valores en la sociedad (falta de respeto entre padres e hijos, abuso sexual y maltrato infantil, desintegración de hogares), falta de acercamiento entre padres e hijos para tratar temas de sexualidad que conlleva a la desinformación en el hogar y distorsión de información en otros ámbitos (la calle y la escuela).

La violencia familiar y sexual a menores generados por familiares del entorno de la víctima adolescente.

El uso y abuso temprano del alcohol y las drogas por parte de niños y adolescentes, que desencadenan en relaciones sexuales, sin protección, con el consiguiente contagio de enfermedades de transmisión sexual.

Por factores culturales y de idiosincrasia en un país pluricultural como el Perú, que desconoce la vigilancia y la participación ciudadana para garantizar los derechos de los niños y adolescentes.

La falta de control en el uso de los adelantos tecnológicos como el internet, telefonía celular, la televisión, que contribuyen a la deficiente información sexual y servicios que lo sitúan en mayor riesgo y vulnerabilidad.

Ahora bien, debo de indicar que mi posición no colisiona con las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que la persona ha formado su personalidad, ya que dichas características *merecen el debido respeto de acuerdo a la idiosincrasia del pueblo*, tal es así por ejemplo yo soy magistrada de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, donde existe diversidad de culturas; es decir es una región pluricultural en la que contamos con un conglomerado de etnias nativas (awahun, huambisas, etc.), así como campesinas que radican en la zonas altas las mismas que por su lejanía recurren a las rondas campesinas; dichas zonas por la interculturalidad existente tienen particularidades entre otros respecto al inicio de la vida sexual de los menores, que son a temprana edad. Es más en la mayoría de las veces la pareja convive y tiene el consentimiento de los padres, motivo por el cual con la aplicación del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ., los casos judicializados han sido resueltos respetando el estrato social y el medio donde se desarrollan.

Recomendaciones

Considero que la despenalización de las relaciones sexuales en menores de edad, si bien sería necesario, es prematuro, por cuanto previamente el Estado debe desarrollar una política eficaz dirigida a la prevención (relacionada con las variadas áreas del quehacer social-económica, educacional y de capacitación familiar, urbana, de recreación, entre otros.

Implementación de programas que involucren a la familia y la sociedad en su conjunto que tienda a reducir las desigualdades en todos sus ámbitos; vale decir, los niños y adolescentes varones y mujeres tienen derecho a una formación integral y a una educación responsable que les ayude a desarrollar su capacidad de dominar sus impulsos para lograr una personalidad adulta madura y equilibrada.

Desde la perspectiva del Poder Judicial, debe procurarse la especialización y la capacitación permanente en asuntos de familia, con Jueces y personal jurisdiccional comprometido con el quehacer de la juventud y la niñez, capaces de atender los casos sometidos a su jurisdicción, como verdaderos problemas humanos.

Mayor presencia del Poder Judicial en las acciones que desarrolla el Estado y Organismos Multidisciplinarios, en beneficio de la niñez y adolescencia, a fin de que no estén al margen de las discusiones jurídicas o debates legislativos y evitar que se convierta en un simple aplicados de las leyes.

Debe actualizarse el Código de los Niños y Adolescentes, que debe estar acorde con la normatividad de los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Perú, según los requerimientos de desarrollo de éste sector social; especialmente en las medidas que garanticen los derechos de los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, como los afectados por infecciones de Transmisión Sexual o cáncer; en programas específicos dirigidos a los niños ya adolescentes víctimas de explotación sexual y en la implementación de la justicia alternativa o extrajudicial como las Defensorías de los Niños y Adolescentes que defiendan sus derechos a través de conciliaciones y acuerdos razonados.

Asimismo constituye un imperativo el fortalecimiento del rol de la Policía Nacional (preventivo), rol Fiscal en la gestión de Despachos Fiscales, (víctimas y testigos), (prevención del delito), en la prueba indiciaria; a la postre de plenarios jurisdiccionales no solo el (7-2007/CJ-116;(4-2008/CJ-116) que ha establecido que cuando la víctima sea mayor de catorce años y menor de dieciocho y exista consentimiento de su parte el agente quedara exento de responsabilidad penal, sino también del (1-2011/CJ-116 sobre apreciación de la prueba en delitos contra la libertad sexual); a su vez el compromiso de todas las autoridades a ayudar a los padres de familia y a todo “*sujeto de derecho*” hacer efectivo el ejercicio pleno de sus derechos al amparo de las normas nacionales e internacionales que el Perú ha suscrito.

Conclusión

Concluyo refiriendo que necesitamos de una reforma integral que comprenda los aspectos señalados en la presente ponencia, atendiendo no solo a la normativa del derecho penal, derecho civil, derecho de los niños y adolescentes acorde a la carta magna y derecho supranacional. Así como también atender los aspectos sociológicos y psicológicos que permitan una visión sistémica de la problemática.

BIBLIOGRAFIA

- _ Código de los niños y adolescentes
- _ Código penal
- _ Leyes 28251 y 28704
- _ Acuerdo plenario N°4-2008/CJ-116 18.07.2008. Corte Suprema de Justicia
- _ Acuerdo plenario N°1-2011/CJ-116 06.12.2011. Corte Suprema de Justicia

LA EFICIENCIA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS O ADECUADOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FRENTE AL SISTEMA PROCESAL CIVIL

FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz *
TORRES ANGULO, Carlos **

SUMARIO: 1 Generalidades sobre las formas de solución de todo conflicto. – 2. Autotutela. – 3. El proceso. – 4. El principio de contradicción. – 5. Tipologías utilizadas. – 6. Conclusiones.

1. Generalidades sobre las formas de solución de todo conflicto

Don Francisco Ramos Méndez empieza su extraordinaria obra *El Sistema procesal español* señalando que: “*Todo el sistema procesal, el punto central y el punto de partida de él debe tener a la persona como eje*”²⁵⁰. Idea que, como una especie de ideario o una declaración de principios nos parece fundamental para empezar el tratamiento de cualquier sistema de resolución de conflictos que se pretenda establecer. Todo sistema procesal o de resolución de conflictos debe tener como punto central de partida al ser humano.

Previamente al tratamiento de los medios o mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se ha presentado una discusión teórica propuesta más por los especialistas en Gestión de Conflictos que por los procesalistas, respecto a si los medios de resolución de conflictos corresponden a un sistema procesal o de este último sólo es parte el proceso. Nos dice Gozaíni, insigne procesalista argentino, que “*La simple resolución del problema no habilita a considerarlos como equivalentes jurisdiccionales o sustitutivos de la función jurisdiccional o mecanismos supletorios del proceso común, sencillamente, porque el método actuado no es un proceso, el tercero que actúa no tiene jurisdicción y la entrada a estos sistemas alternativos es una cuestión que puede afectar el acceso a la justicia*”²⁵¹, por ello propugna el surgimiento de una nueva disciplina que puede denominarse Gestión de Conflictos, Administración de Conflictos o Formas Alternativas para la resolución de controversias, dejando reservado al Derecho procesal una etapa ulterior de revisión a fin de dilucidar su conformidad al debido proceso.

* Abogada. Conciliadora y Árbitro adscrita a varias instituciones. Docente de la Universidad San Martín de Porres, Científica del Sur y Ricardo Palma. Socia y Sub Gerente de Franciskovic Asociados. Discente de Maestría de Derecho Procesal Civil en la PUCP y Egresada de la maestría en Derecho Civil en la USMP.

** Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Asistente de Docencia de Teoría General del Proceso en la PUCP. Especialista en Derecho Procesal, Derecho de Arbitraje y Procedimiento Administrativo, con publicaciones en diferentes revistas nacionales. Actualmente labora en el área administrativa del Poder Judicial.

²⁵⁰ RAMOS MENDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997; p. 1

²⁵¹ GOZAÍNI, Osvaldo, *Métodos diferentes del proceso para resolver conflictos entre personas: ¿es un tema procesal?*, en “Teoría unitaria del derecho procesal”, Rosario, Juris, 2001, p. 50

Sabido es que el hombre es un ser social que no vive aislado sino que vive en sociedad y que en esa vida de relación se encuentra regulado y, o reglamentado por algún orden, es decir alguna forma de Derecho Objetivo. Concebir que el hombre viva aislado o fuera de sociedad alguna, es pensar en un ser superior o en un degenerado como lo reconocía Aristóteles, pues, desde que el hombre empezó a vivir en sociedad, el conflicto ha coexistido con él, como una respuesta natural a la limitación de recursos, a la insatisfacción de necesidades, a la defensa de valores y a equivocadas percepciones, fruto de deficientes tipos de comunicación. Entonces, el conflicto es parte inherente a la relación existente entre los hombres y como tal se expresa en las diversas manifestaciones de la vida social, sea en el trabajo, en el hogar, en la vida afectiva, etc.

El conflicto constituye una constante situación que se encuentra inherente en todo grupo humano o sociedad. Tanto que, sin exagerar, podría ser considerada como natural a la condición humana. El ser humano tiene una doble dimensión. Por un lado, es un ser gregario, que no puede desarrollarse plenamente si no es en comunidad; por otro lado, posee una dimensión individual, desde que cada persona constituye una singularidad provista de valores, creencias y sentimientos que las convierten en un ser único e irrepetible. Por ello, concluye Roque Caivano que: *“Estas dos características hacen que las situaciones de conflicto sean inevitables. Compartir un ámbito físico común, convivir entre semejantes, y ver la vida a través de su propia perspectiva y con su propio esquema cultural, hará que inexorablemente surjan conflictos. La existencia de conflictos en el seno de cualquier sociedad, en definitiva, forma parte de la realidad”*²⁵². Aunque no sean deseados, los conflictos deben ser esperados, como la consecuencia natural de la convivencia.

El orden social se asienta sobre la armonía y la concordia para que el individuo pueda desarrollarse. La sobrevivencia del grupo como tal exige una convivencia pacífica; pero no por ello puede pensarse que para lograr esta paz, se produzca una situación de total ausencia de conflictos. Siendo un fenómeno natural, las sociedades deben asumir que tarde o temprano, en mayor o menor cantidad o intensidad, los conflictos aparecerán.

Debe precisarse que lo que perturba el desarrollo social y quebranta la paz y armonía en la sociedad no es tanto la existencia de los conflictos, que en el fondo constituye un fenómeno natural e inevitable inherente a todo ser humano, sino la falta de medios adecuados para resolverlos, lo que conduce al predominio de la violencia. “En otras palabras, una sociedad no debería aspirar a la inexistencia de conflictos (objetivo imposible, por definición), sino disponer de fórmulas eficaces para solucionarlos, asegurándose un grado razonable de equilibrio en las relaciones intergrupales. En la medida que existan mecanismos efectivos para resolver los conflictos y que exista una cultura social que incentive a los individuos a utilizar los más provechosos –para sí y para el conjunto- la comunidad tendrá más posibilidades de perdurar y ofrecerá mejores condiciones de vida a sus integrantes”²⁵³. Previo proceso educativo, la sociedad debería internalizar la conveniencia de una solución consensual en lugar de recurrir fácilmente a la violencia.

²⁵² CAIVANO, Roque, *Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en América latina: Logros y desafíos*. Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 1, N° 1, septiembre de 2007, p. 50.

²⁵³ CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 52

2. Definición de conflicto

Una primera aproximación a la idea de conflicto parte en reconocer que las crisis humanas se basan en la colisión de intereses. Es verdad que tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida, sometimiento de los débiles por los más fuertes, etc.), pero el conflicto se produce por el choque o la colisión de dos partes por diversos factores o actividades incompatibles entre sí, primando el antagonismo entre ellas.

El conflicto ha sido definido y estudiado desde diversas disciplinas, pero a continuación solo se va a enunciar aquellas que tiene alguna relevancia jurídica.

2.1. Definición por los especialistas en Gestión de Conflictos

Marianella Ledesma Narváez cita varias definiciones de conflicto. Así Folberg y Taylor “definen el conflicto como un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes”²⁵⁴, para Boulding “el conflicto es una situación de competencia en la que cada una de las partes, conscientemente desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de otra”²⁵⁵. Según Pruitt y Rubbin “el conflicto es la divergencia percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente”²⁵⁶. Por su parte Boardman y Horowitz “definen al conflicto como una incompatibilidad de conductas, cogniciones y/o afectos entre individuos y grupos que pueden o no conducir en una expresión agresiva de su incompatibilidad social”²⁵⁷.

Definido el conflicto en sentido técnico, como “una percibida divergencia de intereses”, para que haya conflicto bastará que alguna de las partes perciba, sienta, que sus intereses no son compatibles con los de sus ciudadanos”²⁵⁸, sentido que tomaremos en cuenta.

2.2. Definición de los procesalistas a partir de la teoría del litigio de Carnelutti

Carnelutti fue uno de los máximos representantes de la dogmática italiana del pasado siglo e insigne procesalista, cuyas enseñanzas iluminaron la ciencia procesal por casi un siglo, es aquel el autor de la famosa teoría del litigio (constructor del famoso concepto de “litis”²⁵⁹), para quien el proceso no tiene otra finalidad que la composición de litigios para lograr la paz social en justicia. “Las necesidades de los hombres son ilimitadas y los bienes son limitados. Desdichadamente los bienes, mientras satisfacen ciertas necesidades, estimulan otras. Para distinguir al hombre de los demás animales, acaso la fórmula más satisfactoria fuera decir que el hombre no está nunca contento. Cuanto más tiene, más quisiera tener”²⁶⁰ Partiendo de la existencia del hombre en convivencia con otros hombres se producen colisiones entre ellos, dado que si tomamos a cada hombre en relación con un determinado objeto o bien de la vida, relación que es conocida con el nombre de interés; al

²⁵⁴ LEDESMA NARVAEZ, Marianella., *Un Conflicto conciliado: una visión jurídica de los elementos sustantivos*. En: *Revista Bibliotecal*. Dirección de Biblioteca y Centro de Documentación del Colegio de Abogados de Lima; Año1, N° 2, Lima, diciembre, 2000; p. 76.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid

²⁵⁷ Ibid

²⁵⁸ CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 51.

²⁵⁹ Concepto que él mismo modificó y en parte abandonó finalmente.

²⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Como nace el Derecho*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín; Cuarta reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis S.A., Bogotá; 2004; p. 9

choque de intereses producido al entrecruzarse una pretensión con una resistencia se conoce como litigio. Así, “*el litigio está presente en el proceso como la enfermedad está en la curación. El proceso consiste fundamentalmente, en llevar el litigio ante el juez, o también en desenvolverlo en su presencia (...) El litigio no es el proceso pero está en el proceso, ha de estar en el proceso si el proceso ha de servir para componerlo. De ahí que entre proceso y litigio medie la misma relación que entre continente y contenido*”²⁶¹.

Es evidente que cada persona tiene una multitud de deseos que anhela satisfacer, mas habida cuenta de que los medios materiales para lograrlos son limitados, surge de inmediato una competencia entre los hombres origen muy a menudo de conflictos. Solo el hombre reunido en sociedad puede tener conflictos que interesan al Derecho. Definido el interés por Carnelutti como la situación favorable en que se encuentra un hombre (un sujeto) frente a un bien, en cuanto e es idóneo a la satisfacción de una necesidad suya; partiendo como primer enunciado que las necesidades del hombre son ilimitadas, y como segundo enunciado que los bienes para satisfacer dichas necesidades son escasos, entonces surge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. Cuando el Derecho Objetivo privilegia o escoge un interés aquello se denomina derecho subjetivo que no es más que un interés protegido por el Derecho.

Las clases de conflictos que son pasibles de presentarse en la Teoría de Carnelutti son los siguientes:

a).- **Conflicto intra-subjetivo:** Es aquel que se produce dentro del fuero interno del sujeto, especialmente cuando el sujeto es el hombre individualmente considerado. La resolución del conflicto se produce con el sacrificio de un interés sobre otro, decisión que es obra de la voluntad del propio sujeto.

b).- **Conflicto inter-subjetivo:** constituye el punto central del fenómeno jurídico y propio del Derecho privado. Los conflictos intersubjetivos surgen como consecuencia de la vulneración de algún derecho subjetivo perteneciente al ámbito de derecho privado y poseen naturaleza disponible. Son los que surgen entre sujetos y versan sobre **bienes disponibles**, es decir, pertenecen a uno de ellos por lo que incumben al derecho privado.

2.3. *El conflicto como patología jurídica*

El Derecho Objetivo es el conjunto de normas jurídicas de conducta que hacen posible la vida en común y resultan indispensables para su regulación²⁶². Como el hombre es miembro de un grupo social, vive en sociedad, necesita de reglas para la convivencia armónica entre los distintos sujetos. El Derecho nos brinda herramientas para lograr la satisfacción de nuestros propios intereses. Estas herramientas o instrumentos son:

a).- **Derechos subjetivos:** Establece una titularidad respecto a un sujeto (asignada a un sujeto) en relación a otro u a otros y estos últimos se encuentran obligados a reconocer dicha titularidad.

²⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho Procesal Civil*. Trad. De Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo; Uteha; Buenos Aires; 1944; p. 3.

²⁶² VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1984, p. 3

b).- **Intereses legítimos:** Este tipo de facultad para solicitar algo se encuentra reconocida por el Derecho. La diferencia radica en que en el interés legítimo no existe titularidad de algo respecto de otro, sino que una norma deba ser cumplida cuando alguien pida su cumplimiento.

Por ejemplo, si A tiene una casa frente a la playa y un buque cisterna petrolero arroja su petróleo al agua, contaminando el litoral afectando a “A” y al mar peruano. En este caso, al dañar la propiedad (casa de playa) se dice que A tiene un derecho subjetivo, y al ser dañado el mar peruano (atentado contra normas ambientales) cualquier afectado tiene un interés legítimo.

El Derecho es un conjunto de reglas que regulan la conducta humana. El conjunto de reglas es también un conjunto de normas jurídicas. El Derecho regula derechos subjetivo e intereses legítimos; entonces al sistema procesal se accede solo cuando hay conflicto es decir cuando se vulnera un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Para esta posición hay tres tipos de conflictos que gozan de aceptación unánime:

a).- **Conflictos intersubjetivos:** Los conflictos intersubjetivos surgen como consecuencia de la vulneración de algún derecho subjetivo perteneciente al ámbito de derecho privado y poseen naturaleza disponible. Estos conflictos versan sobre **bienes disponibles**, es decir, pertenecen a uno de ellos y por ende son propios del derecho privado.

b).- **Conflictos sociales:** Los conflictos sociales se caracterizan por la trasgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección (delitos e infracciones administrativas) y se rigen por las normas de derecho público, por lo que poseen una naturaleza indisponible. Se dan respecto de un sujeto frente a la sociedad en su conjunto, por lo tanto, son conflictos que recaen sobre bienes no disponibles propios del derecho público.

c).- **Conflictos mixtos:** Parte como un conflicto entre dos partes pero a la sociedad y al Derecho tiene un interés. Un ejemplo es el divorcio, donde la sociedad busca que prevalezca la familia como núcleo social elemental de la sociedad, es por eso este conflicto se hace social e indisponible.

Modernamente no se habla de conflicto sino de patología jurídica. Siendo el Derecho un conjunto de normas jurídicas que regulan un derecho subjetivo o un interés legítimo, si se produjera la vulneración de una norma jurídica se dice que entra en un supuesto de patología jurídica a causa de la vulneración de la norma.

De todas las expresiones de conflicto, solo interesan al Derecho aquellas que sean relevantes jurídicamente. “Decimos que son conflictos sin trascendencia jurídica porque los supuestos no están contenidos en ninguna norma jurídica de nuestro ordenamiento”²⁶³ tales como una competencia deportiva o una entrevista psicológica; por otro lado, “un conflicto de intereses tiene relevancia jurídica cuando la materia de los intereses resistidos, está prevista

²⁶³ LEDESMA NARVAEZ, Marianella; Ob. cit., p. 76

*dentro del sistema jurídico de una sociedad políticamente organizada*²⁶⁴ como pueden ser el hijo que reclama alimentos al padre, o el acreedor que exige la deuda al obligado.

2.4. Solución del conflicto

Es justo reconocer, que *“la conducta humana se ajusta normalmente al derecho, que por otra parte, recoge como norma la regla social, esto es, lo que habitualmente se cumple; los conflictos, pues, de ordinario no se producen, pero en caso de ocurrir, también, generalmente, se da y para los casos de excepción (pese a ser muchos, son de gran excepción) el Estado resuelven por la vía pacífica. No obstante debe establecer su tutela jurídica, es decir la prestación de apoyo y el establecimiento de formas para que se respeten las situaciones jurídicas legítimas y se cumpla con el derecho”*²⁶⁵.

La primera forma de resolver conflictos se orienta a un *sistema adversarial* porque generalmente se piensa que los conflictos son destructivos y se plantea como única opción perder o ganar. El proceso judicial es una clara muestra de esta forma de solución, por lo que debe encontrarse otras figuras de menor encuentro conflictivo, donde la técnica de resolución y la del debate permita concertar voluntariamente sin que ninguno de los litigantes se encuentre obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como sí ocurre con el proceso judicial. La idea simple que se propone es abandonar la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias.

Habitualmente el esquema de solución de un conflicto por un abogado es derivar hacia un tercero la solución, presentando su posición como una cuestión de pretensiones. Y es normal que un abogado piense de esa manera, basta revisar los currículos de las Facultades de Derecho, de décadas pasadas para darnos cuenta que la resolución de conflictos se aborda únicamente a través del estudio y aplicación del derecho procesal. La demanda judicial resulta ser así el recurso más usado a fin de iniciar el proceso que componga el conflicto. Siendo un problema o conflicto definido ya entre dos adversarios, ya no habrá más posibilidades de conversar que las hipótesis infrecuentes de las audiencias, máxime si el proceso se rige por el principio de escritura. Así se ha asumido sin mayor discusión el *sistema adversarial*.

El proceso judicial en el cual el Estado ejerce su potestad jurisdiccional es un caso típico de la resolución de un conflicto basado en el sistema adversarial. Con la aparición del Estado Nacional, el Estado moderno hoy es el dueño de la facultad sancionadora; sin embargo, no siempre la función jurisdiccional (solucionar conflictos mediante la aplicación del derecho pertinente) ha sido sometida a los órganos jurisdiccionales, ni puede afirmarse hoy que la asumen con absoluta exclusividad pues coexiste con otros métodos o formas de resolver un conflicto, ni tampoco puede afirmarse que así será en el futuro. Al individuo se le prohíbe la justicia por mano propia, es decir se le pide renunciar a su libertad, y a cambio de esta restricción, se brinda a los ciudadanos un sistema de tutela jurídica organizado y costoso. Se prepara una infraestructura (Tribunales y jueces) y se regula los instrumentos para brindar tutela jurídica a través del proceso.

²⁶⁴ LEDESMA NARVAEZ, Marianella; Ob. cit., p. 77

²⁶⁵ VÉSCOVI, Enrique. Ob. cit., p. 3

Esa ha sido la forma tradicional de resolución de conflictos en el mundo, por el contrario hoy en día se pretende virar hacia otra forma de enfrentar el conflicto. Se busca asumir el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones, revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo al proceso. El abogado debe abandonar los conceptos adversariales y someterse a esta nueva concepción de encarar los conflictos. Así *“cuando hablamos de conocer el conflicto para negociar sobre el mismo, relegar la dimensión personal del entuerto para encontrarle ventajas compartidas y olvidarse del éxito individual para solidarizar las soluciones, estamos pensando en la estimativa social que tienen los acuerdos que pacifican rápidamente las crisis entre partes”*²⁶⁶. Nos dice sobre lo mismo Ledesma Narváez: *“El mensaje que se pretende brindar es que el proceso judicial no sea la única opción que se valore en la solución del conflicto, sino que, debe privilegiarse otras alternativas como la conciliación, atendiendo a las circunstancias y naturaleza de cada conflicto a operar”*²⁶⁷.

Surgen así los denominados *“Medios alternativos de resolución de conflictos”* en inglés ADR (*Alternative Dispute Resolution*), pero siendo honestos dogmáticamente el principal medio sigue siendo el proceso.

Uno de los problemas a tomar en cuenta es la propia denominación de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. El calificativo de *“alternativos”* alienta la confusión. Se piensa que por su carácter alternativo son subsidiarios, secundarios o accesorios en relación al proceso judicial. Entonces si aquellos son alternativos, es porque se atribuye al proceso judicial un carácter de principal o natural. Pero el nombre dado es simplemente por exclusión al proceso.

Debe entenderse que no existen medios principales o naturales, ni secundarios o alternativos, lo que existen son métodos sin más, y si es necesario ponerles un calificativo, y este debería ser *“adecuado”* o *“apropiado”* pues *“en definitiva, cada conflicto tiene determinadas características, unos actores y un contexto que llevan a recomendar la utilización de un método particular para resolverlo”*²⁶⁸.

Uno de los primeros problemas a considerar es sobre la naturaleza jurídica que se reconoce a estas vías:

- a) Se consideran vía alternativas al proceso jurisdiccional, esto es, una opción dada a quien pretende demandar a otro, quien puede elegir un método de solución distinto al que ofrece el juicio jurisdiccional ordinario. Posición de carácter ideológico, que considera que ante una justicia en crisis, cabe la alternativa momentánea de los métodos alternativos.
- b) Hay quienes estiman que la posibilidad de opción se limita a una cuestión personal, una simple elección por una vía que en realidad, es un equivalente del proceso común.
- c) Otros consideran que son procedimientos que sustituyen la actuación judicial y que generan un impedimento para el acceso a la justicia y que, por tanto, deviene

²⁶⁶ GOZAINI, Osvaldo. Ob. cit., p. 33

²⁶⁷ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Ob. cit., p. 80

²⁶⁸ CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 58

inconstitucionales pues la resolución de conflictos es una tarea –afirman- de los Jueces de la Nación²⁶⁹.

El meollo del tema es dilucidar si estas instituciones que denominamos alternativas, pretenden o sustituir o colaborar con la justicia. Podría pensarse que la existencia de estos medios alternativos tiene como finalidad eliminar el proceso civil pero ello no es así, la finalidad inmediata es solo coadyuvar o cooperar a que la administración de justicia se torne más rápida y eficiente permitiendo al proceso civil conseguir sus fines. Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos complementan el funcionamiento adecuado de los mecanismos jurisdiccionales, a los cuales se debe acudir en última ratio, esto es cuando se hayan agotado los medios para intentar resolver el conflicto de una manera directa a través de fórmulas que ayuden a descongestionar la inmensa carga procesal que agobia al Poder Judicial, actuando como filtros que solucionen los casos solubles y dejan para este aquellos que requieran de manera indefectible de un pronunciamiento de este poder.

Obviamente la finalidad mediata será eliminar el proceso como forma de resolver conflictos cuando su estadio de evolución sea el propicio.

Antes de 1990, la mayoría de métodos que hoy se conocen como “*Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*” eran corrientemente desconocidos por los abogados y demás gestores de conflictos. Desde el punto de vista normativo, únicamente existían regulaciones legales anticuadas contenidas en el Código Civil sobre arbitraje y conciliación, como un procedimiento desarrollado por y ante un juez dentro del marco de un proceso jurisdiccional. No existían normas sobre conciliación ni mucho menos otros métodos. Y los métodos existentes eran poco difundidos, generalmente desconocidos, y por ende escasamente utilizados.

Durante la década de los noventa en América latina, casi todos los países habían ya advertido el déficit en estos temas. Así, “*comenzó a producirse un rápido movimiento, que se materializó en dos grandes líneas de acción: por un lado, se dio recepción legislativa a estos instrumentos, con diferentes enfoques y perspectivas; por el otro, se gestaron inactivas tendientes a su divulgación, también con orientaciones variadas*”²⁷⁰. En el plano legislativo, algunos países sancionaron directamente normas sobre la materia, ya sea legislando simultáneamente los métodos en una misma ley, o legislando los principales métodos a través de leyes separadas; o actualizando las vetustas. En el plano de la difusión, el trabajo ha sido encarado tanto desde las instituciones públicas como de las privadas, ya sea mediante divulgación del sistema, formación de profesionales, implementación de los métodos por instituciones profesionales y empresariales, o por medio de cursos dictados en pre grado y post grado en las universidades.

La conclusión del fenómeno es evidente: cada vez está más internalizado que el tratamiento de los conflictos no es monopolio exclusivo de los tribunales judiciales y que existen otras formas de solución.

Pero la decisión de recurrir al uso de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos no debe hacerse por el solo hecho de escapar del abarrotado sistema judicial, sino por el contrario, “*esta decisión debe estar sustentada en la convicción de que el método*

²⁶⁹ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “*Métodos diferentes al proceso para resolver conflictos entre personas: ¿son un tema procesal?*”; p. 31.

²⁷⁰ CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 53.

escogido es mejor que cualquiera de los otros disponibles y que permitirá solucionar el conflicto de la forma más eficiente”. Con ello, al mismo tiempo que se obtendrá una mayor satisfacción de los intereses de los protagonistas, se logrará mantener una armónica convivencia, objetivo de interés general. Con la elección de un método apropiado se conseguirá un resultado individual y socialmente más valioso²⁷¹.

Pese a que los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos más conocidos son la conciliación y el arbitraje, no debe creerse injustificadamente que sean los únicos, por eso, los estudiosos del tema (y se debe este mérito a los procesalistas), han establecido la siguiente clasificación para la solución del conflicto:

- Auto tutela
- Autocomposición
- Heterocomposición

Veamos a continuación, brevemente cada una de ellas.

3. *Autotutela*

La fuerza es la más antigua y natural manera de resolver los conflictos como tendencia primitiva del ser humano, pero la evolución social y jurídica va excluyendo la fuerza en la medida que se presenta el progreso cultural y humano. Podemos identificar la evolución como rechazo a la fuerza como solución.

Esta forma de resolver un conflicto también recibe otros nombres en doctrina tales como autodefensa, autoayuda o auto justicia.

La trayectoria histórica de la autodefensa no ha marchado de manera constante a su extinción. Así pues la prohibición de la autodefensa, establecida en forma general por el derecho romano (Dig. IX, 2, 45 y Dig. XLVIII, 7, 7) desaparece en el periodo medieval y también en la edad moderna, en que las bárbaras concepciones de origen germano pusieron en boga por varios siglos, como forma de resolución de conflictos, el duelo y la venganza. Solo en las legislaciones contemporáneas, a través del influjo del derecho canónico, la prohibición vuelve a ser general y absoluta.

La autotutela es aquella forma de solución en la cual uno de los sujetos resuelve el mismo de manera unilateral el conflicto, imponiendo su voluntad a la contraparte. Se dice que la solución se da por mano propia o a través de una acción directa. Esa forma la podemos llamar autodefensa (defensa propia) en virtud de la cual el titular de la situación (o del derecho) asume la defensa de ella²⁷².

La autodefensa es la defensa más antigua, primitiva, natural, injusta, peligrosa y simple. Es la expresión natural, espontánea, instintiva del sujeto para utilizar la fuerza cuando ve lesionado su interés por la acción de otro sujeto. Su empleo es simple porque para su ejercicio no requiere de la intermediación de ninguna otra persona y menos de algún tipo de organización estatal.

Presenta como características:

²⁷¹ CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 52

²⁷² VÉSCOVI, Enrique. Ob. cit., p 04

- Ausencia de un tercero distinto a las partes con capacidad para decidir el conflicto
- Una de las partes (la que decide el conflicto a su favor) tiene una situación de dominio, hegemónica o ventaja o fuerza sobre otra.

Dado el desarrollo actual del Derecho conviene preguntarse ¿Cuál es la razón de su reconocimiento en los ordenamientos?, la respuesta más apropiada sería que el Estado termina por reconocer la autodefensa como solución cuando su propia actividad no llega o puede llegar muy tarde.

Pese a la tendencia de abolición o prohibición de la autodefensa, se mantiene residualmente la autodefensa, pero estableciéndose como regla su carácter excepcional. Si partimos de la idea que la autodefensa pasó a ser una forma ilícita de resolver conflictos desde que tal función se atribuyó al Estado, concluimos que la autodefensa no es la generalidad sino la excepción como forma de resolver los conflictos, por eso excepcionalmente, la Ley autoriza en algunos casos el empleo de la autodefensa, deviniendo de esta manera su utilización para estos pocos casos en lícita y legítima; pero regularmente suelen ser proscritas por los ordenamientos, ya sea como delitos o garantizando ampliamente el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva.

Los actos de autodefensa que existen en la ley son pocos. Así, son manifestaciones lícitas de este tipo reguladas en la ley las siguientes:

- En Derecho Penal: La legítima defensa y el estado de necesidad (art. 20 del CP²⁷³).
- En Derecho Laboral: La huelga o el cierre patronal.
- En Derecho internacional: La guerra, dada la inexistencia de un Estado mundial o supranacional.
- En Derecho Civil:
 - Derecho de retención (art. 1,123 del CC²⁷⁴)
 - *Exceptio de non adimpleti contractus* (art. 1426 del CC²⁷⁵)
 - La posibilidad de cortar árboles o plantas de mi vecino que invadan mi predio (art. 967 del CC²⁷⁶)
 - Defensa posesoria (art. 920 del CC²⁷⁷)

²⁷³ Código Penal Artículo 20.- Esta exento de responsabilidad penal: (...) 3.- El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b).-Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y c).-Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa; 4.-El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de si o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a). Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y e la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b).- Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro.

²⁷⁴ Código Civil Artículo 1123.- Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

²⁷⁵ Código Civil: Artículo 1426.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

²⁷⁶ Código Civil: Artículo 967.- Todo propietario puede cortar las ramas de los árboles que se extiendan sobre el predio y las raíces que lo invadan. Cuando sea necesario podrá recurrir a la autoridad municipal o judicial para el ejercicio de estos derechos.

- Facultad de corregir a los hijos (art. 423 inc. 3 del CC²⁷⁸)

En el estado actual de nuestro desarrollo jurídico, conviene preguntarse si debe desaparecer la autodefensa. Al respecto, si bien algunos estudiosos del proceso consideran a la autodefensa como un mal que debe desaparecer de los ordenamientos, consideramos que esa idea es inviable porque los sistemas existentes de resolución de conflictos – principalmente el estatal - no son aún perfectos como desearíamos y además, considerando la masificación del uso del proceso como principal medio de resolución de conflictos, este dista mucho de poder someter a cauces procesales la totalidad de los conflictos, por lo que le conviene autorizar o aprovechar salidas legales que liberen a sus órganos judiciales del mayor número posible de litigios. Frente a este escenario, si se eliminaría toda forma de autodefensa, cabe cuestionarse si estarían los órganos judiciales preparados para disponer de un servicio efectivo ante el congestionamiento que se produciría.

La autodefensa tiene lugar al margen del proceso, por ello no está precedida por el ejercicio de la acción ni admite instituciones procesales, pues sin perjuicio que su validez pueda ser discutida posteriormente en un proceso, ninguna expresión de autodefensa produce el efecto de cosa juzgada.

Empero el permitir la autodefensa, encierra riesgos que se encuentran en parte neutralizados mediante dos correctivos importantes: la procesalización y la homologación judicial. “[L]a procesalización de alguna de sus formas tiende a obtener una decisión justa y la homologación judicial, tiene por objeto comprobar su justicia, precisamente para eximir de sanción”²⁷⁹.

3.1. Autocomposición

El segundo sistema de solución de conflictos se denomina autocomposición, que se caracteriza porque solo la voluntad de las partes involucradas en el mismo va a ser lo único que ponga fin al antagonismo. Es decir, ambas partes resuelven sus conflictos formulando una solución arribada por ellas mismas sin que una se imponga sobre la otra. “Al igual que el sistema de autodefensa, la autocomposición en un sistema parcial de solución de conflictos, porque van a ser las propias partes involucradas en el conflicto las que van a buscar la solución”²⁸⁰.

Las formas que esta clasificación propone se basan en el acuerdo de voluntades o el voluntario sacrificio o resignación de alguna de las partes y son las siguientes:

- **Allanamiento:** Es la sumisión del atacado (pretendido, demandado) que se aviene a reconocer la razón (o la pretensión) de otro.

²⁷⁷ Código Civil: Artículo 920.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuera desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

²⁷⁸ Código Civil: Artículo 423.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (...) 3. Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.

²⁷⁹ Afirma Ledesma Narváez que no basta que se afirme que se ha matado a alguien en legítima defensa, cuando los hechos aparezcan objetivamente contemplados como punibles, sino que habrá de ser contemplados judicialmente tales extremos. Si bien la autodefensa es por definición decisión parcial del conflicto puesto que la impone una de las partes en litigio no se puede sostener que represente victoria de la prepotencia sobre la justicia.

²⁸⁰ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., pp. 79-80

- **Renuncia o desistimiento:** El atacado abandona el conflicto sacrificando su propio interés.
- **Transacción:** Derivada de un acuerdo entre ambas partes en conflicto, las cuales lo resuelven mediante concesiones recíprocas en sus respectivos intereses o pretensiones.

3.2. Heterocomposición

La heterocomposición tiene como característica esencial la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes va a decidir el conflicto. Dado que el conflicto no pudo resolverse ni por voluntad de uno, ni por los dos, por lo cual deviene en necesaria la presencia de un tercero en el conflicto, donde el tercero tiene por misión resolver (o ayudar a resolver) el conflicto planteado.

Se tiene la siguiente clasificación dentro de este tipo de métodos:

- **Formas horizontales**
 - Mediación
 - Conciliación.
- **Formas verticales**
 - Proceso
 - Arbitraje.

3.2.1. Figuras horizontales

En este tipo de figuras el tercero decide con las partes.

a) Mediación

El mediador es un tercero que intenta acercar y comunicar a las partes entre sí y luego los reúne. Este tercero propone medios de solución al conflicto aceptables por lo que puede lograr el acuerdo entre las partes sobre la discrepancia, siendo el tercero un simple particular que interpone sus buenos oficios. El acuerdo es eficaz porque se materializa en un contrato o una transacción normalmente.

Cabe diferenciar esta figura de la conciliación. Etimológicamente, la voz conciliación proviene del latín “*conciliare*”, que significa componer y ajustar los ánimos de los que están opuestos entre sí, ponerlos en paz. En cambio, la palabra mediación, proviene del latín “*mediare*”, que significa interponerse. Tanto en la conciliación como en la mediación connotan la existencia de un tercero que interviene en un conflicto asumiendo roles distintos. Mientras que el conciliador eventualmente propone fórmulas de solución no obligatorias que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo; el mediador no tiene facultad para proponer opciones de solución al conflicto, solo es un facilitador de la comunicación y evita mayor conflictividad entre ellas.

b) Conciliación

En palabras de Marianella Ledesma, “*la conciliación, constituye uno de esos medios, por el cual un tercero imparcial interviene en el conflicto, con el consentimiento de las partes, para ayudarles y facilitarles la obtención de algún acuerdo que satisfaga los intereses de las partes enfrentadas. La importancia de esta intervención reside en que sólo*

*las partes y nadie más que ellas, son las que definen el resultado que quieran atribuir al conflicto que las separa. El poder de decisión está en las partes y no en el tercero conciliador, quien interviene como un mero avenidor o facilitador de la comunicación. Es pues el binomio, conflicto y voluntad, los pilares sobre el que se construye la conciliación*²⁸¹.

En el Perú, coexistían la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial (que se mantiene vigente), con la peculiaridad de que ambas eran obligatorias.

El primer contrasentido de la institución es que siendo un sistema que permite aligerar la carga de tensión y eliminar cierta animosidad o enemistad hacia la contraparte para convertirla en un medio de acercamiento y pacificación, parece insostenible tolerar la obligatoriedad dispuesta por ley, cuando la confianza no se impone.

En Argentina también impuso un sistema de conciliación (mediación) obligatoria, y todas las veces se alzaron contra esta medida²⁸² con los siguientes argumentos: *i*) por ser contraria a una de sus características que es la voluntariedad y limitando la oportunidad de gestión al momento previo de la *litis*; *ii*) procura descongestionar el Poder Judicial llevando al Estado a desertar de su función de administrar justicia; y *iii*) dicha medida no tiene parangón en el Derecho comparado.

Al respecto, exponemos dos precisiones sobre la conciliación extrajudicial:

*“El procedimiento encausado dentro de los medios alternativos no es un proceso; técnicamente el juicio es otra cosa, se vincula con la actividad gnoseológica del juez destinada a subsumir los conceptos jurídicos que las partes han desarrollado en los actos de procedimiento desde la postulación de sus pretensiones”*²⁸³.

*“Con ello queremos expresar que si la función de mediador, conciliador o árbitro no es jurisdiccional (es decir, no resuelve con carácter obligatorio) las actuaciones debieran estar absolutamente fuera del proceso”*²⁸⁴.

La norma que impone la obligatoriedad de someter a conciliación las controversias sobre derechos patrimoniales (que están dentro de la categoría de derechos disponibles) contiene una cuestionable constitucionalidad, dado que el artículo 62 segundo párrafo de la Constitución de 1993, que regula los principios generales del régimen económico consagra como únicas vías para la resolución de conflictos derivados de la relación contractual (y por ende de derechos patrimoniales) la arbitral y la jurisdiccional, quedando excluida la vía de conciliación por evidente omisión.

Como correlato no dejan de tener razón aquellos magistrados que restándole mérito de “*título de ejecución*” al acta de acuerdos abordados en Conciliación, le otorgan únicamente la calidad de medio probatorio adaptando la demanda a la vía procedimental que considere apropiada (sumarísima, abreviada o de conocimiento) en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 51 inciso 1 del Código Procesal Civil, accionar que tiene como fundamento precisamente el no reconocimiento de la conciliación extrajudicial como vía de

²⁸¹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Ob. cit., p. 75

²⁸² GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Ob. cit., pp. 38-40

²⁸³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Ob. cit., p. 40

²⁸⁴ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Ob. cit., p. 41

resolución (definitiva, es decir con calidad de cosa juzgada) de conflictos por la constitución; por ende, se considera que el procedimiento conciliatorio no es más que uno que debe servir como medio de prueba.

Sin embargo, otras normas si refieren a la conciliación. La constitución dice que toda persona tiene derecho a la paz; el Código Procesal Civil menciona que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, y la Ley de Conciliación Extrajudicial, que la conciliación propicia una cultura de paz.

El tercero aquí busca el acercamiento entre las partes. Excepcionalmente propone una fórmula conciliatoria (art. 20 de la Ley N° 26872). Es en cierto modo una mediación.

La restringida obligatoriedad de la conciliación extrajudicial no perjudica el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; antes bien podría hacerla innecesaria, al desaparecer el interés para obrar con el acuerdo total, como fruto de un buen procedimiento conciliatorio. Esto ahorraría al justiciable el tiempo, dinero y sufrimiento que implica todo proceso judicial.

Pero desde que en noviembre del año 2000 en el marco del Decreto Supremo N° 007-2000 –JUS, que marcó del plan piloto de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial que empezara a regular el requisito de obligatoriedad del intento conciliatorio en los distritos judiciales de Arequipa, Trujillo y Lima Norte, y posteriormente ampliada desde el 1 de marzo del 2001 mediante Ley N° 27398 a las ciudades de Lima y Callao, se empezaron a visualizar los problemas en la aplicación de la conciliación extrajudicial:

- Se incrementan los costos para el ciudadano.
- La resolución del conflicto dura más por ser la conciliación un trámite más que no genera resultados positivos.
- En el diseño normativo de la conciliación extrajudicial se percibe una fuerte influencia procesal. La actividad conciliatoria previa al proceso debe tener normas ligeras, flexibles, con una reducida influencia del derecho procesal, y no que se perciba como una instancia más de este, como un mecanismo previo. Al sentirse fuertemente procesalizada el justiciable necesita de un abogado que lo asesore.
- Aparición de nuevos casos de “*leguleyadas*”.
- El trámite de conciliación resulta engorroso por las imprecisiones de la ley, pues la regulación de un trámite legal debe facilitar la justiciable su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Empero los problemas que pueden presentarse en el irregular tránsito por la conciliación extrajudicial que impide luego acudir eficazmente al orden jurisdiccional, obliga a tener que recurrir nuevamente al mismo centro u otro centro de conciliación a fin de cumplir cabalmente con la formalidad del trámite, es decir que ahora hay que llevar al cabo un trámite bien en dos vías, la jurisdiccional y la conciliatoria, so pena de las nulidades que en ambos casos se pudiera incurrir de no hacerlo.
- Se ha convertido en un trámite más. En los hechos nos encontramos con un medio de resolución de conflictos que constituye un trámite más para los justiciables en vista de obtener protección a sus derechos e intereses, trámite calificado más en el hecho de su

excesivo reglamentarismo y a la excesiva importancia atribuida al cumplimiento de la formalidad bajo sanción de nulidad.

- La poca capacitación del conciliador en temas especializados, y su falta de compromiso con su labor, conlleva a la falta de interés de las partes por una solución consensuada constructiva y en vista de ello, la conciliación queda reducida al triste papeleo de un mero trámite, necesario para poder iniciar luego las acciones judiciales.

A la fecha no existe un estudio por parte de la autoridad competente – Ministerio de Justicia - que haya hecho una evaluación seria con información estadística confiable que corrobore la utilidad del sistema, que contenga por ejemplo, cuántas solicitudes de conciliación concluyeron satisfactoriamente sin tener que recurrir al Poder Judicial; cuántas concluyeron con acuerdos que fueron incumplidos y necesitaron recurrir al Poder judicial para exigir su cumplimiento, y finalmente cuántas concluyeron sin acuerdo por desavenencia entre las posiciones de las partes, o por su inasistencia a las audiencias, requiriendo por ende acudir al Poder Judicial para la resolución de su conflicto. Ahora bien este estudio no debería ser tan complicado como parece, habida cuenta que todos los centros de conciliación autorizados se encuentran bajo la supervisión del Ministerio de Justicia y al que bien pudieron alcanzar un informe con sus estadísticas, cuyos resultados consolidados hubieran podido arrojar tan valiosa información, con lo que hoy mismo no se cuenta, lo que me hace presumir que el desconocimiento de cifras, que podrían ser en el mejor de los casos desalentadoras, no es del todo ingenuo sino que obedece a un afán de encubrir el fracaso del sistema. Existe como fuente estadística los boletines estadísticos de la Secretaría de Conciliación del Ministerio de Justicia²⁸⁵, pero requiere un estudio debido.

Por otro lado, se han realizado estudios que abonan la justificación del empleo de la conciliación extrajudicial²⁸⁶, resaltándose entre las razones:

- Un primer fundamento, de tipo filosófico, radica en el establecimiento de la llamada “*cultura de paz*” y propugna que en una sociedad, donde el conflicto se ha institucionalizado como manera de hacer respetar nuestros derechos, creando un clima de confrontación en la resolución de disputas, se debe aspirar a llegar a alcanzar una situación ideal en la que se mantenga la paz y la tranquilidad entre los miembros de esa sociedad. Afirmamos junto con Hilmer Zegarra que si el conflicto nace en los mismos coasociados, lo óptimo sería que la solución nazca igualmente de ellos, para eliminar esa secuela nefasta de todo juicio donde hay un ganador y un perdedor, en aras del interés común, optando por resolver pacíficamente su conflicto de intereses para así evitar un futuro proceso que podría entablarse, contando para ello con la ayuda de un tercero.

Por la conciliación extrajudicial se permitirá a todos los miembros de la sociedad civil que gocen de la capacidad de ejercicio, que puedan restablecer la paz social. Se ha permitido así revalorar la creatividad de las partes involucradas en el conflicto, se ha redimensionado su rol protagónico en relación con el Estado, pues, ya no es este el único que puede poner fin a los conflictos, sino que también puede compartir el escenario con el ciudadano.

²⁸⁵ Ubicado en www.minjus.gob.pe/conciliación/estadística/situación.htm.

²⁸⁶ PINEDO AUBIÁN, Martín; *Justificación del empleo de la conciliación extrajudicial*. En *Legal Express, Publicación Mensual de Gaceta Jurídica*, N°39, Año 4, Marzo del 2004.

- El segundo fundamento es más bien de orden operativo, afirmándose que los medios alternativos para la resolución de conflictos, propiciarán la descongestión del despacho judicial, haciendo que los casos que puedan ser solucionados por ejemplo vía conciliaciones previas o arbitrajes libremente pactados no lleguen a la esfera de acción del Poder Judicial, dejando su acción solamente a aquellos casos en que no sea posible una solución dialogada entre las partes para dar paso a un acto de decisión del conflicto por parte del juez mediante la expedición de la sentencia.

A nuestro entender son causas del fracaso de la conciliación extrajudicial obligatoria en el Perú:

- Nuestra sociedad privilegia el litigio judicial sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos. Hay una cultura del litigio, de enfrentamiento frente a una cultura de paz. Pues la conciliación forma parte de una cultura de convivencia en armonía, al margen de la existencia del litigio. La forma de interrelacionarnos y responder a los conflictos de manera conciliadora debe operar en todos los ámbitos de la actividad humana. Llegar a ello implica internalizar respuestas de vida, las mismas que se van forjando, modelando con la educación, tanto en el hogar, escuela, iglesia y otras instituciones que tengan una fuerte incidencia en la formación del individuo. Es pertinente dejar una pregunta suelta, ¿El Estado ha diseñado una política educativa que despierte a todo nivel habilidades en el campo de la negociación o conciliación en la instrucción básica de sus ciudadanos?
- En la formación de los operadores jurídicos hay una preparación centrada en el litigio. En la mayoría de las facultades de Derecho se suele adiestrar al estudiante para afrontar con éxito un proceso, y no para orientar a su cliente a una salida negociada con su contraparte, lo cual es definitivamente más rápido y pacífico.
- Desconocimiento de la mayoría de la población de la conciliación por falta de divulgación. Los justiciables aún creen que el proceso judicial es la única vía a la que podrán recurrir para satisfacer sus pretensiones, pasando por alto que existen otras formas de solución.
- Los abogados también son parte del problema. Entre ellos existe una predisposición innata de resistencia a la conciliación obligatoria. La verdad que ellos no les interesa esta opción pues consideran que el proceso es y seguirá siendo el instrumento ideal, y si es posible el único, para la solución de conflictos. La explicación de esta vehemencia procesal de los abogados tiene diferentes factores. El abogado común –que es su mayoría es litigante- vive del litigio, si este es de mayor envergadura y alcance en el tiempo, es mucho mejor para su economía personal. Concorre también el factor académico-educativo, pues la formación universitaria se ha centrado en especializar al futuro profesional en el litigio y no en la negociación o conciliación, lo que conlleva a que se mire el conflicto primero con una solución legal y luego con reticencia a las soluciones que no sean procesales.
- La población no percibe el efectivo control por parte del Estado sobre la correcta operatividad de los centros de conciliación, por razones de presupuesto que es lo que constantemente se alega. En efecto, no hay centros clausurados o sancionados.

El empleo de la conciliación no debe ser considerada como una privatización de la justicia. Por el contrario, la manera de resolver disputas en el ámbito público del Poder Judicial constituye, paradójicamente, una privatización al estar “privados” del conocimiento de las reglas de juego, de las alternativas a nuestro alcance, del contacto con nuestros

oponentes y con los jueces que deben resolver sobre nuestros diferendos y, muchas veces, de la confianza en nuestros abogados que padecen litigar en beneficio propio. La conciliación extrajudicial abre la posibilidad del contacto con el otro, es decir restablecer la relación interpersonal y las presencias corporales que permiten percibir todo lo que la relación social indirecta que imponen los tribunales atenúa y aún oculta.

En el foro, a pedido de los litigantes, y de la ciudadanía en general se ha formulado la modificación del sistema, teniendo en consideración a su vez el Informe Final del CERIAJUS que establecía la necesidad de derogar este requisito de obligatoriedad, considerando una limitación al acceso a la justicia, también la necesidad de implementar la expansión del procedimiento conciliatorio a nuevos temas. En ese sentido señalamos como propuestas:

- Mantener la conciliación pero como facultativa
- Proponer la disminución de su tarifa.
- Recomendar a los jueces para que consideren la asistencia o la inasistencia a las conciliaciones como partes de la conducta procesal.
- Promover el uso masivo de la conciliación.

Con la dación del Decreto Legislativo N° 1070 que modifica una serie de aspectos de la Ley N° 26872-Ley de Conciliación Extrajudicial, y del Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, el Gobierno ha hecho el intento de regularizar esta figura, pero dicho esfuerzo no ha sido buenamente recogido por la doctrina nacional²⁸⁷, pues se viene criticando:

- La falta de definición entre la obligatoriedad y la no obligatoriedad de la institución conciliatoria en el ámbito nacional.
- El establecimiento de materias conciliables en *numerus clausus*
- La falta de sistematización con la Ley N° 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcios ulterior en las Municipalidades y Notarías.
- El Acta de conciliación. ¿Título ejecutivo o título de ejecución?
- La posibilidad de que las partes puedan concurrir en la audiencia de conciliación extrajudicial mediante apoderados.

3.2.2. Figuras verticales

El tercero está supra-partes, domina a las partes y resuelve por ellas.

a) Arbitraje

Es la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que con ocasión de dicha resolución, se suscitan sobre derechos arbitrables.

Constituye un método de resolver extrajudicialmente controversias en virtud del cual las partes acuerdan mediante convenio arbitral someter la solución de determinados

²⁸⁷ PARÉDEZ NEYRA, Iván y CORCUERA BÁRCENA, Úrsula, *La necesidad de una evaluación jurídica sistematizada de la legislación conciliatoria: las nuevas reformas en la Ley y Reglamento de conciliación extrajudicial*. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 183, Gaceta Jurídica Editores, Lima, febrero 2009.

conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellos respecto de una determinada relación jurídica, a la decisión vía laudo arbitral de uno o varios terceros denominados árbitros imparciales y ajenos a las partes y no integrado en un órgano judicial estatal. El arbitraje puede ser voluntario donde las partes acuerdan libremente someterse al arbitraje u obligatorio por el cual las partes están obligadas por el imperio de las normas legales en determinadas circunstancias.

Los principales Centros de Arbitraje que actualmente funciona en el país son:

- Cámara de Comercio de Lima
- Cámara Americana de Comercio ANCHAM PERU
- CEARCO PERU
- Colegio de Ingenieros del Perú CIP
- Colegio de Abogados de Lima CAL

Abordaremos ampliamente el arbitraje en el siguiente punto.

4. El Proceso

El Derecho Procesal como disciplina de la ciencia jurídica se ocupa del estudio del proceso. En cuanto a su noción tenemos que De Miguel y Alonso lo define como “*una serie de actos que tienden a la resolución coactiva y práctica de los conflictos sociales mediante la actuación de la ley por medio de los órganos jurisdiccionales del Estado, garantizando un bien o un derecho protegido concretamente por la ley, o ejerciendo el poder punitivo del estado*”²⁸⁸. Nos dice De La Plaza: “*Conviene todos los tratadistas en que el proceso civil está integrado, de igual modo que el proceso biológico o químico (de *processus*: avanzar, progresar), por una serie de actos que tienden, fundamentalmente, a proteger un derecho*”²⁸⁹. En ese mismo orden de ideas, Morón Palomino considera que el proceso es “[un] conjunto de posiciones jurídicas activas y pasivas de las partes y el juzgador, en orden a la decisión jurisdiccional de la controversia jurídica suscitada por la pretensión del actor y la eventual resistencia del demandado”²⁹⁰.

Asimismo, Prieto-Castro define el proceso de la siguiente manera: “*el proceso podemos conceptualarlo como el conjunto de actividades reguladas por el derecho procesal que realizan las partes y el tribunal, iniciado por una petición de otorgamiento de justicia a la jurisdicción, para alcanzar una sentencia u acto por el cual el Estado realiza su deber y derecho de defensa del orden jurídico objetivo privado, que implica la protección del derecho o del interés del justiciable que se en tal derecho objetivo*”²⁹¹. También Guasp, que al respecto dice lo siguiente: “*es la institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción*

²⁸⁸ DE MIGUEL y ALONSO, Carlos. *Derecho Procesal Práctico*, T. I, Barcelona, 11ª edición, Editorial Bosch. 1967. p. 4

²⁸⁹ DE LA PLAZA. Ob. cit., p. 7. Explicando un poco más su definición dice: “Para ello se requiere, puesto que se trata de una serie encadenada de actos que realizan, por un parte, los interesados en el conflicto, y por otra, los llamados a preparar su decisión o a pronunciarla con fuerza vinculante, arbitrar una fórmula cuyo valor intrínseco estará en directa relación con su eficacia para el logro del fin pretendido; y que habrá de exogitarse, como ha notado aquel tratadista, poniendo a contribución la *experiencia*, sin la cual difícilmente se conocerían los términos del conflicto, la *sagacidad*, para precisar el punto de equilibrio de los contrapuestos intereses, y la *técnica*, para hacerlo, según las directrices que presidan un sistema jurídico determinado” (DE LA PLAZA. Ob. cit., p. 8).

²⁹⁰ MORÓN PALOMINO, Manuel. *Derecho procesal civil*, Madrid, 1983. p. 148.

²⁹¹ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho procesal civil*. Madrid, 1989. 5ta. Edición. p. 33

*pública de pretensiones cuando estas pretensiones por las materias sobre que recaen afectan el ordenamiento jurídico privado*²⁹². La definición propugnada por Ramos Méndez al referirse al proceso es como sigue: “*El proceso es una sucesión ordenada de actos, según unas normas de procedimientos preestablecidos en función del juicio jurisdiccional*”²⁹³.

En doctrina nacional citaremos a Monroy Gálvez, quien después de reconocer que el término proceso tiene muchas acepciones, lo limita al ámbito judicial, a diferencia del proceso legislativo y administrativo, y lo define de la siguiente forma: “*El proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos*”²⁹⁴.

Como es fácil percatarse existen muchas definiciones sobre el proceso, lo que se ha intentado en primer lugar es citar algunos autores de los muchos que existen, con el objetivo de dar una visión panorámica del proceso, sin desmerecer a los no citados.

Quien pacientemente se pone a observar el modo en el cual se desarrolla el proceso judicial, puede darse cuenta que se trata de actividades humanas, actos jurídicos en general, distribuidos en el tiempo y en el espacio, siguiendo un cierto orden lógico, lo cual nos lleva a afirmar que “estas variadas actividades que componen el proceso, y que acaso siendo materialmente distintas y estando cronológicamente separadas la una de la otra, forman conceptualmente una serie continuada individualizada por la unidad del fin, constituyen actos jurídicos, y en cuanto a sus formas y sus efectos, están reguladas por la ley; y en ese sentido se habla en la doctrina y en la ley de actos procesales”²⁹⁵. Lo que sí es resaltante concebir en este momento al proceso como un conjunto de actos (llamados actos procesales por su regulación legal) y con ello vamos al aspecto dinámico del proceso, como un conjunto de actos tendientes a un fin.

También puede hablarse mucho de la finalidad del proceso. A fin de no ir por la tangente es menester referir aquí, que según el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil “*el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia*”.

El proceso es pues una consecuencia necesaria de la eliminación por el Estado de las formas de auto tutela promoviendo la heterocomposición con la creación de la figura del juez y el proceso como método de debate legítimo para resolver los conflictos entre las personas.

²⁹² GUASP, Jaime. *Derecho Procesal*. Instituto de Estudios Políticos”, Madrid, Tercera edición corregida, 1968, p. 28.

²⁹³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 13.

²⁹⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996; pp. 112-113. Igualmente define el maestro “Operativamente podemos definir el proceso judicial como el conjunto dialéctico de actos jurídicos procesales, realizados por los elementos activos de la relación jurídica procesal, con las finalidades de resolver el conflicto de intereses o acabar la incertidumbre jurídica y conseguir la paz social en justicia” (MONROY GÁLVEZ, Juan; *La postulación del proceso en el Código Procesal Civil*. En *Thémis* N° 23; p. 33).

²⁹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, traducción de la primera edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pp. 318-319.

Por eso el proceso civil germina sobre esta idea de que se inicia a solicitud de parte. Es un mecanismo por antonomasia a cargo de la jurisdicción (actividad llevada a cabo por el Poder Judicial) utilizado para resolver conflictos.

Como el objetivo del trabajo presente es una apuesta decidida por el arbitraje en adelante solo se hará referencia al arbitraje en detrimento del proceso jurisdiccional, no sin antes realizar un detalle de las principales diferencias entre ambos sistemas.

Siguiendo a Matheus López, se va a “*determinar aquellos puntos de unión o distanciamiento que posee el proceso arbitral respecto de aquel jurisdiccional, a efectos de evidenciar -sin pretensiones de certeza apodíctica- las ventajas propias del arbitraje como real alternativa frente a la propuesta ofertada por la jurisdicción estática*”²⁹⁶.

4.1. *Ámbito de aplicación*

El proceso arbitral se realiza para la solución de pretensiones basadas en derechos disponibles, en tanto el proceso jurisdiccional se proyecta a la solución de pretensiones fundamentadas tanto en derechos disponibles o no.

4.2. *Métodos de resolución de conflictos*

Tanto el proceso arbitral como el jurisdiccional son clasificados en la categoría de mecanismos heterocompositivos verticales de resolución de conflictos, en razón de la existencia en ambos casos de un tercero que ubicado supra partes en una posición vertical resuelve el conflicto.

4.3. *Diferencia de origen*

El proceso arbitral posee un origen negocial, cuya base es el convenio arbitral. Y ello origina un proceso arbitral desarrollado por los denominados árbitros. En tanto el proceso judicial posee un origen jurisdiccional justificado en el desarrollo funcional de la potestad jurisdiccional del Estado.

4.4. *Naturaleza jurídica*

Según unánime clasificación en la doctrina, hablar sobre las teorías que explican la naturaleza jurídica del proceso, es referirse a dos corriente antagónicas, la privatista y la publicista, sin desmerecer por supuesto a otra teorías que pese a no haber alcanzado la importancia debida por la doctrina mayoritaria no dejan de ser importantes.

“En términos generales las teorías privatistas han tratado de explicar la naturaleza del proceso, ubicándolo dentro de las figuras conocidas del derecho privado, como el contrato o el cuasi contrato; las teorías publicistas, en cambio, han considerado que el

²⁹⁶ MATHEUS LÓPEZ, Carlos; *Compulsiva crítica entre el proceso jurisdiccional y Arbitral en el Sistema Jurídico peruano*, en Revista de Derecho Internacional. Direito Internacional e do Mercosul. Nro. 4 Volumen 7. Buenos Aires, agosto.2003

*proceso constituye por sí solo una categoría especial dentro del derecho público, ya sea que se trate de una relación jurídica o bien de una serie de situaciones jurídicas*²⁹⁷.

Por su parte, en relación al proceso arbitral se han planteado como teoría explicativa: la contractualista (Guasp y otros), la jurisdiccionalista (Cordón, Reglero y otros), la ecléctica (Gaspar y otros) y la negocial procesal (Lorca).

4.5. Común perspectiva garantista

Tanto el proceso jurisdiccional como aquel arbitral vienen concebidos como un sistema de garantías constitucionales compuestas principalmente por la audiencia bilateral, la igualdad y la contradicción; lo que supone luego que le son aplicables las garantías de un debido proceso.

4.6. Composición subjetiva trilateral

Tanto el proceso arbitral como el jurisdiccional importan –básicamente– una relación jurídica trilateral, compuestas por sujetos imparciales (órgano arbitral o jurisdiccional y sus órganos auxiliares respectivamente) y por sujetos parciales (parte activa o pasiva); pudiendo ser además los sujetos imparciales de orden singular (juez y árbitro único respectivamente) o colegiado (corte y tribunal arbitral respectivamente).

4.7. Principio de contradicción

En cualquier tipo de proceso las partes deben estar dispuestas como adversarios, en dos posiciones opuestas. Esas dos posiciones en colisión representan la estructura lógica del proceso, y están ineludiblemente avocadas a un procedimiento, en el transcurso del cual ha de tener lugar una auténtica dialéctica concretada en un cruce de alegaciones y, en definitiva, en una contradicción.

Suele confundirse las palabras contraposición y contradicción, que normalmente aparecen identificados. Ciertamente nos encontramos en presencia de dos vocablos semejantes, en cuanto tienen en común una misma raíz, lo que provoca que en el imaginario común compartan una idea de choque, encuentro, o colisión. “A saber, la contraposición entraña una divergencia entre las partes situadas en dualidad de posiciones porque hay intereses contrapuestos, lo que se materializa en el proceso en una *litis* o contienda”²⁹⁸; siendo así, llevada esta contraposición al proceso, es lógico que sus actuaciones se hagan contradictoriamente. Por su parte, “*la contradicción hace referencia a la actuación de las mismas dentro del proceso, de forma que puedan rebatirse y cruzar sus respectivas alegaciones y pruebas, lo cual concierne al órgano articularlo*”²⁹⁹.

5. Tipologías utilizadas

El proceso judicial posee una triple clasificación, sustentada en base a la clasificación de las pretensiones, distinguiéndose así tres tipos de proceso: proceso cognitivo, proceso de ejecución y proceso cautelar. En cambio, el proceso arbitral se clasifica siguiendo variados

²⁹⁷ OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del proceso*. 3.ª edición, Oxford University Press Harla México, México, 1996 p. 182

²⁹⁸ CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Prólogo de Rosa Cobos Gavala; José María Bosch Editor; Barcelona, 2000; p. 71.

²⁹⁹ Ibid.

criterios, en, arbitraje de derecho y de conciencia, arbitraje institucional y ad hoc, arbitraje general y especial, arbitraje voluntario y forzoso.

a. Carácter de la pretensión

El proceso jurisdiccional se ocupa de la satisfacción de la pretensión justiciable (sea disponible o indisponible) en tanto el proceso arbitral se ocupa de la pretensión arbitrable (solo disponible).

b. Sobre la capacidad y legitimación

Tanto en el proceso arbitral como el jurisdiccional, podemos apreciar en cada caso, la necesidad de que las partes o los sujetos parciales cuenten con capacidad procesal, entendida como la aptitud de realizar eficazmente actos y/o negocios jurídicos procesales, sea a nombre propio o por cuenta ajena, porque se posee el libre ejercicio de los derechos que en el proceso se hacen valer.

Por su parte en el proceso judicial se requiere contar con legitimidad para obrar que no es otra cosa que la afirmación de titularidad respecto de la pretensión justiciable. En tanto en el proceso arbitral, la legitimidad viene determinada sobre la base de la suscripción del convenio arbitral.

c. Tratamiento de la pendencia y la litispendencia

Debe conocerse desde el momento que se inicia un proceso. Por ello debemos saber desde cuando un proceso se encuentra pendiente. Debe tenerse cuidado al decir que un proceso se encuentra pendiente, porque no es lo mismo que identificarlo con el concepto de litispendencia. Pendencia es un estado que se produce en un lapso de tiempo comprendido entre el inicio del proceso jurisdiccional y su final. Litispendencia es el conjunto de efectos procesales, legítimamente previstos a favor de una o ambas partes, que se manifiestan durante la pendencia de un proceso con el objetivo de garantizar la eficacia de la futura definición judicial del derecho desde la perspectiva de la duración de dicho proceso, evitando que esta duración perjudique al derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes. Entonces debemos avocarnos solo al tema de la pendencia y especialmente a conocer desde cuando un proceso se encuentra pendiente. Al respecto se postulan cuatro teorías:

- a).- Teoría de la presentación de la demanda.
- b).- Teoría de la admisión de la demanda.
- c).- Teoría del emplazamiento efectivo con la demanda.
- d).- Teoría de la contestación de la demanda.

Es obvio que tanto la doctrina como cada legislación en particular, escogerán tal o cual teoría. Por ejemplo, en el Perú, una interpretación sistemática de nuestro Código Procesal nos llevará a decidir por la tercera de ellas, pero en España, por otro lado, es expresa la adhesión a la primera teoría (la de presentación de la demanda). En conclusión, en el Perú, el proceso se inicia con el emplazamiento efectivo de la demanda al demandado

En tanto, en el proceso arbitral, debe distinguirse el supuesto de órgano arbitral singular de aquel colegiado, pues en el primero se produce la pendencia, origen de la

litispendencia arbitral, cuando aquel notifique a las partes su aceptación, mientras que en el segundo caso, se produce aquella con la notificación de la instalación del tribunal arbitral.

d. Costes

En el proceso judicial los costes, conformados por las costas y costos, vienen dados por las tasas judiciales, honorarios de órganos de auxilio judicial y el del abogado de la parte vencedora, así como otros gastos procesales. En tanto sucede que los costes de un proceso arbitral vienen conformados por los honorarios de los árbitros, de los abogados y del secretario arbitral, así como los gastos de protocolización del laudo y eventualmente la retribución a la institución arbitral. Además cabe poner en relieve que en el proceso jurisdiccional rige la regla de que los costes los asume el vencido, mientras que en el proceso arbitral la regla general será que cada parte asume sus propios costes, salvo pacto distinto en el convenio arbitral.

e. Auxilio

En el proceso judicial existe la institución denominada auxilio judicial, llamada antes beneficio de pobreza, empero en el proceso arbitral no se encuentra una norma que habilite tal beneficio.

f. Intervención de terceros

El fenómeno de la intervención sucede cuando en un proceso ya iniciado, ingresa un sujeto extraño, distinto a las partes originarias y por ello un tercero; así intervención procesal no es más que el ingreso de un tercero en una causa llevada entre otras personas, para defender un interés propio. Los tipos de intervención se dividen mayormente entre intervención voluntaria y forzosa. Sucede tanto en el proceso jurisdiccional como en el proceso arbitral.

g. Principio de dualidad

Más que un principio es una necesidad lógica de la estructura del proceso. Es consustancial a todo proceso. Para que pueda constituirse válidamente un proceso jurisdiccional es necesaria la presencia de dos partes.

No es exactamente que existan dos partes. Es una dualidad de posiciones en la que cada parte asume una posición distinta de la otra y viceversa.

Ya indicamos que cada una de estas partes asume una posición, pero pueden llegar a suceder algunos acontecimientos de carácter subjetivo dual, que consiste en que cada una de esas posiciones puede estar ocupada por más de una parte; en ese caso estaríamos ante una pluralidad de partes en dualidad de posiciones. El principio de dualidad de posiciones queda a salvo, no se verá afectado si dentro de esas posiciones hay una pluralidad de partes que se llama técnicamente litisconsorcio. De tal forma, podrán presentarse en el proceso arbitral como en el jurisdiccional supuestos tanto de litisconsorcio necesario, como también de litisconsorcio voluntario y cuasi necesario.

h. Determinación y posicionamiento de las partes

Se considera que por determinación de la parte debe entenderse como señalar o fijar que un determinado sujeto, y no otro, pertenece a un determinado proceso o integra una relación jurídica procesal específica. Dicha determinación “reviste especial importancia porque, por un lado, permite identificar los sujetos de la relación jurídico procesal, de tal suerte que los sujetos adoptan sus respectivas posiciones no pudiendo “*ni unirse a sí mismas ni al adversario como coadyuvantes, ni ser testigos*”; y, por otro lado, permite determinar las causales de impedimento y recusación del Juez a cargo del asunto (arts. 305 y 307 del CPC); permite definir si existe litispendencia (arts. 446 inc. 7 y 452 del CPC) y cosa juzgada (art. 446 inc. 8 y 452 del CPC); la declaración de parte (arts. 213 y ss. del CPC) y la responsabilidad por el pago de costas y costos (arts. 410 y ss. del CPC)”³⁰⁰. La determinación y posicionamiento de las posiciones de parte en el proceso jurisdiccional se produce en la demanda. De modo distinto, le arbitraje no se inicia por demanda sino más bien con la notificación del órgano arbitral, razón por la cual la tipicidad de cada posición parcial depende de la actividad del árbitro que inicia el proceso.

i. Nacionalidad de los sujetos procesales

Las partes en ambos procesos, tanto arbitral como jurisdiccional, podrán ser tanto nacionales como extranjeras, siempre que cuenten con capacidad procesal; afirmar lo contrario sería un acto discriminatorio contra ciudadanos no nacidos en territorio nacional. Sin embargo, mientras que en el proceso jurisdiccional el juez debe ser peruano, en el proceso arbitral, el árbitro puede ser tanto peruano como extranjero.

j. Designación del órgano imparcial

El Juez del proceso jurisdiccional es parte de una estructura orgánica que se encarga de la potestad jurisdiccional del Estado y como tal viene predeterminado e impuesto orgánicamente; mientras que el árbitro es elegido por las partes negocialmente.

k. Capacidad del órgano imparcial

Tanto en el proceso jurisdiccional como el proceso arbitral existe la exigencia de que el sujeto imparcial decidor cuente con ajeneidad y compatibilidad respecto del proceso, estableciéndose normativamente los supuestos en que no se cuente con tal capacidad, tales como aquellos de impedimento y recusación del juez y los de incompatibilidad y recusación del árbitro.

l. Profesionalidad del órgano imparcial

Comúnmente se alega para el proceso jurisdiccional la baja especialización del juez, siendo más justo decir la única especialización del juez, toda vez que el juez necesariamente debe ser abogado, tenga alta o baja especialización. En cambio en el proceso arbitral existe la figura del *árbitro escabino*, el cual cuenta con un conocimiento especializado o profesional, en una materia concreta.

³⁰⁰ MORALES GODO, Juan. “Apuntes sobre la noción de parte en el proceso civil”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo III, Lima. p. 199.

m. Órgano imparcial colegiado

En el proceso jurisdiccional el órgano imparcial puede ser único o colegiado. Los órganos colegiados del Poder Judicial, como las salas superiores y supremas, cuentan con una composición legal predeterminada de tres y cinco miembros, respectivamente. En el proceso arbitral la única exigencia en cuanto al número del colegiado es que la cantidad de miembros del colegiado sea impar.

n. Incorporación al órgano imparcial

El juez del proceso jurisdiccional se encuentra obligado a asumir la causa sometida a él cuando sea competente, pudiendo solo apartarse de su conocimiento en casos puntuales de impedimento y recusación. Mientras que en el proceso arbitral se requiere la aceptación del árbitro a efectos asuma los deberes y obligaciones propias del arbitraje, dependiendo en último caso de su voluntad el conocimiento de la causa arbitral

o. Otros sujetos imparciales

Presentes en el proceso jurisdiccional se encuentran al lado del juez los auxiliares de la administración de justicia que son parte de la estructura orgánica propia de la jurisdicción. Más en el proceso arbitral un auxiliar como el secretario arbitral es contingente, pudiendo existir como tal o no, presentándose la figura del árbitro- secretario.

p. Responsabilidad

El tratamiento de la responsabilidad civil del juez se caracteriza por ser una pretensión típica con un procedimiento civil ya previamente fijado en vía de proceso abreviado, en cuanto la responsabilidad civil del árbitro no posee un tratamiento específico, debiendo ser conducida a las normas generales aplicables de la responsabilidad profesional.

q. Retribución económica del órgano imparcial

El Juez es un servidor público de un estamento del Estado, y como tal recibe una retribución consistente en un sueldo fijo mensual por su trabajo desarrollado; en tanto el árbitro recibe por su labor un honorario por cada proceso arbitral, determinado generalmente sobre la base de un baremo.

r. Intervención recíproca

Tanto el proceso jurisdiccional como el proceso arbitral tienen recíprocas intervenciones uno en el otro; así el proceso judicial interviene en el proceso arbitral mediante instituciones tales como en la complementación de la actividad probatoria, la ejecución de una medida cautelar, la apelación, la ejecución del laudo nacional, el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. Por su parte, el proceso arbitral interviene en el jurisdiccional mediante la llamada excepción de convenio arbitral y la cosa juzgada.

s. Inactividad de las partes

El abandono en el concepto procesal es la paralización o inactividad en la tramitación del juicio, durante el término de ley, que en nuestro caso es cuatro meses. La institución del abandono tiene el mismo fundamento que el de la prescripción, de la que se diferencia en que esta es adquisitiva o extintiva, y aquel solamente es extintivo. En que la prescripción extintiva se fulmina la acción y el abandono pro su parte aniquila la instancia o el recurso pero deja viva la acción. Al abandono del proceso también se le denomina abandono de la instancia, perención o caducidad de la instancia.

Mientras que en el proceso arbitral tal inactividad no supone la conclusión del proceso ni impide que el órgano arbitral pronuncie el laudo sobre la base de lo actuado.

t. Plazos procesales

Generalmente el régimen de plazos en el proceso jurisdiccional es imperativo y su incumplimiento puede derivar en supuestos de nulidad, el plazo arbitral posee una significación negocial.

u. Lugar del procedimiento

En el proceso jurisdiccional las reglas sobre el lugar en el cual va a desarrollarse el proceso se fijan en base a las reglas de competencia territorial, pudiéndose dar como excepción la prórroga convencional de esta. En tanto en el arbitraje el lugar de realización del proceso se fija de forma convencional.

v. Resoluciones

Las resoluciones de los proceso jurisdiccionales son: *i*) Decretos³⁰¹ o resoluciones de mero trámite; *ii*) Autos³⁰², que son resoluciones en las cuales debe haber fundamentación, donde se motiva la decisión pero no se falla sobre la pretensión, y ocasionalmente pueden poner fin al proceso; *iii*) Sentencia³⁰³ que es la resolución que pone fin a un proceso y se pronuncia sobre la pretensión estimándola o no.

Por otro lado, las resoluciones arbitrales son solo dos: laudo arbitral y resoluciones distintas al laudo.

³⁰¹ Código Procesal Civil, Artículo 121.- Decretos, autos y sentencias.- Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.

³⁰² Código Procesal Civil, Artículo 121.- Decretos, autos y sentencias.- (...) Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

³⁰³ Código Procesal Civil. Artículo 121.- Decretos, autos y sentencias.- (...)Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

w. Probática

En el proceso jurisdiccional rige el principio de formalidad probática, en tanto en el proceso arbitral rige el principio de libertad formal, lo que quiere decir que en el primero mientras que el juez se encuentra obligado a utilizar todos los medios de prueba – administrados- a efectos de su decisión, el árbitro puede prescindir motivadamente de un medio de prueba si lo considera adecuado. De otro lado, en el proceso jurisdiccional rige cual sistema de valoración de valoración de la prueba el sistema de apreciación conjunta, mientras que en el proceso arbitral se utiliza el sistema de libre valoración.

y. Obligatoriedad del fallo

Se tiene que mientras la sentencia deviene en obligatoria por un sustento jurisdiccional, porque así se respeta la potestad jurisdiccional del Estado, el laudo arbitral posee una base negocial, dado que este se cumple y obliga a las partes porque negocialmente así lo desearon las partes.

Motivación del fallo

Sucede que en el proceso jurisdiccional la motivación siempre es jurídica, en tanto que en el proceso arbitral puede también serlo como no. Esta última situación se presenta en el arbitraje de conciencia en el cual la motivación es extra jurídica.

Corrección, integración y aclaración

Cabe indicar que tanto en el proceso jurisdiccional como arbitral se reconocen los mal llamados recursos de corrección, integración y aclaración de la sentencia y del laudo arbitral, respectivamente.

Firmeza y cosa juzgada

La firmeza es un elemento necesario de la preclusión procesal, pues dentro de un proceso debe haber momentos que se van cerrando. Los actos procesales deben tener un plazo para ser cumplidos, y debe llegarse a un momento en el cual transcurrido el plazo, ya no se puede cumplir un acto procesal válidamente entonces la firmeza no es sino un elemento necesario de la preclusión.

La cosa juzgada es el efecto de inatacabilidad o cobertura contra ataques que esta genera hacia fuera del proceso, por eso se dice es extra procesal, es decir con relación a los demás procesos. Los efectos de la cosa juzgada aquí pues no tienen carácter interno, sino externo, no se reflejan en el proceso en que se produce la cosa juzgada, sino en otro posterior. Es este lo que en verdad debe entenderse por cosa juzgada, si advertimos es innecesario denominarla “material” o “sustancial” pues asumiendo que la cosa juzgada es igual a firmeza, solo existe una noción única de cosa juzgada aunque la doctrina la sigue llamando material.

Tanto en el proceso jurisdiccional como en el arbitral (dada la presencia en ambos del principio de preclusión) podemos advertir tanto la firmeza -mal llamada cosa juzgada formal- como también de la cosa juzgada estricta o material.

z. Medios de impugnación ordinarios

Se denomina medio de impugnación ordinario aquel que cuestiona, ataca o discute una resolución que aún no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, siendo estos en el proceso jurisdiccional, la reposición, la apelación, la casación y la queja. En tanto, en el proceso arbitral solo existe la reposición, apelación (ante instancia judicial o arbitral) y anulación.

Medio de impugnación extraordinario

Se conoce como medio de impugnación extraordinario aquel que ataca una resolución que ya ha adquirido autoridad de cosa juzgada, siendo por antonomasia la mal llamada “*nulidad de la cosa juzgada fraudulenta*” aquel propio del proceso jurisdiccional. Sin embargo, no encontramos expresamente regulado un medio de este tipo para el proceso arbitral.

Proceso cautelar

No es extraño ver en el proceso jurisdiccional que el juez sea quien adopta y ejecuta la medida cautelar, lo cual no se presenta en el proceso arbitral, donde si bien la adopción de la medida viene decretada por el árbitro, la ejecución de aquella es llevada a cabo por el juez.

Ejecución forzosa del fallo

En el proceso jurisdiccional la sentencia judicial o la resolución judicial firme adquieren la calidad de título de ejecución, pudiendo ser ejecutadas a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. En tanto, en el proceso arbitral solo el laudo arbitral firme adquiere la calidad de título de ejecución, más no las resoluciones arbitrales firmes, razón por la cual estas últimas no podrán acceder al proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Reconocimiento y ejecución del fallo extranjero

Cabe señalar que indistintamente un laudo arbitral como la sentencia judicial extranjera, puede ser objeto de reconocimiento y posterior ejecución en nuestro país, de conformidad a los tratados vigentes.

6. Conclusiones

(Ventajas de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos respecto al proceso judicial)

1. La economía procesal no solo implica economía de esfuerzo que significa concentrar en pocas audiencias numerosos actos que implica un proceso civil, sino además la economía de costos, al ser absolutamente reducido el nivel de inversión para acceder a los medios alternativos, o por los gastos y honorarios profesionales que eventualmente signifiquen.
2. La velocidad de resolución del conflicto entre ambos es absolutamente incontestable.

3. La informalidad y la simplicidad del trámite se diferencia con el apego a formas incluso solemnes que origina un proceso jurisdiccional complejo, por lo que se piensa que el proceso judicial es muy técnico o que deba ser utilizado por poderosos y abogados.
4. La ausencia de una justicia verdadera de menor cuantía en el proceso jurisdiccional incentiva más el empleo de los medios alternativos.
5. Nada escapa que a través de estos mecanismos se descongestiona la actividad tribunalicia liberando a los jueces de tareas que otros muchos pueden realizar con mayor seguridad y eficacia.





FILOSOFÍA Y AXIOLOGÍA: PRIMERAS ANOTACIONES PARA UNA JUSTIFICACIÓN DE LA AXIOLOGÍA JURÍDICA

URTEAGA REGAL, Carlos Alberto (*)

“Ninguna rama de la Ciencia vive sin respirar Filosofía, pero esta necesidad es sentida por el Derecho más que por cualquier otra... el jurista se convence cada vez más de que, si no sabe más que Derecho, no alcanza a conocer siquiera el mismo Derecho.”

Francisco Carnelutti

SUMARIO: Introducción 1. Algunas nociones propiamente filosóficas. 1.1. ¿La Filosofía es su historia?. La cuestión de su dependencia 1.2. Filosofía y Ciencia. Problemática de la delimitación II. Filosofía del Derecho y Axiología Jurídica. – 2.1. Filosofía del Derecho. Nociones Previas y denominación. 2.2. Temas jusfilosóficos y Axiología Jurídica. – 3. Síntesis preliminar.

Introducción

Plantearse iniciar estudios en el terreno estimativo del Derecho, en tanto se intuye la hondura y radicalidad de los problemas que se plantea, nos lleva a graves cuestiones que parten por saber si estamos ante una Ciencia de la que ya se tiene claro su objeto y método, o si de lo que hablamos es de una disciplina que insiste en su debate y autonomía dentro de las fronteras de la Filosofía. En otros términos, tratase la Axiología de una ciencia particular, o no pasamos de una actividad propiamente filosófica cargada de sus notas propias en pugna y complementariedad.

Son estas preguntas, las que nos llevan a ensayar -aunque provisional- un primer paso exploratorio en la justificación del quehacer de nuestra disciplina. En ese itinerario, partir del presupuesto filosófico, significa ingresar -desde ya- en una cuestión propiamente filosófica, al ser necesario apuntar una noción de la filosofía, o en el mejor de los casos anotar una relación de puntos que se vinculen con su tarea. Y es en éste extremo que agilizamos un esbozo centrado en algunos caracteres, al que añadimos entre otras interrogantes a modo de hilo conductor: las que se refieren a la relación de la Filosofía con su historia; a ello, anexamos sumariamente el debate epistemológico sobre la delimitación de la Filosofía y la Ciencia. De aquí, pasamos a las nociones que giran alrededor de la relación entre la Filosofía del Derecho y la Axiología Jurídica. Temas inextricables, en suma, que si bien rebasan el marco de nuestro sucinto ensayo, se nos muestran urgentes como primer momento de reflexión, en el norte de nuestra inquietud centrada en una justificación, en lo posible exhaustiva, de la axiología o estimativa jurídica.

1. *Algunas nociones propiamente filosóficas*

1.1. *¿La Filosofía es su historia? La cuestión de su dependencia*

Cuestionarnos sobre lo qué es la Filosofía, significa ingresar -desde ya- en una cuestión propiamente filosófica, y desde aquí observamos el grado de libertad que respira la inquietud filosófica para llegar hacer problemática su propia actividad. No menos filosófico constituye, también, interrogarnos sobre la relación que guarda la Filosofía con su historia, es decir: ¿La Filosofía es propiamente Historia de la Filosofía? ¿Debemos tomar previsiones acaso sobre algunas concepciones historicistas que nos plantean esta identificación de la Filosofía con su historia? ¿Es posible hablar de una indagación filosófica al margen de las cuestiones históricas? ¿Es la Historia de la filosofía un momento del quehacer filosófico? ¿Cuándo nos encontramos con una actividad auténticamente filosófica?

Partiendo por la etimología del término Filosofía, expresión, formada por la reunión de dos voces griegas: “*filos*”, que equivale a amor, y “*sofía*” que quiere decir sabiduría, tenemos que filosofía significa: “*amor a la sabiduría*”. A su vez el término “*sabiduría*” comprende dos sentidos diferentes: de un lado significa cordura, sensatez; por otro lado, ilustración y conocimiento. De ahí que podamos desprender de este primer acercamiento con nuestro vocablo, la acepción que la entiende como “el amor a la sabiduría que nos capacita para ser cuerdos y sensatos en la vida y para comprender la esencia de la realidad.”¹ Lamentablemente, este camino no agota la riqueza de significaciones con que cuenta el término, y que fácilmente se advierten de una revisión de su historia, el mismo que pareciera poseer una “*especie de plasticidad indefinida*.”² Así, cada nueva acepción que adhiere al vocablo “*Filosofía*” aleja la posibilidad de una respuesta exhaustiva a nuestra interrogante.

En otros términos, si trasladamos la interrogante sobre lo qué es la Filosofía a quienes pensamos entendidos en la materia, resulta que nos topamos con opiniones tan disímiles, que fácil es concluir que Filosofía significa tanto como aquellos juicios y conceptos plasmados en la historia, o finalmente, “*se diría, pues, que los entendidos no saben qué es Filosofía*.”³ Empero, el procedimiento histórico empleado por Dilthey parece adelantar una respuesta, a la inextricable cuestión, cuando considera como camino de solución la pauta marcada por aquellos filósofos que se han impuesto antes que otros a la conciencia de la humanidad y que, en consecuencia, han orientado el norte significativo de la Filosofía.⁴ O como señala Salazar B., es menester, una definición de tipo ostensivo, es decir, la filosofía es lo que su historia nos muestra, hay que tomar contacto con esta historia, familiarizarnos, para impregnarnos de su sentido.⁵ Sin embargo, la tarea extraordinaria que nos reclama este esfuerzo hacia una interpretación idónea de los planteamientos filosóficos, la pesquisa que constituye enfrentar el colosal panorama de teoría e ideas que los principales exponentes de la filosofía han delineado, enfrentase en su ensayo con una saludable acotación heideggeriana. Señala el profesor de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, a propósito de la pregunta ¿qué es esto la filosofía?: “*debemos tener presentes las definiciones anteriores y posteriores de filosofía. ¿Y luego? Luego discerniremos por una abstracción comparativa lo que es común a todas las definiciones ¿Y luego? Luego obtendremos una fórmula vacía que conviene a toda clase de filosofía. ¿Y luego? Estaremos tan alejados cómo es posible de una respuesta a nuestra pregunta*.”⁶ O lo que es lo mismo: “una cosa es examinar y describir opiniones de filósofos. Otra cosa muy diferente es discutir con ellos lo que ellos dicen, es decir, aquello de lo que ellos hablan.”⁷

Dejando pendiente el camino que nos reserva el historicismo, sus inconvenientes y observaciones, y ubicándonos en la interrogante de ¿si es posible hablar de una indagación filosófica al margen de la Historia de la Filosofía? Conviene anotar, que la independencia absoluta que exhibe o blande algún filósofo resulta pura ilusión en vista de la imposibilidad de evitar la sugestión del ambiente y época. Ningún filósofo puede hacer tabula rasa de los conocimientos e influjos recibidos en el proceso de su formación espiritual, aun cuando quiera reaccionar contra ellos, esta movido por sus exigencias.⁸ Un problema planteado adánicamente, sin precedentes y puntos de referencia, planeará inane e impertinentes en el vacío de su infertilidad.⁹

Reconocible la importancia de la Historia de la Filosofía, de la tradición, para la actitud filosófica; es menester, precisar que la Filosofía no se reduce a esa exclusiva tarea. Como bien advierte Miró Quesada C.: *“La filosofía tiene carácter histórico; aunque no puede reducirse a su historia no puede practicarse sin estar referida a ella.”*¹⁰ Resulta palmario, entonces, la conveniencia de diferenciar, por un lado, aquel momento dedicado al sólo e importante esfuerzo reconstructivo, y por el otro, el esfuerzo, paralelo, que nos sujeta el paso en el camino del verdadero filosofar. Diferenciación para nada sencilla, en especial, para aquellas concepciones que sostienen que *“La Filosofía es histórica, y su historia le pertenece esencialmente (...) La filosofía no se agota en ninguno de sus sistemas, sino que consiste en la historia efectiva de todos ellos.”*¹¹ Si bien es innegable la importancia de la tarea reconstructiva para la faena filosófica. No menos importante es saber, cuando hablamos de verdadera filosofía, para no caer en un mero examen o descripción de opiniones de filósofos como observa Heidegger. Así parece notarlo R. Mondolfo, cuando desde su concepción historicista plantea que *“aun recibiendo y padeciendo el influjo de sus antecesores, cada filósofo que haga verdadera filosofía y no quiera ser simple repetidor de lo que han dicho otros, reacciona a su influjo de una manera personal, distinta de individuo a individuo.”*¹²

Y sobre una noción identificadora de una auténtica filosofía, las afirmaciones de los pensadores griegos nos indican una senda. Baste señalar lo que decía el Estagirita: *“los hombres comienzan y comenzaron a filosofar movidos por la admiración; al principio, admirados ante los fenómenos sorprendentes más comunes; luego avanzando poco a poco y planteándose problemas mayores, como los cambios de la luna y los relativos al sol y a las estrellas, y la generación del universo.”*¹³ Es decir, la Filosofía desde la antigüedad Griega no partió de un diálogo salido de la nada, partió de una motivación debido a algo, partió de un asombrarse ante algo. En la misma dirección, enrolase, también, Heidegger, cuando afirma que el asombro sostiene y domina a la filosofía, y es más, predomina en cada paso de la filosofía.¹⁴ Lamentablemente, este origen de la filosofía, se ha dejado al margen, la admiración, o asombro ante algo, simplemente ya no se menciona. La historia de la Filosofía en su identificación con la Filosofía, ha contribuido a asfixiar este rasgo imprescindible del verdadero filosofar.

Apreciase, por tanto, que el asombro o perplejidad, se revela como un rasgo filosófico que nos permite reconocer si nos encontramos ante una actitud, palpitante, propiamente filosófica. Y aquí, es oportuno mencionar *“que hay admiración y admiraciones. Hay la admiración de cualquiera y la otra, la contraria, como dice Aristóteles, que es la filosófica. Un espíritu simplón puede pasarse la vida extrañándose de las cosas más banales y corrientes sin llegar nunca a filosofar (...) La admiración de que se nutre la filosofía es, pues, una manera de ver y pensar aprendida en la escuela de los filósofos.”* Empero, cabe agregar que *“Aprender y educarse en filosofía no significa recibir simplemente contenidos teóricos, sino asumir problemas y prepararse para responderlos de un modo original.”* En otros

términos: “(...) *aprender, filosofía no es repetir una filosofía existente, sino llegar, por mediación de un filosofar existente, a un nuevo pensar.*”¹⁵ Filosofar, no se constriñe, pues, al mero aporte de escuela, al desvinculado logro de una exhaustiva interpretación, y desvitalizante registro, hasta ahí, ni siquiera hemos completado el primer paso del quehacer denominado filosofar.

Así, al asombro adicionase, otra categoría fundamental, la originalidad, la que inclusive debe subrayarse, en vista del descuido de la perspectiva histórica para atender este lado de naturaleza creadora y libre que, en absoluto, procura estacionarse en un mero registro pasivo y exacto de lo que otros han hecho, sino al contrario que busca entablar un diálogo provechoso, acorde con lo que se discute como de lo que planteamos como problema.¹⁶ Todo acercamiento con la historia de la Filosofía que deje fuera a los citados rasgos, no realiza propiamente filosofía.

Ahora bien, este escueto esbozo alrededor de una noción de la filosofía, que nos aclare respecto de la vinculación con la disciplina que se ocupa de su historia, estaría incompleto, si es que no apuntamos, otra nota fundamental, que fácilmente se desprende de lo expuesto. Nos referimos, al quehacer íntimo, vivencial, del filosofar. Al respecto, subraya el profesor Fernández Sessarego: “*La filosofía no es algo ya acabado con lo cual nos tropezamos. Ella comporta permanente actividad; insosegable tarea. Las 'doctrinas filosóficas' son tan sólo el resultado, el producto, del filosofar.*”¹⁷ Coincidente, anota García Morente: “la filosofía, más que ninguna otra disciplina, necesita ser vivida. Necesitamos tener de ella ‘vivencia’.”¹⁸ Para este rasgo vital del filosofar, oportuna, resulta, también, la expresión orteguiana: “la doctrina filosófica, eso que está o puede estar en libros, es solo la abstracción de la auténtica realidad “*filosofía*” -es solo su precipitado y su cuerpo semimuerto (...) el ser de la filosofía es lo que hace el filósofo, es el filosofar una forma del vivir.” “*Todo lo que no sea definir la filosofía como filosofar y el filosofar como un tipo esencial de vida es insuficiente y no es radical.*”¹⁹ Si bien no hemos pretendido agotar en tan breve apartado tema tan complejo como este de la relación de la Filosofía con su historia, el sólo plantearnos inicialmente la cuestión, nos permite ordenar algunos puntos. Así, en resumen, descubrimos que sin asombro la vivencia filosófica se nos escapa. Además, apreciamos que sumada a la tradición filosófica es menester la independencia y originalidad. En otros términos, la verdadera actitud filosófica, requiere de la tradición que nos descubre la Historia de la Filosofía y de la independencia del filosofar, éste último rasgo unido a la admiración salvaguardan el pulso vital del filosofar. Conviene, pues, dar a la Historia de la Filosofía su justa dimensión en relación con el filosofar.

1.2. Filosofía y Ciencia. Problemática de la delimitación

Una rápida mirada a algunos planteamientos que sobre la problemática delimitadora se han dado nos permite entrever inicialmente un sector conformado por aquellos que pretenden la reducción o conversión de la Filosofía a la Ciencia; y, por otro lado, desde la orilla opuesta, aquellas posiciones que nos plantean la diferenciación entre ambas tareas. En la primera posición, se encuentra la expresión kantiana: “*Así, pues, la crítica (refiriéndose a la Crítica de la razón pura, anot. nos.) contiene en sí, y aún ella completamente sola, el plan completo, bien probado y garantizado, y hasta todos los medios de realización en sí, por los cuales puede ser realizada la metafísica como ciencia; por otros caminos y otros medios es imposible.*”²⁰ De igual modo, desde su posición, Husserl nos dice que los intereses más elevados de la cultura humana exigen el desarrollo de una filosofía rigurosamente científica y sólo en ese sentido se justifica un cambio.²¹ Positivistas lógicos como Wittgenstein, desde

éste mismo lado, sostiene, “*El verdadero método de la filosofía sería propiamente éste: no decir nada sino aquello que se puede decir; es decir, las proposiciones de la ciencia natural-algo, pues, que no tiene nada que ver con la filosofía(...)*”[22]

Por su parte, la voz renuente a la conversión filosófica, cuenta entre sus partidarios a Karl Jaspers, para él, la Filosofía es “*menos que ciencia y más que ciencia*”. *En vista de que la filosofía va más allá de lo objetivo*. Es menos que ciencia porque no alcanza ningún resultado demostrable, que se imponga con validez objetiva a todos los investigadores. Pero es más que ciencia porque es fuente de una verdad inaccesible a la búsqueda científica.”[23] Zubiri refiere que la diferencia radical que separa a la filosofía y a las ciencias no procede del estado del conocimiento científico y filosófico, la cuestión sobre la existencia del objeto de la filosofía es lo que radicalmente escinde a la filosofía de todas las demás ciencias. “*Mientras que estas parten de la posesión de su objeto y de lo que se trata es simplemente de estudiarla, la filosofía tiene que comenzar por justificar activamente la existencia de su objeto, su posesión es el término y no el supuesto de su estudio, y no puedo mantenerse sino reivindicando constantemente su existencia.*”[24] Aquí, añadimos a Karl R. Popper, conocida es su expresión “*Llamo problema de la demarcación al del encontrar un criterio que nos permita distinguir entre las ciencias empíricas por un lado, y los sistemas metafísicos por otro.*”[25]

A nuestro primer planteo del debate demarcador, podríamos incluir la posición bungeana que considera innecesaria la demarcación de Popper. Según M. Bunge, “*toda investigación científica supone principios filosóficos; además, toda filosofía que se pretenda científica recoge resultados de la investigación científica*”. “*La ciencia se solapa parcialmente con la filosofía.*”[26] “*A la difícil problemática, le podemos añadir otras aristas, verbigracia: la distinción observación/teoría defendido por la epistemología tradicional, que sostiene que es absolutamente necesario que los hechos sean independientes y previos a las teorías y que su status ontológico no dependa de ellas*[27]; *la cuestión de la “variación de significado”*[28], entre otros temas que, a decir de Quintanilla Pérez-Wicht, nos sugerirían un nuevo viraje en la agenda epistemológica. De un monismo metodológico pasaríamos a hablar de un pluralismo, consecuencia y rechazo de la tradición cartesiana, en el que la pregunta por la demarcación se torna poco atractiva. Aquí, la pregunta por la científicidad, debe abandonarse y debe ser reemplazada por las preguntas: ¿Qué hace que una teoría sea mejor que otra? y ¿qué criterios deberíamos utilizar para escoger una teoría cuando se produzca un conflicto de teorías?.[29]

Ahora bien, anotada hasta aquí de manera sintética la cuestión demarcadora, en el que se ha presentado, entre otros aspectos, los inconvenientes de las divisiones radicales, así como la crítica al monismo metodológico subyacente en la pretensión de la interrogante. Corresponde, rápidamente, ingresar en el examen de algunos caracteres del quehacer filosófico en parangón con aquellas notas que parecen identificar mejor la actitud científica. Una nota patente de la actividad filosófica lo constituye la aspiración universalista. En tanto procura soluciones últimas, la Filosofía orientase hacia la totalidad de las cosas, por su parte, las ciencias se caracterizan por tener como objeto parcelas de la realidad. Totalidad filosófica en la que -como apreciamos- se incluye la propia ciencia como tema de indagación. En contraste, pues, se revela la actitud del especialista, cuya mirada se dirige a un sector mayor o menor de la totalidad de los objetos del conocimiento[30], situación, que a decir de Mario Bunge, se trataría del tercer componente de su decatupla conceptual de la ciencia, referido al Dominio(D), y que vendría a ser el universo del discurso o clase de referencia, en otras

palabras, se trata del conjunto de ideas o de hechos, a los que se refieren o que estudian los miembros de la comunidad científica.[31]

Asimismo, el enfoque sintético de la Filosofía, característico de su actividad, diferenciase de la perspectiva analítica de la ciencia. La ciencia como cuerpo de conocimientos o de enunciados, requiere ser interpretada, fundamentada, equivale a adscribirle un sentido, tarea que es obra de la filosofía. [32] Señala Oscar Miró Quesada (Racso): *“Las diversas ciencias nos ofrecen, pues, perspectivas parciales del mundo, la filosofía es una visión de conjunto; es el panorama de la totalidad. En resumen: la ciencia es una explicación analítica de las cosas; la filosofía es una interpretación sintética de la realidad.”*[33] Además, en tanto cuestionamiento radical, la Filosofía no se detiene ante supuestos, ni métodos, su inquietud la lleva a una problematización constante. Nos encontramos ante un punto de vista del límite, de los aspectos fundamentales, donde las ciencias se dan por satisfechas y dan mil cosas por supuestas, allí empieza la tarea filosófica, el preguntar del filósofo. En otros términos: *“Las ciencias conocen; él pregunta qué es conocer. Los otros sientan leyes; él se pregunta qué es la ley. El hombre ordinario habla de sentido y finalidad. El filósofo estudia qué hay que entender propiamente por sentido y finalidad (...) Donde las otras se dan por satisfechas, la filosofía sigue preguntando e investigando.”* Radicalidad del punto de vista, que alcanza al método, así, *“el filósofo no tiene por qué limitarse al método empírico, reductivo. Puede también valerse de la intuición del dato y de otros medios.”* [34]

Retomando las notas de universalidad y síntesis filosófica, provechoso resulta lo que bien ha puesto en claro Ortega y Gasset, para quien la universalidad no es otro que el momento de cara al universo, de tensión opuesta, que se plantea el principio metódico y autónomo que se propone la filosofía, que si bien no cuenta con disciplinas autónomas ella por sí misma en su afán de verdades primarias, procura autonomía, renuncia a apoyarse en nada anterior a la filosofía misma. Advierte el filósofo español, *“Ese punto o puntos mínimos de verdad rigurosa tienen que ser elásticamente dilatados hasta aprisionar cuanto hay. Frente a ese principio ascético de repliegue cauteloso que es la autonomía actúa un principio de tensión opuesta: el universalismo, el afán intelectual hacia el todo, lo que yo llamo pantonomía.”*[35]

Antes de finalizar nuestro sumario apartado, apuntamos un carácter más acerca de la filosofía, aunque no exclusivo de su quehacer, y que nos pone en contacto, a decir de Ortega, con el sentido prístino de su calidad significativa, con su primer aliento, acorde, con su nombre primigenio. Nos referimos al vocablo *a-létheia*, entendido, como averiguación, hallazgo de la verdad desnuda tras los ropajes de falsedad que la contaminaban. *Alétheia*, como dice el filósofo español, significa “verdad”, y la “verdad” debe comprenderse no como cosa muerta, según veintiséis siglos de habituación e inercia, “sino como un verbo-«verdad» como algo viviente (...) en suma, como acción.”[36] Atinadas expresiones inclusive, para *los actuales tiempos de cómoda y resignada “astenia* en el ataque al problema de la verdad”. Contexto, pródigo en acepciones nihilistas ajenos al término escepticismo, o mejor dicho al *skeptikoí* propio de los griegos.[37] En este punto, la filosofía es, pues, incoercible búsqueda, vocación prescrutadora, de la verdad.

Apuntada -provisionalmente- la presente relación de algunos caracteres, no creemos haber trazado una línea definitiva, sino que más bien hemos atisbado un saludable grado de diferenciación que no busca desatender la complementariedad existente entre ambos quehaceres del saber. De aquí es sencillo vislumbrar, para la relación Filosofía y Ciencias del

Derecho, ese contacto. Para Cossio, el verdadero jurista no puede perder el contacto con la Filosofía del Derecho porque ésta le resulta indispensable para poder hacer verdadera ciencia. En efecto, las cuestiones epistemológicas nos coloca a buen recaudo de posiciones extremas. Como anota el profesor argentino, la Ciencia no se estudia a sí misma, la Ciencia se dirige a las cosas, en tanto que la Filosofía se dirige a la Ciencia, la considera como a una cosa y la explica en su posibilidad y sentido. [38]

II. Filosofía del Derecho y Axiología Jurídica

En este apartado de nuestro estudio, se presentan como tareas -pendientes- la de saber la relación que guarda la disciplina axiológica con la Filosofía del Derecho, en esa dirección, resulta pertinente, entre otras cuestiones, interrogarnos: ¿Significa la Filosofía del derecho una disciplina particular de la Filosofía? ¿Se trata de una disciplina jurídica o filosófica? ¿Se puede hablar de una problemática estimativa en el ámbito jurídico? ¿Se justifica la perspectiva filosófica sobre tales asuntos?

2.1. Filosofía del Derecho. Nociones previas y denominación

La vinculación que podamos encontrar entre la Filosofía del Derecho y la Axiología Jurídica, parte primero por aclararnos respecto a la relación que guarda la filosofía y la actividad jusfilosófica: ¿Se trata de una relación intrínseca e insoluble? ¿Significa una disciplina especializada de la Filosofía?. Si partimos por considerar la pretensión de saber universal como nota ineludible del filosofar y a ello sumamos la vocación integradora de su actividad, es sencillo concluir que no existen disciplinas independientes o especializadas en el caso de la Filosofía. Anota bien Recaséns Siches, cuando al referirse a la Filosofía como conocimiento del universo, de todo cuanto hay, no lo presenta como suma o compendio de todos los conocimientos sobre todas las cosas, sino como “*apetito de integridad que no se para en trozos secundarios, ni en acumulación de visiones parciales-cuales son las de la ciencia.*”[39]

La Filosofía del Derecho no es otra que la misma Filosofía que sin perder su vocación de universalidad, se proyecta al mundo jurídico. [40] Como observa López de Oñate considerar a la Filosofía del derecho una parte o sección de la filosofía en general, significaría introducir un concepto impropio, en razón de que la Filosofía está toda en cada una de sus indagaciones, y no puede distinguirse en partes por decir así autónomas.[41]

En lo que respecta a la denominación “*Filosofía del Derecho*” para nuestra disciplina, no hay objeción para su acertada expresión, a todas luces apropiada. Su claridad, evita prejuicios o adelantos respecto del contenido que se desarrolla o solución que se plantea. Lo que no sucedía con las denominaciones acuñadas por los positivistas, y escuelas de derecho natural. Cogliolo y Austin, por ejemplo, la llamaban: ‘*filosofía del derecho positivo*’, o ‘*filosofía de la ley*’ o ‘*filosofía jurídica*’.[42]

La Filosofía del Derecho, por tanto, no se trata de una disciplina jurídica, mucho menos de una parte o sección de la filosofía. La Filosofía del Derecho no es otra que la Filosofía ocupada desde una vocación integral y radical en las cuestiones jurídicas. Acertado, anota, el jusfilósofo de São Paulo, Miguel Reale: “*La Filosofía del Derecho no es propiamente una disciplina jurídica, sino que es la misma Filosofía en cuanto dirigida hacia un ámbito de la realidad, cual es el de la realidad jurídica. Tampoco puede afirmarse que sea una Filosofía especial, porque es Filosofía en su totalidad, en la medida en que se*

preocupa por algo que posee valor universal(...)Dondequiera que exista el hombre, allí existe el derecho como expresión de vida y de convivencia. La Filosofía sólo se ocupa de aquello que tenga sentido de universalidad (...) Con ello se ponen de manifiesto los títulos que justifican la existencia de una Filosofía jurídica.”[43]

2.2. *Temas Jusfilosóficos y Axiología Jurídica*

Siendo la Filosofía del Derecho la misma Filosofía ocupada en la problemática jurídica resulta explicable que los rasgos que identifican su actividad alcancen, también, a los trabajos jusfilosóficos; y no sólo ello, el conjunto siempre abierto de la problemática filosófica deja su impronta, se proyecta en las indagaciones jusfilosóficas. Y entre esas cuestiones primordiales que avivan su tarea se encontrarían las preguntas sobre la temática axiológica. La interrogante alrededor de los valores encuentra, así, su espacio problematizador en la Filosofía del Derecho, en el ámbito, apropiadamente denominado Axiología o Estimativa Jurídica, un rápido repaso de la tradición jusfilosófica, lo sale comprobando. Sin embargo, no sería el único problema que encuentra su entroncamiento con la tarea jusfilosófica.

Entre los temas centrales de la Filosofía que inquietan y despiertan desarrollos en los estudios jusfilosóficos tenemos a la Gnoseología. [44] Aquí la filosofía, según Bochenski, se orienta a estudiar la posibilidad del conocimiento mismo, los presupuestos y límites del conocimiento posible. La Filosofía del Derecho no escapa al influjo de la problemática del conocimiento, así por ejemplo, se aprecia en el caso de la obra de R. Stammler quién siguiendo las huellas del pensador de Königsberg renueva la perspectiva jusfilosófica, diciéndonos que la misión del derecho, aparte de desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana, se encarga de enseñar en qué consiste la justicia. La noción de la justicia nace de la posibilidad de armonizar en nuestra mente de un modo absoluto todas las aspiraciones concebibles. [45] Desde la concepción de Vanni, nos encontraríamos aquí en una de las tres investigaciones de la Filosofía del Derecho, es decir, la “*indagación crítica*” relativa al saber jurídico, que pregunta por el fundamento y las condiciones que debe cumplir la ciencia jurídica para estar seguros de la validez y legitimidad de sus resultados.[46]

Apreciando la preeminencia ontológica de la pregunta que interroga por el ser, Heidegger, repara que el preguntar ontológico es anterior al preguntar óntico de las ciencias positivas. En tal sentido, apunta el pensador alemán, resulta ingenuo y no deja “*ver a través*” de él cuando su andar indagando tras del ser de los entes deja por dilucidar el sentido del ser en general. [47] De ésta forma, Heidegger, gesta la oscilación del péndulo filosófico hacia la problemática del ser; no de éste o aquel ser concreto y determinado, sino del ser en general, del ser en la más vasta y amplia acepción de esta palabra. Por consiguiente, el problema comprendido en la teoría del ser será justamente: ¿qué es el ser?.[48] Desde éste ángulo es posible, también, una aproximación a los planteamientos jusfilosóficos que apoyados en una concepción ontológica nos alcanzan una respuesta sobre la naturaleza del Derecho. Al respecto, subraya el profesor Fernández Sessarego: “*El tema primario de la Filosofía del Derecho es el ontológico, la pregunta por su objeto. Hay que reivindicarle a la ontología jurídica esta primariedad -al par que la tiene la ontología en la filosofía- frecuentemente olvidada.”[49].*

En cuanto a la Axiología o Estimativa, anota R. Frondizi, tenemos a una disciplina que madura sus primeros pasos en la segunda mitad del siglo XIX. Si bien, algunos valores inspiraron hondas reflexiones a más de un filósofo de la antigüedad, empero, tales esfuerzos

no lograron cuajar en una región propia, sino que cada valor recibía un tratamiento aislado. Es decir, no alcanzaron avizorar un planteamiento más íntegro del problema. De ahí, la necesidad de una indagación, crítica, orientada a despejar, el denso y confuso marco teórico estimativo, que deja, similar a las otras ramas filosóficas, su impronta ineludible en el ámbito jurídico. Así se abre paso, la necesidad de abordar, entre otras urgentes y graves cuestiones, las que inquietan: en la naturaleza del valor; la mostración de sus categorías fundamentales; las que se preocupan por la vía metodológica acorde con su objeto; las que se plantean el detalle de la jerarquía, y plexo de valores; la existencia o no de su autonomía; sobre sus implicancias en el terreno de otras disciplinas. Huella de la presencia estimativa, que directa o indirectamente han sido parte de las disquisiciones jusfilosóficas y axiológicas del Derecho, conforme pasaremos a ver en escueto y parcial estudio.

Recaséns Siches, desde su posición, fundamenta la importancia de la Estimativa Jurídica, al extremo de señalar que sin su presencia sería imposible la existencia del Derecho Positivo: *“para que pueda existir una norma de Derecho positivo, precisa que antes se haya producido una estimación, la cual entonces no es todavía Derecho positivo y sobre la cual se fundará el Derecho positivo que se dicte después. La norma positiva constituye la expresión de un juicio de valor. Sin valoraciones no cabría la existencia del Derecho positivo. Por tanto, los ingredientes del Derecho positivo no son todos ellos positivos, sino que hallamos la referencia intencional a algo no positivo.”*[50] Hans Kelsen pese a su positivismo, no deja de alcanzar una respuesta al tema estimativo, aunque sea sólo para sostener, que la justicia absoluta es un ideal irracional que escapa al conocimiento racional. La ciencia del derecho, afirma, sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Apunta el jefe de la Escuela Vienesa: *“la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden -o tal norma jurídica- es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva (...), o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo. (...) Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí es trascendente a los fenómenos.”*[51]

Desde la división de la Estimativa Jurídica en pura y positiva, Carlos Cossio, manifiesta que nuestra disciplina es el reconocimiento del Derecho en tanto que es valor, es decir, en tanto que es orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad, y en última instancia, justicia.[52] Para el Profesor Fernández Sessarego, la Estimativa Jurídica, se ocupa de los valores jurídicos, su jerarquía y conexiones, su cumplimiento o incumplimiento, y cobra unidad a través del plano ontológico, desde que toda conducta por ser tal es valiosa o desvaliosa y toda norma como pensamiento se refiere necesariamente a su objeto peculiar.

Todo valor exige una conducta que lo realice y todo pensamiento un objeto pensado. [53] De Francisco Miró Quesada C., conocido es su ensayo Sobre el Derecho Justo en el que, apoyándose en el apriorismo formalista kantiano, y planteándose la respectiva depuración de los rezagos de ética material, sostiene: *“que la única condición que debe cumplir una acción para que sea racionalmente ética, es que no sea arbitraria. De aquí se sigue que el Derecho justo, es decir el sistema legal que permita la forjación de una sociedad ética(o lo que es lo mismo, racional o justa), es el que hace imposible la existencia de la arbitrariedad en la vida social.”*[54] En otro momento de su investigación, y respaldándose en la teoría de las relaciones, define la simetría como condición suficiente de la justicia de una ley. Concluyendo que *“Una ley es justa si es no arbitraria y simétrica.”*[55]

Incluso entre aquellos que se han convertido en la crítica contemporánea más severa a la tradición positivista, encontramos la problemática axiológica; es el caso de Dworkin, que manifestando un apartamiento de las posiciones sostenidas por Kelsen, Ross y Hart, entre otros, cuestiona la tesis de la separabilidad de derecho y moral desde el punto de vista de la decisión judicial.[56] El argumento dworkiniano, anota: que en los casos más difíciles o duros los jueces resuelven acudiendo a estándares que no son normas jurídicas, a las que se identifican como principios, definidos estos últimos como el estándar que ha de ser observado porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.[57] Desde la vertiente kantiana, Rawls considera a: *“La justicia como la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. (...) no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar.”*[58] Entre los representantes de las teorías éticas contemporáneas, sobresale Alasdair Macintyre. Analizando las posturas de Rawls y Nozick, sostiene este autor, que para ambos pensadores, *“una sociedad se compone de individuos, cada uno con sus intereses, que han de avanzar juntos y formular reglas de vida comunes (...) en ambas interpretaciones, los individuos son primordiales y la sociedad de orden secundario”*. En el caso de Rawls -expresa- se presenta un principio de igualdad respecto de las necesidades. Nozick, en cambio, estima primero lo que es un principio de igualdad con respecto al derecho. Para Rawls es irrelevante cómo llegaron a su situación actual los que ahora se hallan en grave necesidad; la justicia es asunto de modelos presentes de distribución, para los que el pasado es irrelevante. Nozick, sólo cuenta títulos de lo legítimamente adquirido en el pasado; los modelos presentes de distribución deben ser irrelevantes en sí mismos para la justicia. *“Rawls y Nozick expresan con mucha fuerza la opinión muy extendida que ve la entrada al mundo social, por lo menos idealmente, como acto voluntario de individuos potencialmente racionales, con intereses previos, que tienen que hacerse la pregunta: ¿en qué tipo de contrato social con los demás es razonable que entre? Nada tiene de extraño que a consecuencia de esto sus opiniones excluyan cualquier interpretación de la comunidad humana y a la persecución de los bienes compartidos, pudiera proporcionar la base para juicios acerca de la virtud y la injusticia.”*[59]

A nuestro sucinto y parcial repaso, hay que añadir, como aclaración -que se infiere, además, de lo expuesto-, que los jusfilósofos como se comprueba, no hacen de su quehacer cajones cerrados, no hay para algunos de ellos disciplinas filosóficas soberanas. En Cossio, por ejemplo, la importancia el tema gnoseológico, no resta espacio, para una aguda perspectiva ontológica, e incluso axiológica, como pasaremos a ver. En otros términos y como bien abrevia Ortega: *“los problemas radicales están inexorablemente ligados unos a otros, y tirando de cualquiera salen los demás.”*

Se desprende, entonces, de nuestro escueto recorrido, la imbricación y proyección de la intrincada temática axiológica en la esfera del Derecho. Sobre esta influencia de la filosofía de los valores en el ámbito jurídico, se aprecia, que con el descubrimiento de los valores, la Estimativa Jurídica amplía considerablemente su campo. Al lado de la justicia presentase una vasta zona de valores que interesan al Derecho. Las perspectivas que se abren a la Estimativa son considerables, al ampliarse su horizonte de especulación. [60] Ahora bien, hay que precisar de una vez, que la interrelación e importancia que podemos encontrar entre los estudios estimativos y el Derecho no se dan sólo desde la dirección filosófica, sino que, además, el sentido provechoso parte también de la compleja problemática jurídica. Así lo entiende Ascoli cuando expresa: *“aun los juristas más ciegos para la perspectiva filosófica,*

han reconocido que la ciencia del Derecho positivo desemboca en la filosofía en tres momentos: con las lagunas del orden jurídico, con la interpretación de la ley y con los principios generales del Derecho.”[61]

Finalmente, añadimos, que las razones para estar conformes con la denominación de 'Axiología' o 'Estimativa Jurídica' para nuestra disciplina, se asemejan al caso de la Filosofía del Derecho, en tanto, evita prejuizgamientos o adelantos sobre el contenido o tarea que se plantea. [62] La palabra Estimativa como expresión global de todos los estudios sobre los valores, fue empleada originariamente por José Ortega y Gasset en 1924 en su artículo “¿Qué son los valores? Una introducción a la estimativa” (Revista de Occidente, Madrid, núm. 4), denominación prontamente aceptada e incorporada de modo general a nuestra terminología filosófica.[63] En cuanto al término Axiología, formado a base del término griego *axios* (“valioso”, “estimable”, “digno de ser honrado”), fue J. N. Finlay (*Axiological Ethics*, 1970) quien hace notar que Wilbur M. Urban, en su texto *Valuation: Its Nature and Laws* (1906), fue el primero en usar «axiología» para traducir la expresión alemana Werttheorie (“teoría del valor”) que el economista Von Neumann había introducido en economía, como «teoría del valor económico», y que Ehrenfels y Meinong, entre otros, habían tratado como teoría general de todos los valores.[64]

3. Síntesis preliminar

Sumariamente anotamos, adónde nos ha llevado - muy preliminarmente- nuestro itinerario alrededor de una justificación axiológica jurídica, para empezar, observamos:

1) La problemática de la delimitación de la Filosofía y la Ciencia, así como la referida a la relación de la Filosofía con su historia, y sabiendo que no hacemos más que empezar un primer tanteo sobre cuestiones centrales que han ocupado y ocupan a la actividad filosófica, nos muestran, su relevancia e ineludible vinculación dentro de las interrogantes que se abren paso en nuestra introducción a la Estimativa Jurídica. Así, descubrimos algunos caracteres que permiten identificar el quehacer filosófico orientado al estudio de los valores, denominado acertadamente Axiología o Estimativa, y que para el caso del Derecho, en cuanto a su estudio y tratado lleva el nombre de Axiología o Estimativa Jurídica. En síntesis, y sin pretender agotar tema tan intrincado como éste de la vinculación de la Filosofía y su historia, el sólo plantearnos inicialmente la cuestión, nos ha permitido ordenar algunos puntos, a saber: Que sin genuino asombro la vivencia filosófica se nos escapa(I). Además, apreciamos que sumada a la importancia de la tradición filosófica(II), es menester la independencia y originalidad(III). En otros términos, la verdadera actitud filosófica, requiere de la tradición que nos descubre la Historia de la Filosofía y de la independencia del filosofar, éste último rasgo unido a la admiración salvaguardan el pulso vital del filosofar. El esfuerzo filosófico no se constriñe a la órbita de su historia, hay un elemento vivencial irreductible en la filosofía que la hace actual, que garantiza su capacidad de asombro y creatividad. Conviene, pues, dar a la Historia de la Filosofía su justa dimensión en relación con el filosofar.

2) Entendiendo que la actividad y realización -no objetivada- de la Filosofía en absoluto procura estacionarse en un mero registro pasivo - y exacto- de lo que otros han hecho, sino de entablar un diálogo provechoso, acorde con lo que se discute como de lo que se plantea como problema. A las notas alrededor de una noción del quehacer filosófico, sumamos- provisionalmente- los caracteres que nos procuran una distinción en el ámbito de la compleja problemática demarcadora de la Filosofía y la Ciencia: (IV) Universalidad o Pantonomía, y

autonomía filosófica. Orientada hacia la totalidad de las cosas, en tanto busca soluciones últimas, la pretensión universalista del filosofar se distingue respecto del saber especializado de la ciencia. Pantomía que es la tensión opuesta al principio ascético de repliegue cauteloso que es la autonomía. (V) El enfoque sintético en contraste con la perspectiva analítica de la ciencia. (VI) Radicalidad. La Filosofía no se detiene ante supuestos, ni métodos, su inquietud la lleva a una problematización constante de la que no se escapa, incluso, la Ciencia. (VII) Y en tanto honda y radical la tarea del filosofar, integramos, el rasgo de la vocación perescrutadora, de la incoercible búsqueda de la verdad.

3) La Filosofía del Derecho, expresión que resulta apropiada a nuestra disciplina, y que evita prejuicios en razón de su contenido, no es otra que la Filosofía misma ocupada desde una vocación integral y radical en las cuestiones jurídicas. Por ende, las notas que identifican su actividad alcanzan a los trabajos jusfilosóficos; y no sólo eso, el conjunto siempre abierto de la problemática filosófica deja su impronta, se proyecta en las indagaciones jusfilosóficas. Así, entre esas cuestiones centrales que avivan su tarea se ubican las preguntas sobre la temática axiológica. Las complejas interrogantes sobre los valores encuentran su espacio problematizador en la Filosofía del Derecho, más precisamente en el ámbito denominado Axiología Jurídica. Aunque no sería la única disciplina que encuentra su entroncamiento con la tarea jusfilosófica. Cabe añadir además, la complementariedad inquisitiva que promueve la propia esfera jurídica, cuando ahondando en su objeto, emprende la senda de radicales interrogantes, y que por tanto la acercan desde esa vía con la Filosofía, o mejor dicho la tornan filosófica. En cuanto a la denominación de Axiología Jurídica de nuestro estudio, similar al caso de la Filosofía del Derecho, convenimos en su acierto en razón de que se limita a presentar sin prejuizar el problema o quehacer disciplinario.

NOTAS:

1 MIRÓ QUESADA, Oscar. *Lo que es la Filosofía*. Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1934, pp.7-8.

2 FERRATER MORA, José. *Filosofía*. En *Diccionario de Filosofía*. T.I. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1964, p. 662.

3 SALAZAR BONDY, Augusto. *¿Qué es filosofía?*. Lima, 1967, pp. 8-9. Así también, inicialmente, precisa Johan Hessen: “*Las definiciones esenciales que encontramos en la Historia de la Filosofía discrepan tanto, muchas veces, unas de otras, que parece completamente imposible extraer de ellas una definición esencial unitaria de la Filosofía*”. Teoría del conocimiento. 10ª ed. Buenos Aires, Ed. Losada, S.A., 1970, p.11.

4 DILTHEY, Guillermo. *La esencia de la Filosofía*. Trad. Elsa Tabering. Buenos Aires, Imprenta López, 1994, pp. 89 y ss.

5 SALAZAR BONDY. Op. cit. pp. 9-10.

6 HEIDEGGER, Martín. *¿Qué es esto, la filosofía?*. (Trad. Víctor Li-Carrillo. Lima, Ed. de la U.N.M.S.M, 1958, pp. 17-54.) En *Para Iniciarse en Filosofía. Antología. Volumen I.* José Carlos Ballón-Raymundo Prado-Juan Abugattas: Presentación, selección y notas. Lima-Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1993, pp.34-35.

7 Ibid. p. 35.

8 MONDOLFO, Rodolfo. *Problemas y Métodos de Investigación en la Historia de la Filosofía*. 4ª ed. Argentina, Ed. Eudeba, 1969, p. 30. Presentando el caso de Descartes, señala Mondolfo, que E. Gilson en su libro: *Index scholastico-cartésien*, documenta las huellas dejadas por la escolástica en el pensamiento cartesiano.p.30.

9 SALAZAR BONDY, Augusto. *Iniciación filosófica*. 5ª ed. Lima, Ed. Mantaro, 2000, p. 22.

10 MIRÓ QUESADA C., Francisco. *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Lima-Perú, Universidad de Lima, p.24.(notas).De Xavier Zubiri encontramos la siguiente expresión, sobre la relación de ambas disciplinas: “*La ocupación con la historia de la filosofía no es, pues, una simple curiosidad; es el movimiento mismo a que se ve sometida la inteligencia cuando intenta precisamente la ingente tarea de ponerse en marcha a sí misma desde su última raíz. Por esto la historia de la filosofía no es extrínseca a la filosofía misma (...) La filosofía no es su historia; pero la historia de la filosofía es filosofía.*” En Prólogo a la Primera Edición. En MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía*. 26ª ed. Nuevamente ampliada. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1996, p. XXV.

11 MARÍAS. Op. cit. p.5.

12 MONDOLFO. Op. cit. p. 65. El subrayado nos pertenece.

13 ARISTÓTELES. *Metafísica*. Libro I. 982b-15. Trad. Valentín García Yebra, Madrid: Gredos, 1980. Asimismo, Platón nos decía en el diálogo Teeteto o de la Ciencia: “*Muy propio del filósofo es el estado de tu alma: la admiración. Porque la filosofía no conoce otro origen que este, y bien dijo(pues era un entendido en genealogía) el que habló de Iris como hija de Taumante.*” Obras Completas. Trad. José Antonio Miguez. Madrid, Aguilar, p.901(155 a/156c).

14 HEIDEGGER. Art.cit.

15 SALAZAR BONDY. *Iniciación filosófica*. pp.22,23,24.

16 Dice el profesor David Sobrevilla, refiriéndose a la problemática que ocupa a la filosofía General y a la cultivada en el Perú, que la tendencia a historizar la filosofía, es decir a convertirla en historia de la filosofía, con lo que en verdad termina la filosofía. Se da actualmente en todo el mundo. Y el resultado es que algunos profesionales de la filosofía, aplastados por el peso de una historia monumental se siente incapaces de hacer filosofía, y son llamados tan sólo a hacer historia de la filosofía. Cf. *La filosofía contemporánea en el Perú*.1ª ed. Lima: Ed. Carlos Matta, 1996, pp.76, 79. A decir de Zubiri, “*Precisamente, por tratarse de un saber radical y último, la filosofía se halla montada, más que otro saber alguno, sobre una tradición. De lo que se trata es que, aun admitiendo filosofías ya hechas, esta adscripción sea resultado de un esfuerzo personal, de una auténtica vida intelectual.*” Cit. en ZUBIRI, Xavier. *Nuestra situación intelectual*.

17 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*. Tesis, U.N.M.S.M., 1950, Conclusión 2ª pp.188-189. Para Karl Jaspers: “*Toda Filosofía se define a sí misma por su realización. Lo que ella es no puede saberse más que por la experiencia; se ve, entonces, que ella es, al mismo tiempo, la actualización del pensamiento vivo y la reflexión sobre ese pensamiento, o la acción y el comentario de la acción*” en *Introduction a la Philosophie*, trad. Jeanne Hersch, París, 1950, p.9,cit. ,REALE, Miguel. *Filosofía del Derecho*.Trad. Ángel Herreros Sánchez.Madrid, Ed. Priramide, 1979, nota 3, p.23.

18 GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones Preliminares de Filosofía*.11ª ed., México, Ed. Diana, 1964, p.2.

19 ORTEGA Y GASSET, José. *¿Qué es filosofía?*. Madrid, Ediciones de la Revista Occidente, 7ª ed.,1971, pp.250,251.

20 KANT, Immanuel. *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir que haya de poder presentarse como una ciencia*. Trad. Julián Besteiro. España, Ed. Sarpe, 1984, p.192. Además en el prefacio de la segunda edición de la Crítica de la razón pura tenemos: “*La metafísica, aislado conocimiento especulativo de la razón, que nada toma de las enseñanzas de la experiencia y que sólo se sirve de simples conceptos(...)no tiene la dicha de haber podido entrar en el seguro camino de una ciencia(...).Así que el camino que se traza no es firme ni seguro, y mil veces es menester de nuevo rehacerlo, pues no conduce a adonde se deseaba llegar(...)Es necesario que nos convenzamos de que la marcha de ella ha sido hasta ahora incierta, el de un tanteo, y hecha, lo que es peor, por medio de simples conceptos.*”Trad: José Perojo y José Rovira Armengol. Revisión del trad, Ansgar Klein. Argentina, Ed. Orbis S.A., p.88.

21 Husserl, Edmundo. *La filosofía como ciencia estricta*. Trad. Elsa Tabernig. 2ª ed. Buenos Aires, Ed. Nova, p.48.

[22] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Enrique Tierno Galván. Madrid: Revista de Occidente, 1957, p.191.

[23] JASPERS, K. *Filosofía y Ciencia*, en “*Balance y perspectiva*”. Trad. F. Vela, Madrid, Revista de Occidente, 1953, pp.144-145, cit., por Pucciarelli. Husserl y la actitud científica en Filosofía. En: Husserl, Edmundo. *La filosofía como ciencia estricta*, p.39. Pucciarelli considera entre los pensadores que plantean la delimitación a: Max Scheler, Karl Jaspers, Gabriel Marcel, Henri Bergson, Benedetto Croce, Nicolás Abbagnano, León Chestov y Nicolás Berdiaeff. Vid.p.38 de la Op.cit.

[24] Prólogo a la Primera Edición de X. Zubiri en Marías, Julián. Op. cit. pp. XXVIII-XXIX.

[25] POPPER, Karl R. *La Lógica de la investigación científica*. Trad. Víctor Sánchez de Savala. México, Red Editorial Americana, S.A.,1996, p. 34. Puntual también es la expresión: “*Los positivistas suelen interpretar el problema de la demarcación de un modo naturalista: como si fuese un problema de la ciencia natural. En lugar de considerar que se encuentran ante la tarea de proponer una convención apropiada, creen que tienen que descubrir una diferencia -que existiría, por decirlo así, en la naturaleza de las cosas- entre la ciencia empírica por una parte y la metafísica por otra. Tratan constantemente de demostrar que la*

metafísica, por su misma naturaleza, no es sino parloteo absurdo-«sofistería e ilusión», como dice Hume, que deberíamos «arrojar a al fuego»”p.35.

[26] BUNGE, Mario. *Vigencia de la Filosofía*. Pueblo Libre, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 1999, pp.49-50. En su decatupla conceptual de la ciencia particular, respecto a los supuestos filosóficos (G), se indica: “*los científicos dan por sentado una cantidad de tesis de tipo filosófico. Por ejemplo, hay supuestos ontológicos, tales como que el mundo exterior existe independientemente del investigador; que el mundo exterior es legal es decir no hay milagros, hechos ilegales. Hay supuestos gnoseológicos, tales como el de la posibilidad de alcanzar la verdad, al menos parcial y aproximada. Finalmente, hay una ética del investigador: Los imperativos de la búsqueda de la verdad, de la coherencia y de la claridad; la propiedad común de los conocimientos, la promesa tácita de no usar el saber para dañar, etc. Quien viola estos preceptos morales no se considera un investigador científico propiamente dicho.*” pp. 27-29.

[27] QUINTANILLA PÉREZ-WICHT, Pablo. *La pregunta por la demarcación en la filosofía de la ciencia actual*. En *La ciencia y el saber psiconáutico*. 1ª ed., Lima-Perú, Editor Juan Carlos Tafur, 1990.pp.29-33.

[28] QUINTANILLA PÉREZ-WICHT. *Conocimiento, Demarcación y Elección de Teorías*.

[29] QUINTANILLA PÉREZ-WICHT. Art. cit. p.13-14.

[30] HESSEN. Op.cit.p.13. Afirma Icilio Vanni: “*Y como cada ciencia o grupo de ciencias estudia un orden particular de hechos y de relaciones, ocurre en último término que la ciencia representa un saber fragmentario (...) La filosofía, pues, tiene un objeto específico, un contenido propio, que es la totalidad de las cosas; en una palabra, lo universal(...)*De lo dicho se deduce que la filosofía representa el complemento o la integración de las ciencias. Toda ciencia singular, justamente porque estudia un orden particular de hechos, es impotente para tratar por sí los problemas generales comunes a todas las demás.”cit. en *Filosofía del Derecho*. Trad. Rafael Urbano. Madrid, p.16.

[31] BUNGE. Op. cit.p.28. La decatupla conceptual de la ciencia particular (CP) de Bunge: CP=<C, S, D, G, F, B, P, A, O, M>, se encuentra integrada por diez componentes, donde: C= comunidad; S=sociedad; D=dominio; G= supuestos filosóficos; F=fondo formal; B=fondo específico; P=problemática; A=fondo de conocimientos; O=objetivos; M=metódica. p. 31.

[32] SALAZAR BONDY. *¿Qué es filosofía?*. pp.22-23.

[33] MIRÓ QUESADA, Oscar. *Lo que es la Filosofía*. pp-33-34. Salazar Bondy en su tratado de Iniciación filosófica aclara más sobre este rasgo de la filosofía: “*Las disciplinas filosóficas no deben ser consideradas sistemas de conocimientos independientes, a semejanza de las disciplinas científicas. No hay reflexión gnoseológica totalmente ajena al quehacer ontológico o antropológico(...)*Esto ha llevado a decir, no sin razón, que la filosofía tiene sólo un gran asunto, que examina desde diversas perspectivas.”

[34] Bochenski,J.M. *Introducción al pensamiento filosófico*. Barcelona, Ed. Herder, 1965, p.29. Señala Francisco Miró Quesada C.: La ciencia parte, siempre, de supuestos de los cuales no duda. “Cuando, por motivo de los problemas que genera su propio desarrollo, o por

cualquier otra causa, la ciencia comienza a dudar de sus propios supuestos, se hace filosófica.” Ensayos de Filosofía del derecho. Lima, Universidad de Lima, pp. 13,29.

[35] Vid. ORTEGA Y GASSET, José. *Lección V*. En *¿Qué es Filosofía?*. 7ª ed., Madrid, Ed. de la Revista de Occidente, 1971.

[36] Epílogo de José Ortega y Gasset. En Marías. Op. cit. pp. 512-513.

[37] Ibid. pp.484, 485-486. Afirma Leo Strauss, que la filosofía es “*esencialmente no la posesión de la verdad, sino la búsqueda de la verdad. El carácter distintivo del filósofo es que el sabe que no sabe nada, y que esta vista hacia nuestra ignorancia lo induce a buscar con todas sus fuerzas el conocimiento.*” Vid. *What is Political Philosophy? And Other Essays*. Chicago University Press, 1988, p.11. Subraya Bertrand Russell: “La dificultad que existe para descubrir la verdad no prueba que no haya una verdad a descubrir.” Cf. *Philosophical Essays*. ed. Revisada, London, Allen & Unwin, 1966, p.20, cit., Frondizi, R. *¿Qué son los valores?*. 3ª ed., México, F.C.E., p.173. Decaimiento en la búsqueda de la verdad, que en el caso de los esfuerzos jusfilosóficos es notorio. Acierta, por ende, la denuncia cossiana respecto a los escasos esfuerzos en la epistemología jurídica, extensivo creemos, indudablemente, a los terrenos ontológicos y estimativos del Derecho. Cf. Prefacio. En *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires, Depalma, 1987, pp.XI-XIII.

[38] COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley*. Buenos Aires, Ed. Losada, S.A., 1939, pp.183-184,186-188. Según, Daniel E. Herrendorf, “*Ningún error es más caro a las ciencias que asumir ellas mismas la definición entitativa de los objetos de su estudio; o la busca de su cientificidad; o la sustantividad de la gnoseología. El científico conoce: no se detiene en cuestionar si el conocimiento es posible.*” Introducción a la Fenomenología Ecológica. En *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 14-15. A decir de Reale, hay dos prejuicios, equivalentes; uno, pretende que la Filosofía sea solamente un reflejo de las ciencias y el otro es pensar que la Filosofía posee mayor dignidad que la de las propias ciencias. El problema de la dignidad, carece de sentido; cada uno de estos tipos de saber posee, su propia esfera, su propia valía. No existe una jerarquía de méritos entre el científico y el filósofo. La Filosofía se acerca a la Ciencia para criticarla: pero esto quiere decir que sea superior, en valor, a la propia Ciencia, a la que hay que reconocer la autonomía que le es propia. Son campos de investigación distintos, sin que existan, entre ellos, vínculos jerárquicos que lleven a que la Filosofía sea una *ancilla scientiate*, ni que la Ciencia sea algo subordinado a la Filosofía. Son, por el contrario, conocimientos que marchan en mutua dependencia, de tal suerte que no es posible filosofar, en una época dada, con abstracción o desconocimiento total de los resultados de la Ciencia contemporánea. Cf. REALE. *Filosofía del Derecho*. pp. 43-44.

[39] RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del Derecho*. En Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tom.XII. Buenos Aires, Driskill, S.A., 1994, p.229.

[40] ALZAMORA VALDEZ, Mario. *La Filosofía del Derecho*, Lima, 1976, p.13.

[41] LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *Filosofía del Derecho*. Trad. Alberto S. Bianchi, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa- América- Bs. As., 1961, pp.27-28. Asimismo, anotase de Falchi: “*Es tan íntima la conexión entre la filosofía general y sus especificaciones, que éstas no podrían concebirse sin referencia a la totalidad del sistema del que extraen los presupuestos y al que*

concurrer con sus conclusiones." Falchi, A. *Filosofía proipedeutica. Introduzione alle filosofia particolari*, Torino, 1941, p.116, cit. por López de Oñate. *Filosofía del Derecho*. p.31.

[42] MARTÍNEZ PAZ, Enrique. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Córdoba, Ed. Litvack, 1946, p.50. Para R. Stammler- en su *Tratado de Filosofía del Derecho*- la procedencia del uso de la expresión "*Filosofía del Derecho*", parece proceder de Hugo, indicando para tal efecto, su *Curso de Derecho Civil*, esp. II: *Tratado de Derecho Natural o Filosofía del Derecho positivo*, 1797. Antes de él- precisase- el título de los libros que se escribían sobre esta materia respondía a la orientación de las doctrinas, o se le adscribía como tema simplemente el *Derecho Natural*. Vid. *Tratado de Filosofía del Derecho*. 1ª ed., Madrid, Ed. Reus, S.A., 1930, p.1. En el caso de la Universidad San Marcos, a decir de Juan Bautista de Lavalle, las vacilaciones y divergencias acerca de la naturaleza, el contenido, y el método del curso, alcanzaron a la propia denominación, a saber, entre ellas: '*Derecho Natural*', '*Principios Generales de Legislación*', '*Enciclopedia Jurídica*', y '*Filosofía del Derecho*'. Vid. DE LAVALLE, Juan Bautista. *Filosofía del Derecho y Docencia Jurídica*. En *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Año II, T.III, Lima, 1939, pp.568-569.

[43] REALE. *Filosofía del Derecho*. pp. 24-25. En esa vía, para Martínez Paz: "La filosofía, hemos expresado, es un saber de lo universal; lo particular no puede ser objeto de la filosofía, no cabe una filosofía de lo particular. Si se mira el derecho objetivamente, desde el punto de vista de las leyes y de los principios positivos, no es posible llegar a una filosofía." cit. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Córdoba(R.A.), Ed. Litvack, 1946, p.22.

[44] Sobre la diferenciación entre la Gnoseología y la Epistemología, observa Ferrater Mora: "no siempre es fácil distinguir entre problemas de teoría del conocimiento en general y problemas de teoría del conocimiento científico, es inevitable que haya vacilación en el uso de los términos". cit. en *Diccionario de Filosofía*. Tom.I. p.759.

[45] STAMMLER, R. *Tratado de Filosofía del Derecho*. pp.3-4. Precisa el profesor Fernández Sessarego: que justamente una epistemología basada en Kant constituye la obra de Stammler, quién aplica el programa criticista para solucionar el duelo entre razón e historia. Siguiendo a Kant establece la diferencia entre concepto e idea. Al respecto, véase, Bosquejo...(Tesis)pp. 52-55. Una relación de obras e índice bibliográfico sobre del profesor de la Universidad de Berlín, a cargo del profesor argentino Ernesto Garzón Valdés, y confeccionado gracias a la información de doscientas veintinueve bibliotecas y archivos de universidades y centros de investigación jurídica del país y del extranjero, se encuentra en la versión española de *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft (La esencia del Derecho y de la ciencia del Derecho)*. Córdoba (R.A.), Imprenta de la Universidad, 1958, pp.159-180. Entre otras obras trad. esp.de R. STAMMLER se tiene: *Cuestiones fundamentales de Filosofía y Derecho*. En *Rev. De Derecho Privado*, España, 15 de jun de 1922, Año X, n°105, pp.161-170; *La génesis del Derecho*. Rad. de W. Roces. Madrid, Calpe, 1925.

[46] VANNI. Op. cit. p. 22. *De la Lezioni de Filosofia del Diritto* del maestro italiano, como sabemos, existe traducción al castellano y notas a cargo del profesor Juan Bautista de Lavalle.

[47] HEIDEGGER, Martín. *El Ser y el Tiempo*. Trad. José Gaos. 2ª ed. México, Ed. FCE, 1988, pp.20-21.

[48] GARCÍA MORENTE. Op.cit.p.50.

[49] FERNÁNDEZ SESSAREGO. *El Derecho como libertad*. 2ª ed El derecho como libertad. 2ª ed., Universidad de Lima, 1994, pp.45-46. Coincidiendo en el carácter fundamental de la ontología, tenemos también a Legaz y Lacambra: “*El problema ontológico, pues, tiene carácter fundamental y fundante, porque condiciona el planteamiento de los otros problemas de la Filosofía y la ciencia del Derecho. En efecto, los valores jurídicos-la justicia, ante todo-son valores del ser jurídico, y el modo de ser del Derecho determina su concepto y el sistema de las categorías conceptuales en que se expresan las estructuras fundamentales de la realidad jurídica.*” cit. en *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1978, p.38.

[50] RECASÉNS SICHES. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. 2ª ed. pp. 379-380.

[51] KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Lima. Ed. Wisla, 1987, p.46 y pp. 44-45. Aunque en su Introducción a la Teoría Pura del Derecho (3ª ed. Trad. del inglés Emilio O. Rebas, Lima, 2001), ya no tan radical en su posición expresa: “el Derecho debe distinguirse de la justicia. Un enunciado que describa al Derecho no debe implicar ningún juicio acerca del valor moral de la ley, es decir, sobre su justicia o injusticia, lo que por supuesto no excluye el postulado de que el Derecho deba ser justo. Sin embargo, en virtud de que no sólo existe una justicia, sino diferentes e inclusive contradictorios ideales de justicia, el postulado no debe plantearse sin especificar cuál de estas muchas justicia se refiere.” pp. 60-61. Entre otros textos de Kelsen que abordan el tema estimativo Vid.: *What is Justice?*. En *California Law Review*, vol.45, N°4, 1957; La idea del Derecho Natural y otros Ensayos. Buenos Aires, LOSADA, 1946; *Metamorfosis de la idea de justicia*. En *Rev. De la Escuela de Jurisprudencia*. T- IX, oct-dic, n°44, México, 1949. Sobre el relativismo axiológico de Kelsen, véase, RECASÉNS SICHES, Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*. Tom I, 1ª ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1963, pp.189 y ss. De la posición kelseniana apunta Reale: “*En cuanto a la teoría de Kelsen, según Josef Kunz, se podría hablar de tricotomía implícita, aunque tal vez sea preferible denominarla «tridimensionalismo metodológico-negativo», pues en su sistema, efectivamente, sólo tiene carácter jurídico la Ciencia del Derecho como estudio lógico-sistemático de normas, independiente siempre del carácter metajurídico tanto de la Teoría de la Justicia como de la Sociología Jurídica.*” Cf. *Teoría Tridimensional del Derecho*. p.56. Sobre este autor, conviene mencionar, además, el sobresaliente ensayo de Carlos COSSIO. *Hans Kelsen. El jurista de la época contemporánea*. En *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1954, pp.135-147.

[52] COSSIO, Carlos. *Estimativa Jurídica*. En *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*. Año XXI-T.XX-N°4, julio-agosto 1992, pp.513-515.

[53] FERNÁNDEZ SESSAREGO. Bosquejo...p.199-202. Se refleja, en esta apreciación, también, su concepción tridimensional del Derecho, que como sabemos, adelantase a la teoría tridimensional de Miguel Reale. En razón de que sus ideas se plasmaron en 1950, en la tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Investigación ésta, pensada y escrita durante el período 1946-1949; por su parte, el jusfilósofo brasileño presentó en 1953, en su *Filosofía do Direito*, la versión orgánica de su teoría. Al respecto, véase, entre otros tratados: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *A José León Barandiarán, homenaje a su ciencia, a su magisterio, a su amistad*. En el *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Ed. Cuzco, 1985, p.257; y la Nota preliminar al texto *El Derecho como libertad* de Fernández Sessarego, pp.36-37.

[54] MIRÓ QUESADA C., Francisco. *Sobre el Derecho Justo*. En *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Lima-Perú, Universidad de Lima, pp.50-51. En otro parte del mismo ensayo, plantea: “*La única manera de no proceder arbitrariamente es, pues, considerar a todos los*

*hombres como fines en sí y no como medios. Toda reificación, toda alineación, queda así excluida. Cada hombre es considerado como una exigencia de realizar plenamente sus posibilidades, con la sola limitación de no impedir la realización de las posibilidades de los demás. Una vez fundada racionalmente la ética, se pasa directamente a la fundamentación racional del derecho. El derecho racional o justo es el derecho no arbitrario. Una sociedad justa es una sociedad organizada mediante un sistema de leyes que haga imposible el imperio de la arbitrariedad. Justicia, razón y no arbitrariedad son sinónimos en el mundo del derecho.”*p.54. Además, véase *Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos. En Ensayos...*, pp.13-26. Así como *La axiología o teoría de los valores, en Para iniciarse en la Filosofía*. Lima-Perú, Universidad de Lima, 1981, p.139 y ss. Para un estudio crítico del aporte estimativo de Miró Quesada C., Cf. de FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La concepción del Derecho de Francisco Miró Quesada*. En *Lógica, Razón y Humanismo*. La obra filosófica de Francisco MIRÓ QUESADA C.(Editores David Sobrevilla/ Domingo García Belaunde)Lima, Universidad de Lima,1992, pp.219-261, 411-413.

[55] MIRÓ QUESADA C., Francisco. *El Derecho justo*. En *Ius et Veritas*. Lima-Perú, Universidad Católica, 1994, N°9,pp.45-48.

[56] LÓPEZ RUF, Pablo. *Moral y Derecho en Dworkin*. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 11, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, pp.141-142.

[57] DWORKIN, R. *Los Derechos en serio, Los casos difíciles*. Barcelona, Ariel, 1989, p. 146. Entre otros textos de este autor se ubican: *Foundations of Liberal Equality*. Hay traducción castellana, intitulada *Ética privada e igualitarismo político*. Trad.Antoni Doménech, España, Ed. Piados, 1993. Asimismo: *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977; *Law's Empire*. Cambridge, Harvard University Press, 1986; *The Ethical Basis of Liberal Equality, Ethics and Economics*, Universidad de Siena, 1991; *Equality, Democracy, and Constitution*, Alberta Law Review, vol. XXVIII, n°2, 1990.

[58] RAWLS, John. *Teoría de la Justicia (A Theory of Justice)*. 2ª ed. en español, México, F.C.E., 1997, p.17. Como bibliografía inicial de este autor cabe citar: *Political Liberalism*. Nueva York, Columbia University Press, 1993; *Law of Peoples*, en S. Shute & S. Hurley(comps.), *On human Rights. The Oxford Amnesty Lectures*, Oxford, Oxford University Press, 1993. Sobre este autor: Vid GARGARELLA, Roberto. *Las Teorías de la justicia después de Rawls* .España, Ed. Piados, 1999; *La Justicia: John Rawls contra la tradición de la filosofía política*. En Bloom, Allan. Gigantes y Enanos. *La tradición ética y política de Sócrates a John Rawls*. España, Ed. Gedisa, 1999, pp.407-446. Para un conocimiento del debate entre John Rawls y Jürgen Habermas, véase, Jürgen Habermas/ John Rawls. *Debate sobre el liberalismo político*.(Introducción de Fernando Vallespín)Barcelona-Buenos Aires-México.Ed. Piados, 1998.

[59] MACINTYRE, Alasdair. *La Justicia como virtud: conceptos cambiantes*. En *Tras la Virtud (After Virtue)*. Trad.Amelia Valcárcel.Barcelona, Ed. Crítica, 1987, pp.305-308. De Macintyre, entre sus obras se cuenta: *Three Rival Versions of Moral enquiry*. Encyclopedia, *Genealogy and Tradition*. University of Notre Dame Press, 1990.

[60] FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Bosquejo...*pp.90-91.

[61] ASCOLI, Max. *La interpretazione delle leggi*. Roma, Athenaeum, 1928, p.10, cit. por Cossio, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ed. Arayú,

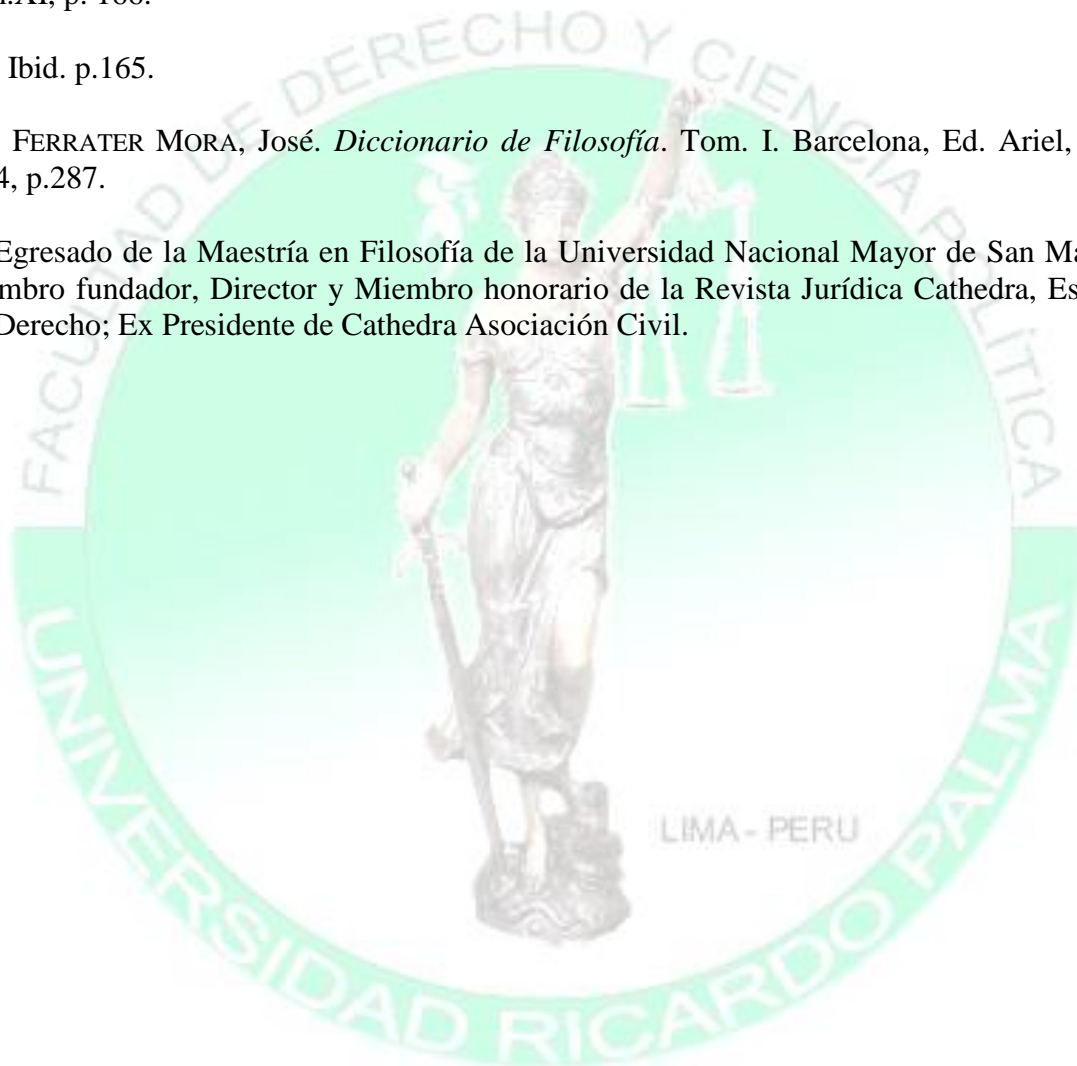
1954, p.30. Argumenta Miró Quesada C., que resulta imposible desvincular el mundo de los valores del Derecho. De ahí la relación de éste con la Filosofía. Es justamente el problema de la justicia, de la dignidad humana, de la hermenéutica, cuestiones que rebasan el ámbito científico. En consecuencia es muy importante que los juristas tengan formación filosófica. Cf. Intervención del Profesor Francisco Miró Quesada en el Acto de Presentación del Libro “Derecho de las Personas” del Profesor Carlos Fernández Sessarego. En Estudios Jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet. Lima-Perú, Ed. Cultural Cuzco, S. A., 1988, p.418.

[62] RECASÉNS SICHES, Luis. *Estimativa Jurídica*. En Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tom.XI, p. 166.

[63] Ibid. p.165.

[64] FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Tom. I. Barcelona, Ed. Ariel, S.A., 1994, p.287.

(*) Egresado de la Maestría en Filosofía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro fundador, Director y Miembro honorario de la Revista Jurídica Cathedra, Espíritu del Derecho; Ex Presidente de Cathedra Asociación Civil.



“LA LUCHA DEL ESTADO PERUANO CONTRA EL TRABAJO INFANTIL Y LA TRATA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: AVANCES Y DESAFÍOS”

VEGA LUNA, Eduardo³⁰⁴

SUMARIO: 1. Datos sobre la problemática de la niñez y el trabajo infantil. – 2. Responsabilidad del Estado frente al trabajo infantil. – 3. Recomendaciones específicas a los Estados para la protección de la niñez contra el trabajo infantil. – 4. Acciones complementarias por el Estado Peruano. – 5. El grave problema de la trata de niños y niñas con fines de explotación laboral. – 6. Reflexiones finales.

RESUMEN

Hacia 2011 la población infantil y adolescente era del 36% concentrando los índices más altos de pobreza y los que trabajaban era de un millón setecientos novecientos cincuenta mil, de los cuales el 33.9% realizaban trabajos de riesgo con más de 36 horas semanales y pese a las iniciativas del Estado peruano aún queda mucho por hacer.

Palabras clave: Trabajo infantil, trata de menores, explotación laboral, trabajo forzado.

ABSTRACT

By 2011 the child population was 36% concentrating the highest rates of poverty and working was one million seven hundred ninety five thousand, of which 33.9% risk undertaking work over 36 hours a week and despite the Peruvian state initiatives is still much to do

Key words: Child labor, child trafficking, labor exploitation, forced labor.

³⁰⁴ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Maestría en Paz y Desarrollo en la Cátedra UNESCO de filosofía para la Paz de la Universidad de Jaume I de España y estudios de Maestría en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Defensor del Pueblo (e).

1. Algunos datos sobre la problemática de la niñez y el trabajo infantil

De acuerdo a información de UNICEF correspondiente al año 2011, la población del Perú se acercaba a los 30 millones de personas. De este total, el 36% eran niños, niñas y adolescentes, es decir 10 millones 571 mil 879 personas.³⁰⁵

Además, los niños, niñas y adolescentes son los que concentran los índices más altos de pobreza. Mientras un 35% del total de la población peruana vive en situación de pobreza, esta cifra se eleva a 49 % entre los niños y niñas de 0 a 5 años, a 48 % entre los de 6 a 11 años y a 41 % entre los de 12 y 17 años. En total, alrededor del 45 % del total de niños, niñas y adolescentes en nuestro país viven en condiciones de pobreza.³⁰⁶

Por otro lado, según los resultados de la última Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática —INEI, la población de niñas, niños y adolescentes que trabajaba en nuestro país el año 2011 era de 1 millón 795 mil; es decir, un 4,3% menos que la que existía el año 2007.

De esta cifra, 832, 000 niños y niñas trabajadores tienen entre 6 y 13 años de edad; mientras que 826, 000 tienen entre 14 y 17 años. El 33,9% de adolescentes en el país realiza trabajos de riesgo y le dedica más de 36 horas semanales a dichos oficios. Ello, sin tomar en cuenta la “cifra negra” de los casos no registrados.

En ese sentido, si bien se reconocen las iniciativas adoptadas por el Estado peruano en la protección de los derechos de la niñez y adolescencia; aún queda mucho trabajo por hacer, ya que la cifra de trabajo infantil y adolescente todavía es elevada.

Para graficar este grave problema, me permito narrarles dos situaciones, entre las muchas que llegan a conocimiento de nuestra institución.

En la primera de ellas, dos adolescentes de 13 y 15 años viajaron de Andahuaylas a Abancay (región Apurímac), con el permiso de sus padres, para buscar trabajo. En dicha ciudad, se encontraron con un hombre que les ofreció trabajar en su panadería. Luego de dos semanas, el adolescente de 13 años sufrió un grave accidente en su mano izquierda al manipular una de las máquinas para amasar pan y, debido a la gravedad de la lesión, terminaron por amputarle dos dedos. Las autoridades advirtieron que este adolescente era explotado aproximadamente 14 horas al día, especialmente por las noches. Conocidos estos hechos, se realizó un operativo en la referida panadería, en el que se logró rescatar al otro adolescente.

En el segundo caso, dos adolescentes -de 14 y 17 años de edad- se presentaron en la sede del Ministerio Público en Huacho para denunciar a una pareja de esposos que las había convencido de salir de su ciudad natal, Juliaca en Puno, para trabajar vendiendo churros. Sin embargo, cuando llegaron a la casa de la pareja, en Huacho, empezaron a recibir maltratos físicos y psicológicos y no se les pagó nada de lo prometido, lo que las motivó a escapar. Posteriormente, las investigaciones policiales determinaron que las víctimas trabajaban 18 horas al día y que en esa casa existían más menores de edad explotadas.

³⁰⁵ Información contenida en el documento de UNICEF: “Estado de la niñez en el Perú”. Lima, 2011. p. 10

³⁰⁶ Información contenida en el documento de UNICEF: “Estado de la niñez en el Perú”. Lima, 2011. p. 10.

Estos casos ilustran la grave problemática del trabajo infantil en nuestro país. Situación que también ha sido reseñada en un informe del Departamento de Estado Norteamericano del 2012, que da cuenta que el trabajo infantil forzado en el Perú continúa existiendo, especialmente en la minería informal de extracción de oro, entre grupos de mendigos en las zonas urbanas, en el servicio doméstico y en la producción y el transporte de cocaína.

Lamentablemente, hechos como éstos son comunes en nuestra sociedad, hasta el punto de generar indiferencia. Niños, niñas y adolescentes de todas las edades realizan actividades incompatibles con su edad —que incluso pueden tener relevancia delictiva— debido esencialmente a la situación de extrema pobreza que atraviesan sus familias.

2. La responsabilidad del estado frente al trabajo infantil

Frente a la problemática del trabajo y la explotación infantil, la actuación del Estado debe ser de un enérgico rechazo a situaciones que vulneren los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes; que -como todos sabemos- son titulares de derechos y obligaciones, que deben ser respetados por el Estado y la comunidad.

Esta nueva visión de la infancia, conocida como la “*Doctrina de la Protección Integral*”, se desprende del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por nuestro país el año 1990 y que —en la actualidad— es el instrumento internacional más importante sobre niñez. Antes de la Convención, los niños, niñas y adolescentes eran considerados como meros objetos de protección, a quienes se les debía asistir por razones de piedad, lo que se conocía como la “*Doctrina de la Situación Irregular.*”

Es preciso incidir en estas definiciones. Y es que, a pesar que normativamente se ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, en la práctica, muchas veces las autoridades hacen caso omiso a la ley, desconociendo a los niños, niñas y adolescentes como personas capaces de ejercitar sus derechos y reclamar el cumplimiento de los mismos.

Esta situación es lo que Mary Beloff³⁰⁷ denomina un “*fraude de etiquetas*” en relación con la infancia y la adolescencia; es decir, situaciones en las que las modificaciones normativas sólo implican un cambio de nombre, vacío de contenido, y no un cambio en las prácticas y políticas institucionales.

Es a partir de esta nueva visión que se debe abordar la grave problemática del trabajo y la explotación infantil. Lamentablemente, este es un problema de larga data en nuestras sociedades que, incluso, ha sido objeto de análisis de la Organización Internacional del Trabajo desde sus inicios. Así, podemos mencionar que el Convenio N° 5 de la OIT, publicado en 1919, abordó el tema de la edad mínima de acceso al empleo en la industria.

Actualmente, existen dos instrumentos internacionales claves sobre la materia. El primero es el Convenio N° 138 de la OIT, referido a la edad mínima de acceso al empleo, en el que se fijan las edades mínimas requeridas según los tipos de trabajo. Este Convenio tiene como objetivo expreso “*la total abolición del trabajo de los niños*”.

³⁰⁷ Especialista argentina en materia de infancia y adolescencia.

El segundo instrumento internacional de especial relevancia es el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil. Este instrumento exige que los Estados adopten medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, entendidas como aquellas actividades que atentan gravemente contra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Entre éstas se encuentran la esclavitud, la trata de personas, la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso u obligatorio, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, entre otros. Además, el Convenio 182 invoca a los Estados miembros a que implementen los respectivos mecanismos de vigilancia y programas de acción para erradicar estas prácticas.

Como se advierte, existe una tendencia a nivel internacional a proscribir el trabajo infantil, especialmente aquellos calificados como “peligrosos”, así como las denominadas “*peores formas de trabajo infantil*”.

En el ámbito nacional, el artículo 23 de la Constitución Política establece que el trabajo -en sus diversas modalidades- es objeto de atención prioritaria del Estado. Asimismo, este artículo establece la obligación estatal de proteger especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. De lo anterior, se advierte claramente la obligación del Estado de proteger a las personas menores de edad en el marco de las políticas públicas del sector trabajo.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes regula el régimen legal para el Adolescente Trabajador. Al respecto, se debe destacar lo dispuesto por el artículo 49° del Código, que señala que la protección al adolescente trabajador corresponde al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en forma coordinada y complementaria con los Sectores Trabajo, Salud y Educación, así como con los Gobiernos Regionales y Municipales. Además, de acuerdo al artículo 51° de dicho Código, la edad mínima para que los y las adolescentes accedan a un trabajo en nuestro país, de acuerdo al régimen general, es de 14 años.

Adicionalmente, el Poder Ejecutivo -mediante Decreto Supremo N° 003-2010-MIMDES- aprobó la lista de trabajos peligrosos que, por la exigencia de las labores, pueden interferir o comprometer la integridad, la seguridad o la moral de los y las adolescentes. Entre éstos cabe destacar a la actividad minera, construcción civil, industria de hidrocarburos, fabricación artesanal de ladrillos y adobes, aquellos realizados en centros nocturnos, prostíbulos, en la vía pública, etc.

La utilización de menores de edad en estos trabajos se encuentra prohibida, y tiene sanción administrativa y penal.

En suma, de la normativa expuesta, se aprecia que -tanto a nivel internacional y nacional- únicamente se permite el trabajo de los y las adolescentes de acuerdo a las edades mínimas señaladas en la ley. Adicionalmente, se debe garantizar que no exista explotación económica, que su realización no importe riesgo o peligro, ni afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo.

3. Recomendaciones específicas a los estados para la protección de la niñez contra el trabajo infantil

La problemática del trabajo infantil ha merecido el pronunciamiento de diversos organismos de Naciones Unidas. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 4, titulada “*La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*”, instó a los Estados parte a proteger a los y las adolescentes contra toda forma de trabajo que pueda poner en peligro el ejercicio de sus derechos; especialmente prohibiendo toda forma de trabajo infantil y reglamentando el entorno laboral y las condiciones de trabajo.

Además, este organismo supranacional ha emitido recomendaciones a nuestro país sobre el tema de trabajo infantil. En ese sentido, en las Observaciones Finales de los años 1993, 2000 y 2006, encargó al Estado peruano la implementación de diversas medidas, entre las que cabe destacar la ratificación de los Convenios 138 y 182 de la OIT, así como la elevación de la edad mínima de admisión al empleo a los 15 años.

Cabe destacar que esta última recomendación ya se encuentra recogida en el proyecto de modificación del Código de los Niños y Adolescentes que se viene debatiendo actualmente en el Congreso.

Por su parte, debe mencionarse que la situación de la niña trabajadora ha merecido un especial pronunciamiento por parte de la Asamblea General de la ONU. Así, en marzo del presente año, se invocó a los Estados a que garanticen que las niñas trabajadoras tengan acceso en condiciones de igualdad a un trabajo decente y a un sueldo y una remuneración equitativos; que estén protegidas de la explotación económica, la discriminación, el acoso sexual, la violencia y el maltrato en el lugar de trabajo, que conozcan sus derechos y tengan acceso a la educación académica y no académica, a la capacitación práctica y a la formación profesional.

Al respecto, comparto la preocupación expresada por la situación de las niñas y adolescentes trabajadoras, toda vez que, lamentablemente, ellas se encuentran más expuestas a diversas formas de discriminación y violencia, y corren mayor riesgo de padecerlas.

4. Acciones implementadas por el estado peruano

En los últimos años, el Estado peruano ha dado pasos importantes en la lucha por la erradicación del trabajo infantil. Entre ellos, podemos destacar la regulación sobre las edades requeridas para trabajar en determinadas actividades; así como normas que establecen sanciones para los empleadores que permiten el trabajo de los y las adolescentes por debajo de dichas edades.

En materia de planes, se aprobó el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, así como los Planes Nacionales de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002-2010 y 2012-2021, en los que se planteó como objetivo central la protección de los niños, niñas y adolescentes frente al trabajo infantil.

De otro lado, se realizaron diversas acciones como la creación del Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil – CPETI, así como de comités regionales en esta materia. Asimismo, se institucionalizó el 12 de junio como el “*Día*

contra el Trabajo Infantil". Recientemente, el Ministerio de Trabajo ha adoptado la "Estrategia sectorial para la prevención y erradicación del trabajo infantil en nuestro país", que consta de 12 acciones enfocadas en la protección de la niñez y la infancia en el ámbito laboral. Entre éstas cabe destacar la inclusión de un componente sobre trabajo infantil en los planes de responsabilidad social de las empresas a nivel nacional; el compromiso de los beneficiarios de los programas sociales para que sus hijos dejen de trabajar; así como la incorporación de acciones de inspección en materia de trabajo infantil, en los planes de fiscalización de las direcciones regionales de trabajo.

5. El grave problema de la trata de niños y niñas con fines de explotación laboral

Finalmente, debo referirme a una problemática que, si bien guarda relación con el problema del trabajo infantil, constituye un fenómeno autónomo: me refiero a la trata de personas con fines de explotación laboral.

Hablar de trata de personas es hablar de esclavitud, pues este delito parte de concebir a la persona como un mero objeto de comercio —disponible al mejor postor— desconociendo lo más preciado que tiene un ser humano, que es su dignidad. Consiste concretamente en trasladar a una persona de su lugar de origen, recurriendo muchas veces al engaño, para que sea vilmente explotada en otro lugar.

Al respecto, el Convenio 182 de la OIT establece la trata de personas como una de las peores formas de trabajo infantil. Asimismo, la trata constituye una grave afectación a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y un execrable delito, cuya pena puede llegar hasta los 35 años.

Debemos tomar conciencia que la trata de personas constituye un grave problema que afecta, de manera especial, a los más vulnerables en la sociedad, como son los niños, niñas y adolescentes. Y es que, de acuerdo a UNICEF, actualmente casi 2,5 millones de personas en el mundo están sometidas a trabajos forzosos como resultado de la trata. De esta cifra, entre el 22% y el 50% de las víctimas de trata son niños y niñas.

Sin embargo, es preocupante constatar que existen diversos problemas en la judicialización y sanción de los casos de trata. De acuerdo al informe del Departamento de Estado Norteamericano del 2012, estos problemas se encuentran referidos —principalmente— a la confusión del delito de trata con figuras similares, a la falta de un adecuado sistema de registro de casos, a la falta de recursos necesarios para que la Policía Nacional investigue este delito, a la poca cantidad de casos de trata con fines de explotación laboral registrados, entre otros.

Ante esta grave situación, desde el año 2007, la Defensoría del Pueblo viene asumiendo un rol en la lucha contra la trata de personas. En el ámbito de nuestras competencias, hemos conocido 65 casos a través de quejas presentadas por ciudadanos y ciudadanas, así como por actuaciones de oficio.

Además, formamos parte del Grupo Multisectorial contra la Trata de Personas, que es la instancia nacional donde se adoptan las políticas públicas contra dicho flagelo y participamos en los diversos grupos regionales que se han creado en todo el país. Adicionalmente, a la fecha, venimos elaborando un informe defensorial sobre el tema de trata

de personas, que tiene como objetivo central evaluar las políticas públicas adoptadas por el Estado peruano en la lucha contra este flagelo.

Dos propuestas para combatir esta grave situación. La primera de ellas, es proponer que se aumente la pena en los delitos contra la libertad de trabajo previsto en el artículo 168° del Código Penal. De este modo, nuestro país se adecuará a los estándares de protección previstos en el Convenio N° 29 de la OIT, sobre trabajo forzado.

En efecto, a la fecha, un acto de violencia o grave amenaza contra un niño, niña o adolescente para obligarlo a trabajar, se encuentra sancionado únicamente con una pena no mayor a 2 años; lo que, en la práctica, implica que el culpable nunca será encarcelado. Así, se genera un círculo vicioso en el que la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se ve agravada por la ausencia de mecanismos efectivos de prevención y sanción.

De otro lado, se propone ratificar el Convenio N° 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Sin duda, este instrumento internacional constituye un mecanismo necesario para la lucha contra la trata de personas –en especial de los niños, niñas y adolescentes- con fines de explotación laboral en el ámbito doméstico. Cabe señalar que el ámbito doméstico es considerado el sector económico en el que existe menos supervisión de las condiciones de trabajo y del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores.

6. Reflexiones finales

Llegado a este punto, quisiera hacer una reflexión general. De acuerdo a los instrumentos internacionales citados, a las opiniones del Comité de los Derechos del Niño, y a la legislación nacional vigente, el trabajo de niños y niñas se encuentra prohibido, mientras que en el caso de los y las adolescentes solo se permite a partir de los 14 años de acuerdo al régimen general, y únicamente para ciertas actividades. Fuera de estos supuestos, la utilización de menores de edad para actividades remuneradas o no remuneradas será ilegal, y podrá devenir incluso en situaciones de trata con fines de explotación laboral, o de trabajo forzado.

No obstante, consideramos que, al margen de ello, el objetivo al cual debe aspirar toda sociedad que busca la inclusión social es que los niños, niñas y adolescentes no deberían realizar ningún tipo de trabajo, ya que ello no corresponde a su edad. Antes bien, deberían dedicarse a estudiar y jugar, que es lo que les toca vivir en esa etapa de la vida.

Somos conscientes que muchas veces la difícil situación por la cual atraviesan las familias lleva a que los pequeños de la casa salgan a trabajar, con la intención de apoyar a la economía del hogar. Sin embargo, está demostrado que la mejor forma en que los niños, niñas y adolescente colaboren con el hogar y con el país es estudiando.

Así, de acuerdo a un estudio de la OIT del año 2003, se determinó que los costos en los que incurrirían los gobiernos nacionales y los hogares en la erradicación del trabajo infantil serían superados ampliamente en sus beneficios. En ese sentido, la eliminación del trabajo infantil en el mundo podría generar beneficios por 5,1 billones de dólares, en especial en los países con economías en desarrollo o en transición como el Perú.

Por otro lado, actualmente, la lucha por la erradicación del trabajo infantil se ve fortalecida por el compromiso asumido en la última Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Ginebra en junio de este año.

Esta tarea no es imposible. Al respecto, debo señalarles que la Oficial de Programas de la Organización Internacional de Trabajo, María Olave, recientemente destacó que el Perú es el único país en el mundo que ha logrado revertir una situación de trabajo infantil en la minería artesanal, con un ejemplo de modelo exitoso y sostenible de negocio.

Ella se refería a la experiencia de la comunidad Nueva Santa Filomena, en Ayacucho, en donde la práctica minera de extracción de oro se formalizó gracias al trabajo articulado entre el Estado, la cooperación internacional y la sociedad civil. Actualmente, dicha comunidad exporta oro libre de trabajo infantil.

Experiencias como estas nos llenan de esperanza, para que, en un futuro no muy lejano, podamos ver a nuestros niños, niñas y adolescentes disfrutar plenamente de la vida libre de violencia, explotación y trabajo.

Recordando las palabras de Karl Menninger, padre de la psiquiatría norteamericana: *“lo que se les de a los niños, los niños lo darán a la sociedad.”* Construyamos desde hoy la sociedad del mañana y, para ello, aunemos nuestros esfuerzos para la protección de los derechos de nuestra niñez.

BIBLIOGRAFIA

- Código de los niños y adolescentes
- Constitución política del Estado
- Convenio N°5 OIT 1919
- Convenio N°138 OIT Edad mínima de acceso al trabajo
- Convenio N°182 OIT Peores formas de trabajo infantil
- Convención sobre los derechos del niño 1990
- D. S. 003-2020-MIMDES. Lista de trabajos peligrosos
- Documento UNICEF” Estado de la niñez en el Perú 2011”

ÉTICA DEL DOCENTE UNIVERSITARIO

ORNA SÁNCHEZ, Oswaldo³⁰⁸

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El surgimiento de los códigos de ética profesional. – 3. La ética del docente universitario. – 4. Las tres dimensiones de la vida profesional. – 5. Los fines del docente universitario. – 6. Deberes y derechos. – 7. Derechos y deberes. – 8. La ética del profesional universitario. – 9. El profesional universitario. – 10. El sentido social de la profesión universitaria. – 11. Conclusiones.

1. *Introducción*

Aunque mucho se ha escrito sobre la deontología profesional, hay pocas reflexiones sobre las posibilidades de una Ética Profesional del docente universitario.

Por ello, el objetivo de nuestro trabajo es justificar la necesidad de un Código de Ética para los docentes universitarios, reflexión teórica que nos pueda permitir formular una propuesta del mencionado Código.

El objetivo es verificar que se han trastocado los valores éticos, jurídicos, políticos, la función de la universidad, la conducta del docente universitario, como consecuencia de la globalización en nuestra sociedad.

Consideramos oportuno nuestro trabajo porque frente a la crisis moral de las instituciones políticas y sociales de nuestro país, se requiere repensar en la formación y la responsabilidad de los profesionales en dichas instituciones. La universidad es el centro de

³⁰⁸ Abogado por la Universidad Nacional de San Marcos; profesor de Filosofía y Ciencias Sociales por la Universidad Federico Villarreal; Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Doctor en Ciencias de la Educación por la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, "*La Cantuta*"; Maestría en Derecho y Ciencia Política, con mención en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ha sido docente en la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, "*La Cantuta*". En la actualidad es profesor del Departamento Académico de Humanidades de la Universidad Ricardo Palma, en las asignaturas: Filosofía, Derecho y Lógica. Es autor del Texto y el Manual de Práctica de Sociología General, Manuales de Práctica de Filosofía, Fundamentos de Derecho y de Lógica. Ha publicado el Libro *Ética y Deontología del Docente Universitario*. Ha participado en diversos congresos y ha publicado artículos de su especialidad en diferentes revistas.

formación de los profesionales, de lo que la crisis moral de nuestro país nos está diciendo que también está fallando la formación.

2. *El surgimiento de los códigos de ética profesional*

En la época moderna aparecen propiamente lo que hoy conocemos por profesiones, las cuales van requiriendo códigos para el buen desempeño de sus actividades. Los antecedentes son juramentos (como el de Hipócrates) y normas generales sin llegar a constituir códigos de ética.

Los códigos de ética profesional surgen entonces con la aparición de las profesiones modernas. Estas se van constituyendo en torno a instituciones o colegios profesionales. Los colegios profesionales tienen una doble finalidad, una interna y otra externa. La interna es garantizar una correcta práctica de la actividad profesional. La externa es impedir que personas inescrupulosas accedan a actividades para las cuales no han sido preparadas. Así, protegen el mercado laboral.

Es en ese contexto, los códigos de ética se hicieron necesarios para el ejercicio de las profesiones.

En nuestro país existen más de 30 colegios profesionales (según datos obtenidos del Consejo Nacional de Colegios Profesionales), con sus respectivos Estatutos y Códigos de Ética Profesional; siendo el primer Código de Ética Profesional el de Abogados del Perú, Ley de creación N.º 31-07 de 1804, promulgada por el Gobierno de la Real Cédula de Madrid; y en el Gobierno Republicano, la Ley de Creación N.º 1367 del 20-12-1910 y el primer Código de Ética del 18-12-1950.

Además, hay algunas actividades profesionales que no tienen colegios ni códigos de ética. Es el caso de los literatos, filósofos, lingüístico, tal vez se debe a que estas actividades tienen poca importancia en el mercado laboral ni están sometidas al pensar científico-técnico.

Diversas son las razones por las cuales es necesario un código de ética del docente universitario, como son las siguientes:

1. Recientemente se ha creado el Colegio Profesional de los Profesores de Educación Primaria y Secundaria, Ley N.º 25231 y por medio del D.S. N. 001-2004-ED de fecha 19-01-2004, se aprobó el Estatuto del mencionado Colegio Profesional.
2. La mayoría de profesiones tiene su colegio profesional, y por consiguiente, su Código de Ética Profesional.
3. Para ejercer la actividad docente en las universidades se necesita el título profesional que está mencionado en la Ley Universitaria y en los estatutos de las universidades.
4. Actividades como la función pública tienen su Código de Ética (Ley N.º 27815 del 13/08/2002).
5. El Congreso de la República tiene su Código de Ética (Resolución Legislativa N.º 021-2002-CR).

6. Proyecto de ley que establece la enseñanza obligatoria del curso de ética y moral en todos los niveles del sistema educativo del Perú, del 10 de enero de 2003, debido a la carencia de valores ético-morales en la mayoría de los peruanos: gobernantes y gobernados.
7. Las universidades son instituciones educativas del más alto nivel que forman a los diferentes profesionales y sus docentes tienen una gran responsabilidad en la formación de los futuros profesionales, por consiguiente, que van a prestar servicios en las diferentes necesidades de la sociedad y del Estado.
8. Asimismo, en el contexto nacional se muestra una crisis de valores en los sectores económicos, políticos, educativos, jurídicos, mostrándose sus consecuencias en la vida social del pueblo peruano. La corrupción política de la década pasada no ha sido pues un evento casual, sino que ha cuestionado a todas las instituciones sociales. Y no se puede ocultar que muchos profesionales han representado un triste papel en dicha corrupción y; en nuestros días, persiste la inmoralidad y la corrupción de nuestros gobernantes.

Por todas estas consideraciones, insistimos en la necesidad de un Código de Ética del docente universitario.

3. *Ética del docente universitario*

El esquema que vamos a seguir para teorizar la ética profesional del docente universitario es el que utiliza el comunitarismo (corriente ética y política que afirma la comunidad y su tradición como espacios en los que se da la vida buena: realización de la vida humana).

En dicho esquema se plantea la relación entre fines, normas y virtudes. Los fines son los ideales que orientan la actividad. Las normas nos ayudan a encaminarnos hacia ese fin, son como el mapa que nos lleva a donde queremos. Las virtudes son las disposiciones necesarias para emprender la caminata.

4. *Las tres dimensiones de la vida profesional*

Como todo profesional, el docente universitario en el ejercicio de su actividad está poniendo en juego tres dimensiones de la existencia: la dimensión social, la dimensión económica y la dimensión personal.

- a) La dimensión social significa que su carrera satisface una necesidad social. que es la de participar en la formación de las nuevas generaciones y por ello permitir la continuidad de la cultura humana, sea a través de la conservación o de la renovación (vocación).
- b) La dimensión económica se refiere a los resultados económicos de su actividad, es decir. el ejercicio de la profesión influye tanto en la economía de la sociedad como en la economía personal (la profesión es un medio de vida).
- c) La dimensión personal. Toda profesión es una actividad humana social, esta dimensión significa —para nuestro caso- que la actividad docente afecta la vida personal del profesor. tanto externa como internamente.
- d) El profesional educador no es una persona ética en algún momento de su actividad, sino que toda su actividad está sostenida por su compromiso ético (ética social, económica y personal).

5. *Los fines del docente universitario*

En la educación existen fines o bienes intrínsecos y extrínsecos (Macintyre), que requieren de medios adecuados. Si dichas finalidades no se encuentran articuladas, el proceso educativo no encuentra plenitud. ¿Cuál es el fin último de la educación?, es participar en la realización de seres humanos, por lo que la labor universitaria tiene una finalidad humanizante.

Los documentos legales que sostienen el sistema universitario como la Ley Universitaria y los Estatutos de las Universidades ya nos señalan los fines de la actividad universitaria en general y de la actividad docente en particular.

Dentro de los fines de la universidad peruana, podemos mencionar (Art. 2º de la Ley):

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales.
- b) Realizar investigaciones en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística.
- c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país.

Artículo 43º. Es inherente a la docencia universitaria la investigación, la enseñanza, la capacitación permanente y la producción intelectual.

6. *Las virtudes del docente universitario*

La palabra “virtud” (gr. *areté*) nos recuerda las éticas griegas que buscaban la excelencia de la vida humana y de sus actividades. La virtud es el desarrollo perfecto, la excelencia de una cosa o acción, esta excelencia a su vez depende de la finalidad.

Aplicando estos términos a nuestro tema, diremos que la virtud de la educación es el desarrollo perfecto de la acción educativa. ¿Y cuándo alcanza su perfección? Cuando cumple su finalidad. Y cumple su finalidad cuando el acto es realizado plenamente, es decir, cuando estamos involucrados en la actividad de educar.

La virtud del docente consiste en la acción atenta y comprometida con la educación para construir una sociedad democrática y justa. *Culturiza*, porque la educación es la forma humana que tenemos que continuar, respetar y recrear la cultura humana, tanto a nivel de conocimientos como de formas de vida.

7. *Deberes y derechos*

La ética del educador tiene sentido si se tiene en cuenta tres aspectos: la sociedad, la ética y la educación, aspectos interrelacionados entre sí en la acción educativa misma, dentro del marco de los derechos fundamentales: reconocimiento económico, social, político, profesional, gremial y los deberes: dedicación, puntualidad, eficiencia, perfeccionamiento y vida ejemplar.

Veamos cómo se presentan los deberes de los profesores universitarios, en la Ley Universitaria:

Artículo 51°. Son deberes de los Profesores Universitarios:

- a) El ejercicio de la cátedra con libertad de pensamiento y con respeto a la discrepancia;
- b) Cumplir con el Estatuto de la Universidad y sus reglamentos y realizar cabalmente y bajo responsabilidad las actividades de su cargo;
- c) Perfeccionar permanentemente sus conocimientos y capacidad docente y realizar labor intelectual creativa;
- d) Observar conducta digna;
- e) Presentar periódicamente informes sobre el desarrollo de su labor en caso de recibir remuneración especial por investigación; y;
- f) Ejercer sus funciones en la Universidad con independencia de toda actividad política partidaria.

8. *La ética del profesional universitario*

Se discute quién es responsable de la formación moral de las personas: hay quienes dicen que es la familia, la comunidad (iglesia) y, finalmente, responsabilizan a la escuela (en nuestro caso incluiríamos la universidad).

Las tres son necesarias e indispensables para mantener el equilibrio ético y profesional.

Los fines, normas y virtudes de la docencia dependen de cada actividad profesional, así como de sus instituciones y respectivos códigos.

9. *El profesional universitario*

Una de las objeciones para no aceptar un código de ética podría ser sostener que la docencia no es una profesión, pero esto es una equivocación por las consideraciones que pasamos a exponer.

Hortal, cuando dice que la docencia tiene todas las características que definen a una profesión, por las siguientes razones:

- a) Presta un servicio específico a la sociedad;
- b) Es una actividad encomendada y llevada a cabo por un conjunto de personas (los profesionales) que se dedican a ella de forma estable y obtienen de ella su medio de vida;
- c) Los profesionales acceden a la docencia tras un largo proceso de capacitación, requisito indispensable para estar acreditados para ejercerla;
- d) Los profesionales forman una entidad más o menos organizada (el cuerpo docente o el colegio profesional), que tiene o pretende obtener el control monopolístico sobre el ejercicio de su profesión.

Es responsabilidad de la Universidad la educación moral de los futuros y nuevos profesionales. La universidad es una colectividad integrada por una selección privilegiada de la intelectualidad de una sociedad, por su posición estratégica y funcional dentro y fuera del país, para relacionarse e interactuar con otras organizaciones sociales y tener a su alcance los medios y materiales para el desarrollo de la ciencia, la cultura y tecnología en la formalización y actualización permanente de los nuevos profesionales.

10. *El sentido social de la profesión universitaria*

El rol y responsabilidad de todo profesional universitario para con la sociedad no se limita sólo a transmitir conocimientos, sino más bien, abarca el “*establecimiento y defensa de los fundamentos intelectuales de la vida moral y el desarrollo del sentido de aquellas realidades que son espirituales por naturaleza, como la verdad y la belleza*”.

El docente universitario es el llamado a ser el más solidario de una colectividad, de esa solidaridad nace el prestigio, la dignidad personal o competencia moral que es la mejor garantía del éxito profesional, el cual radica en el escrupuloso cumplimiento del deber para el orden y el bien general de la sociedad en que vive. Por eso, como sostiene Cortina, la sociedad está legitimada para exigir a los profesionales (y a los docentes) a que realicen el bien interno de la actividad que desempeñan.

11. *Conclusiones*

1. *Las universidades son instituciones educativas del más alto nivel, cuyos docentes son profesionales que deben respeto a sus respectivos códigos. Además la universidad es un espacio de confluencias con diferentes profesionales, todos tienen como misión la formación integral de los alumnos, así tienen una gran responsabilidad en la formación de los futuros profesionales que van a prestar servicios a la sociedad en general. Por todo ello, es imprescindible un Código de Ética Profesional del Docente Universitario explícito y no sólo intuitivo, para orientar las actividades del docente universitario.*
2. *Como todo profesional, el educador en el ejercicio de su actividad está poniendo en juego tres dimensiones de la existencia: la dimensión social, la dimensión económica y la dimensión personal. Si están presentes estos tres elementos, entonces podemos decir que realizamos nuestra actividad por amor, es decir, amamos lo que hacemos. Todo ejercicio profesional influye en la sociedad y a su vez la sociedad influye sobre la actividad profesional. Esa interinfluencia también se da en todos los niveles de la educación. Específicamente, la docencia es un medio de vida, por eso el profesor requiere de un sustento necesario para vivir dignamente. El trabajo profesional presta una importante contribución a la configuración de la identidad del que lo ejerce. El profesional educador no es una persona ética en algún momento de su actividad, sino que toda su actividad está sostenida por su compromiso ético.*
3. *También debemos interrogarnos sobre el sentido de nuestra actividad. ¿Cuál es el fin, de la educación? Participar en la realización de seres humanos, por lo que la labor universitaria tiene una finalidad humanizante.*
4. *La Ley Universitaria y los Estatutos de las Universidades nos señalan los fines de la actividad universitaria en general y de la actividad docente en particular. Es inherente a la actividad universitaria la investigación, la enseñanza, la capacitación permanente y la producción intelectual. La investigación es el núcleo de la universidad, la cual permite la capacitación permanente o renovación de los conocimientos y, además, a elevar la calidad de la docencia.*

5. *La vida universitaria está normada por la Constitución Política, la Ley Universitaria y por los Estatutos de cada Universidad, en los cuales se encuentran consignados los deberes y derechos de los miembros de la comunidad universitaria. Nuestra Carta Magna especifica la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y el Estado.*
6. *Las normas del derecho son para cumplirlas, en caso contrario hay una sanción: las normas morales, en cambio, están abiertas a la libertad individual, a la razón y a la conciencia, pero siempre tienen consecuencias sociales. El derecho se impone al sujeto como una fuerza externa; en cambio, la norma moral se impone como una fuerza interna y autónoma, es consustancial a lo valioso. Aplicando a nuestro caso, la comunidad universitaria debería dictar sus propias normas morales, a partir de las cuales puede desempeñarse con libertad.*
- 7.
8. *Los docentes universitarios deben cumplir con las disposiciones legales vigentes: La Constitución Política, La Ley Universitaria, el Estatuto de la Universidad y demás disposiciones, para ejercer eficientemente su labor. Es contrario a la ética todo acto practicado por un docente universitario, cuya intención sea alterar las disposiciones de la Constitución Política, la Ley, el Estatuto y Reglamento, o impedir su cumplimiento en cada una o en todas sus partes.*
9. *La ética del educador tiene sentido si se tiene en cuenta tres aspectos: La sociedad, la ética y la educación, aspectos interrelacionados entre sí en la acción educativa misma. La formación moral del pueblo descansa en un trípode: la familia, la comunidad e institución educativa (escuela, colegio, universidad). En ellas sin amor no es posible educar; todos tenemos experiencia de esto, nos resistimos a ser educados por quien no nos quiere. No solamente es importante el ejemplo de vida, sino la acción y la orientación ideológica en la investigación y en el descubrimiento.*
10. *El rol y responsabilidad de todo profesional universitario para con la sociedad no se limita solo a transmitir conocimientos, además abarca el establecimiento de los fundamentos intelectuales de la vida moral y el desarrollo del sentido de aquellas realidades que son espirituales por naturaleza, como la verdad y la belleza.*
11. *La moral se ha deteriorado en todos los niveles de la sociedad peruana, esa situación exige de sus profesores un rearme moral práctico: el establecimiento de pautas que rijan la conducta, inculque valores y vele sin descanso por la convivencia pacífica, la tolerancia, la responsabilidad, el amor al trabajo y a la patria. La moral es una constante en la vida del hombre, porque no se puede vivir sin normas ni valores. Por las consideraciones anteriores, creemos que es imprescindible la instauración de un código de ética profesional en todas las universidades.*
12. *La profesión universitaria no es neutra, es comprometida y relacionada con todos los sectores de la realidad: la ciencia, la cultura, la tecnología y sobre todo con la vida. La función de la profesión es pensar en la realidad, por ello es necesaria la constante actualización y capacitación.*

13. *Más de treinta profesiones cuentan con sus Colegios Profesionales y sus respectivos Códigos de Ética Profesional, siendo el primero el de los Abogados.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Abugattás, Juan. *El problema de las necesidades y la ética*. (tesis), UNMSM, Lima, 1976.
2. Aranguren, José Luis. *Ética*. Biblioteca Nueva. Madrid, 1997.
3. Aristóteles. *bras Completas*. Aguilar, Madrid, 1973.
4. Barroso Asenjo, Porfirio. *Fundamentos Deontológicos de las Ciencias de la Información*. Mitre. Barcelona, 1985.
5. Bunge, Mario. *Ética y Ciencia*. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1986.
6. Cardona, Carlos. *Ética del Quehacer Educativo*. Rialp, Madrid. 1990.
7. Cortina A., Conil y Otros. *Diez Palabras Clave en Ética de la Profesionales*. Verbo Divino, Navarra, 2000.
8. Gómez Robledo, Antonio. *Ensayo sobre las Virtudes Intelectuales*. Fondo de Cultura Económica. México, 1996.
9. Hallet, Carlos. *El Profesional y la Ética de Hoy*. Imprenta Salesianos, Chile. 1997.
10. Macintyre, Alasdair. *Historia de la Ética*. Paidós, Barcelona, 1982.
11. MacIntyre, Alasdair. *Tras la Virtud*. Cátedra, Barcelona, 1987.
12. Méndez. Aquiles. *Ética Profesional*. Herrero Hermanos. México, 1965.
13. Polo Santillán, Miguel. *Ética. Modo de Vida, Comunidad y Ecología*. Mantaro. Lima, 2001.
14. Regal, Alberti. *Fundamentos de la Ética Profesional*. Publicaciones de la Universidad de Lima. Lima, 1994.
15. Suárez Villegas, Juan. *Principios de Ética Profesional*. Tecnos, Madrid, 2001.

“LA TEORÍA DEL CASO EN EL AÚN DENOMINADO NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL”

MONTOYA PIZARRO, José Alberto (*)

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Antecedentes. – 3. Glosario. – 4. La teoría del caso. – 5. Doctrina comparada. – 6. Doctrina nacional. – 7. La litigación oral. – 8. Análisis. – 9. Conclusiones. – 10. Recomendaciones.

1. *Introducción*

En la actualidad, a la fecha ya han pasado nueve (09) años de la puesta en vigencia del hasta ahora denominado “*nuevo*” Código Procesal Penal, en el cual se introduce o adecua el nuevo sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales.

El presente artículo pretende afianzar los conocimientos básicos que se adquieren progresivamente en la universidad, a fin de poder ser empleados y aplicados en forma práctica en este proceso de cambio, que significa transitar y adecuarnos de un sistema inquisitivo mixto a otro de carácter acusatorio garantista adversarial con separación de poderes en las funciones de investigar y decidir. Para ello, a efectos de poder afrontar con claridad el contenido de esta tarea, en la formulación de las ideas básicas me he permitido cotejar algunos puntos de vista de autores competentes de conocida trayectoria, renombre y solvencia jurídica internacional, los mismos que han trabajado el tema desde una tradición académica profesional, abordando para ello diversas citas o referencias bibliográficas que permitirán sustentar mi humilde posición o visión procesal.

En la actualidad, es un tema que tiene y ha cobrado especial relevancia en el ámbito jurídico académico, a pesar que sus antecedentes se remontan desde la época de los griegos, citándose entre sus principales referentes los famosos filósofos Aristóteles y Cicerón; asimismo su principal antecedente fue el proceso [*denominado juicio*] a Sócrates, acto procesal en el cual por medio de la teoría del caso se efectuó o desarrollo una defensa oral [*mediante el discurso*] ante los magistrados, en forma concatenada, ordenada, lógica, coherente, la misma que jurídicamente podría denominarse como perfecta, a efectos de persuadir y demostrar en el foro que la posición o relato de los hechos, van a ser demostrados adecuadamente con los medios probatorios idóneos, pertinentes, amparados en fundamentos o argumentos jurídicos apropiados al caso, con lo cual se podrá contradecir, o desvirtuar la posición del antagonista.

Obviamente mucho antes de la entrada en vigencia del hasta ahora denominado Nuevo Código Procesal Penal [habida cuenta que ya tiene una vigencia de más de nueve años] de aplicación progresiva en casi todos los distritos judiciales de nuestro país, con la atingencia que en nuestra capital Lima su aplicación es meramente parcial, en razón que solo está vigente en lo atinente a los delitos de “*corrupción de funcionarios*”.

Es de público conocimiento que en el ya harto conocido marco del sistema inquisitivo se considera que al operador del derecho que realiza actividades jurídicas, consuetudinaria y coloquialmente se le denomina litigante. En esta humilde opinión procesal, un craso error de concepción, puesto que el solo hecho de realizar o desempeñar actividades de mero trámite judicial no implica que el operador jurídico conozca, maneje o aplique las técnicas de litigación propias del sistema procesal adversarial, actuación y desarrollo que exige y prevé de las partes procesales una adecuada preparación y manejo de las técnicas de litigación. El denominado nuevo modelo procesal penal se rige por el principio de contradicción, el mismo que hace que el proceso penal se desarrolle por medio de la expresión de un ejercicio dialéctico predominantemente oral, situación que en suma no es muy auspiciosa ni atractiva para muchos operadores jurídicos que todavía siguen las costumbres del sistema inquisitivo en el cual predomina la escribanía.

En referencia sobre el particular rol de las universidades o facultades de derecho en nuestra formación jurídico procesal, es menester citar al maestro Genaro Carrió, cuando sostiene que las “facultades de derecho nos dan conocimiento teórico de normas, y con ello, rudimentos de técnicas clasificatorias basadas en aquél conocimiento teórico. Lo demás —el oficio de abogado— tenemos que aprenderlo por nuestra cuenta” (1989: 60).

En todas las latitudes del orbe en las cuales se busca o pretende la reforma procesal penal, esta viene a representar el afán, el deseo de modernización en la administración de justicia, por ende ante la creciente expectativa de nuestra sociedad, de los operadores jurídicos (*jueces, fiscales, abogados, y auxiliares de la administración de justicia*). En este sentido, temas como el presente son de actualidad, puesto que la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal será de aplicación progresiva (Decreto Legislativo N° 958) en el territorio nacional. Iniciándose gradualmente en distritos judiciales como Huaura desde el 01 de julio de 2006, el año 2007 en el Callao, Lambayeque, Cusco, Ayacucho y Ucayali; el año 2008 en Piura, Tumbes, Arequipa, Cajamarca, Tacna, Moquegua, Amazonas y Junín; Obviamente a la fecha se ha implementado el Código Procesal Penal en 23 Distritos Judiciales [*entre los ya referidos*] regulados por la norma respectiva, de igual forma en 08 (ocho) Distritos Judiciales la antes reseñada norma procesal penal se aplica sólo para delitos cometidos de Corrupción por Funcionarios Públicos en el marco de las Leyes N°. 29564 y 29648, este año 2013 como lo describimos en párrafos anteriores en Lima.se viene aplicando su vigencia en forma parcial.

Estos cambios y reformas implican la observancia de los procedimientos que regulan nuevos comportamientos, además exigen una nueva actitud de los operadores jurídicos y vinculados en el ejercicio profesional, desplegar una conducta radicalmente diferente a la que estábamos acostumbrados los operadores legales. Esto sin olvidar que, conforme al principio de ultractividad, las normas del antiguo sistema de procedimientos penales [*inquisitivo*] seguirán vigentes, a fin de regular los procedimientos orientados a resolver los procesos penales que se encuentren en trámite originados durante su vigencia.

El denominado Nuevo Código Procesal Penal, promulgado el 28 de julio de 2004 [*hace nueve años*], refleja un cambio en la cultura jurídica y organizativa en las instituciones vinculadas, además significa un cambio en la percepción de los operadores jurídicos sobre la forma de como ejercer laboral y profesionalmente, la expresión de cambio de la mentalidad del litigante basada en la escritoriadad, materializada en el expediente judicial, suplidas ahora por un moderno sistema de audiencias orales, públicas y contradictorias [*audio y video*]; situación que conlleva a la especialización en la función procesal, privilegiar o desarrollar el

trabajo en equipo. Este sistema procesal está inspirado en el reconocimiento y la transparencia constitucional del respeto irrestricto a los derechos fundamentales de la persona, al amparo de los instrumentos internacionales de derechos humanos (*convenios, tratados y pactos*) los mismos que han sido incorporados al derecho interno. Con esta implementación se trata, en suma, de reemplazar el presente modelo de corte mixto (tendencialmente inquisitivo y limitadamente contradictorio), en esencia caracterizado por ser reservado, con predominio de la *‘escritoriedad’*. En el nuevo modelo se va a desarrollar un proceso de carácter acusatorio con rasgos adversariales, situación fáctica que involucra radicalmente un cambio en la cultura jurídica del país, también del comportamiento de las partes procesales vinculadas, ya que van a rediseñar sus roles, modificando sus conductas, métodos, prácticas, usos en el proceso; por ende, avanzando, adaptándose, superando y dejando atrás el antiguo modelo inquisitivo mixto reformado.

Dentro del proceso penal, en la etapa de juzgamiento conocida o denominada comúnmente como “el juicio oral”, esta es la etapa principal o fase estelar del proceso, escenario donde se van a actuar los medios de prueba ofrecidos y admitidos en la etapa intermedia por medio del debate y contradictorio conforme al debido proceso. En ese sentido los abogados (*fiscalía y defensa*) tenemos a nuestra disposición los instrumentos doctrinarios y jurídicos que nos permitirán ser eficientes y eficaces en el ejercicio profesional. Por ello para participar en este nuevo sistema procesal, voluntaria y obligatoriamente tenemos que aprender a estructurar, operar la teoría del caso que nos va a permitir desarrollar las estrategias de litigación oral a través de habilidades y destrezas de argumentación que van a ser expuestas oralmente ante el órgano jurisdiccional competente.

La teoría del caso se erige como el eje principal para conocer los hechos [conjunto de explicaciones jurídicas a través de proposiciones fácticas por medio de hipótesis] que posteriormente, a través del proceso, va a permitir acreditar la responsabilidad o inocencia de los procesados, escenario que podrá servir para validar nuestras tesis, al amparo de los principios *acusatorio, publicidad, oralidad, inmediación, contradicción, concentración*.

En este tema coincido con el maestro Tavolari Oliveros, en su prólogo a Blanco Suárez Rafael, cuando expresa: “[e]l conjunto de destrezas deben ser desplegadas sobre la base de estructuras metodológicas nuevas que faciliten el esfuerzo del litigante. La adecuada formulación de la teoría del caso, contribuye a la comprensión de los hechos, a la recopilación de las evidencias, y a su presentación en los momentos que corresponde, de modo que se constituye en el eje central de la planificación estratégica del trabajo destinado a demostrar las hipótesis o proposiciones fácticas en el juicio” (2005: 4). Dicho de manera breve por Claus Roxin: “*el derecho procesal penal actúa como un sismógrafo de la Constitución*” (1998:9). Considerando también que los desafíos de la globalización nos exigen estar cada vez más preparados y actualizados para enfrentar esta nueva realidad procesal.

En este orden de ideas a continuación se expone el marco teórico y conceptual que nos permitirá avanzar en la teoría del caso.

Marco Teórico

2. Antecedentes

“El derecho procesal penal de los países latinoamericanos observados como conjunto, ingresó en un periodo de reformas totales, que, (...), puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal” Julio Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (2000: 17).

Es materia de tratamiento genérico que el derecho procesal penal tiene sus orígenes en la Edad Media, donde predominó el sistema procesal inquisitivo. Luego posteriormente con la Revolución Francesa, se evoluciono e introdujo el modelo anglosajón por medio de un proceso de carácter público, acusatorio, contradictorio y decidido por jurados. Más adelante, con la introducción de las tradiciones germanas (*Ordenanza Procesal Penal Alemana reformada de 1987, sobre todo, el Código de Procedimiento Penal de Italia de 1988*), que fueron inspiradas en el sistema inquisitivo, se constituyó el sistema procesal conocido como mixto propio de los sistemas de justicia criminal europeo continentales.

El nuevo Código forma parte de la reforma procesal penal en América Latina, cuyo punto de partida más sólido fue el Proyecto de Código Procesal Penal tipo para Iberoamérica de 1978. Es allí que nuestro país, al igual que los ordenamientos procesales de Chile, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Puerto Rico y Colombia, como producto de la recepción, transitó de los modelos inquisitivos hacia los modelos mixtos como una alternativa; alcanzando finalmente, adecuarse al denominado nuevo modelo acusatorio garantista con rasgos adversariales acorde con los principios filosóficos imperantes en la legislación comparada.

Es pertinente citar que al hablar de legislación comparada me estoy refiriendo a los diversos ordenamientos jurídicos que rigen la legislación comparada en los diferentes países, por medio de sus Constituciones, leyes y tratados, sea en Europa, América del Norte o Latinoamérica; estas legislaciones conforman el cuerpo jurídico vigente en cada país, los mismos que son recepcionados e influyen en la orientación de nuestra legislación nacional, privilegiándose en estos el respeto al debido proceso y la presunción de inocencia; siendo que en los últimos códigos se define y aparta la función de los magistrados [órganos jurisdiccionales] en la investigación y posterior juzgamiento; este es el punto de partida o nacimiento de la figura del juez instructor, distinto del órgano jurisdiccional sentenciador, esto a fin de acrecentar, garantizar el nivel de imparcialidad del juzgador. De igual forma, en los diferentes países de Latinoamérica, al Ministerio Público se le ha dotado de las facultades y atribuciones de dirigir la investigación en forma exclusiva, conducir y controlar el accionar de la policía, formular acusaciones y sostener la pretensión penal en juicio; pero el eje central de esta reforma está constituido por la instauración del juicio oral al amparo de los principios constitucionales del proceso y del procedimiento.

En nuestra visión el objetivo primordial del nuevo esquema procesal penal es velar por el conjunto de derechos y garantías que se generan a nivel constitucional, e igualmente a nivel de los tratados internacionales. Este nuevo modelo procesal implica cambios radicales en los roles, conductas y/o comportamientos de los sujetos procesales, además de su

adaptación a la cultura jurídica, por medio de un ejercicio profesional fundamentalmente estratégico que tiene su esencia en la denominada teoría del caso.

Sobre el particular, en Latinoamérica, tratadistas de la calidad de Andrés Baytelman, Mauricio Duce, Genaro R. Carrió, Héctor Quiñones Vargas, Alberto Binder, Paúl Bergman, Rafael Blanco Suárez, María Horvitz Lennon y Julián López Masle, se refieren doctrinariamente y ampliamente sobre la teoría del caso, coincidiendo básicamente con lo antes citado por el suscrito.

Glosario

Teoría:

Del griego “teoría” (etimológicamente “contemplación”, sentido en el que se encuentra en la filosofía de Platón y Aristóteles). “Aristóteles lo utilizó para referirse al más elevado grado de conocimiento, en oposición al conocimiento práctico (“*tecné*”), adquiriendo pronto el significado de conocimiento especulativo”. En www.webdianoia.com/glosario/main.php. del 01 noviembre de 2006.

La teoría es un tipo de conocimiento, es un sistema proposicional en el cual se ha establecido una conexión lógica. Las teorías están organizadas en conceptos, y el concepto es o sirve para pensar y se le define como la unidad mínima de pensamiento.

Se define así al término o denominación empleada comúnmente para referirse a cualquier idea con independencia del alcance, campo o especialidad que ella abarque; esta designación comunica e informa una posición respecto a las ideas que se aceptan como teorías científicas adecuadas y formuladas sobre la base de criterios rigurosos de conformidad con las limitaciones de los estándares científicos.

“Una teoría científica es una entidad abstracta que constituye una explicación o descripción científica a un conjunto relacionado de observaciones o experimentos. Una teoría científica está basada en hipótesis verificadas múltiples veces por grupos de científicos individuales. Abarca, en general, varias leyes científicas, engloba los conocimientos aceptados por la comunidad científica del campo de investigación y está aceptada por la mayoría de especialistas”. es.wikipedia.org/wiki/Teoría. 03 noviembre de 2006.

Concurrente con lo señalado en los enunciados anteriores, el maestro Norberto Bobbio expresa: *“Toda teoría puede ser considerada desde el punto de vista de su significado ideológico o desde el punto de vista de su valor científico.*

Como ideología, una teoría tiende a afirmar ciertos valores ideales y a promover ciertas acciones. Como doctrina científica, su fin no es otro que el de comprender una cierta realidad y explicarla” (1998: 22-23).

Se entiende entonces, que la teoría es el conjunto de conocimientos que explican aspectos de la realidad y ese conjunto de conocimientos puede tener como características la rigurosidad, coherencia interna, sin contradicciones, la misma que se construyó como resultado de la elaboración de un conjunto de operaciones intelectuales expresadas en hipótesis.

Caso:

Se denomina así a la descripción pormenorizada y exhaustiva de una situación real, que ha sido investigada y debe ser suficientemente clara de modo tal que facilite a los vinculados un amplio análisis e intercambio de ideas acerca de la misma [sea en materia constitucional, civil, penal y o administrativo]. Cábeme precisar que para el análisis y solución de un caso [situación fáctica], debe propiciarse un ambiente que permita la discusión y toma de decisiones acerca de las acciones más adecuadas a promover, orientadas a la solución del problema o conflicto en exposición.

Esta situación nos va a demostrar que, dentro de lo posible, se debe evitarse la creación de un medio estático, inerte, en el que más allá de discutir seriamente el problema de estudio, se llegue sólo a criticar el accionar de los demás.

Específicamente sobre el tema, el maestro Genaro R. Carrió dice: “En una primera caracterización es menester destacar que con la palabra ‘caso’ se hace referencia a un *problema práctico*. (...) Los casos jurídicos, vistos desde el punto de vista de los abogados, tienen algunas semejanzas con los problemas de ajedrez. (...) Las diferencias entre un caso jurídico, visto desde el punto de vista de un abogado, y un problema de ajedrez, son sin embargo inmensas. (...) Pero no podemos prescindir de esas diferencias, aunque no falten juristas, algunos de ellos de gran prestigio, que se empeñan en mirar los casos jurídicos como si fueran problemas de ajedrez —por lo menos cuando escriben acerca del derecho— y en querer enseñarnos a resolver los primeros como si tratara de dar solución a los segundos” (1989: 22, 29, 30,34).

Litigar:

Se puede citar que comúnmente se entiende como el acto u acción de pretender solucionar o enfrentar una disputa de carácter legal; como condición de tener o afrontar una disputa o querrela en un proceso, al que podemos referirnos como la "litigación".

En otro sentido, también se puede aludir como el hecho de disputar o pelearse por alguna cosa. En este sentido, si nos disputamos algún bien o pertenencia estamos litigando, en un sentido más estricto o académico, la acción o hecho de litigar sería la de trasladar esa disputa a un proceso formal.

A quien participa en el proceso sea como actor, demandado o tercero. Pleitear, disputar en juicio. (Pleito, contienda, disputa) *Enciclopedia Jurídica Ameba*. Tomo XVIII. Pleitear, disputar en juicio sobre una cosa. *Diccionario Enciclopédico Larousse*. Tomo I. “el abogado defensor por su lado, tiene en sus manos todas las herramientas para ejercer su oficio. La carga de la prueba de culpabilidad la tiene el fiscal. La persona acusada de un ilícito tiene derecho a guardar silencio sobre los hechos que se le acusa y tiene derecho a ser considerada inocente mientras el fiscal no destruya dicha presunción. Ello incluye la garantía que su silencio no puede ser comentado en su contra por el acusador. El imputado, a través de su defensor, según el derecho de defensa, puede contra interrogar a los testigos de cargo. Este es el derecho a la contradicción y se debe ejercer por medio del ‘contra interrogatorio’, cuya finalidad principal es atacar el testimonio del testigo de la parte adversa o restarle credibilidad frente a los ojos del juzgador, entre otros” Quiñones Vargas (2003: 3).

Estrategia:

El significado del término estrategia tiene sus raíces u orígenes en la palabra griega *strategos*, o el arte del general en la guerra, procedente de la fusión de dos palabras: *stratos* (ejército) y *agein* (conducir, guiar); este es un vocablo utilizado tradicionalmente en el contexto de las operaciones guerreras. Para los militares, la estrategia es sencillamente la ciencia, el pensamiento y el arte de emplear la fuerza armada de una nación para conseguir fines determinados por sus dirigentes.

Los enfoques clásicos del concepto de estrategia la definen como un “proceso a través del cual el estratega se abstrae del pasado para situarse mentalmente en un estado futuro deseado y desde esa posición tomar todas las decisiones necesarias en el presente para alcanzar dicho estado”. Complementando esta definición, el mismo Aron escribió: “Puede decirse que la diplomacia es el arte de convencer sin utilizar la fuerza y que la estrategia es el arte de vencer al mínimo costo” Raymond Aron (1962: 27).

El diccionario Larousse define la palabra estrategia como el arte de dirigir operaciones militares, habilidad para dirigir, aquí se confirma la referencia sobre el surgimiento en el campo militar, lo cual se refiere a la manera de derrotar a uno o a varios enemigos en el campo de batalla, sinónimo de rivalidad, competencia; no obstante, es necesario precisar la utilidad de la dirección estratégica no sólo en su acepción de rivalidad para derrotar oponentes sino también en función de brindar a las organizaciones una guía para lograr un máximo de efectividad en la administración de todos los recursos en el cumplimiento de la misión.

Tácticas:

Esta materializa el método empleado en el planeamiento con el fin de conseguir un objetivo previamente establecido en la estrategia. Esta también referida al uso de la fuerza o como se aplican en forma eficiente y eficaz los recursos planificados.

Como aquella maniobra específica destinada a dejar de lado o vencer al oponente o competidor. Siendo este último nivel el más práctico de todos los anteriores, es en este estadio que se materializa la aplicación concreta de la fuerza contra el adversario.

Argumentación Jurídica:

Se ha dicho que argumentar significa: “ofrecer un conjunto de razones o pruebas en apoyo de una conclusión” Weston (1994: 13).

El maestro Atienza expresa que: “(...) *es decir, a considerar la argumentación esencialmente como una actividad dirigida a persuadir sobre algo o a defender o atacar una tesis; el énfasis no se pone ahora en la noción de inferencia ni en la premisa (y conclusión), sino en los efectos que se trata de lograr con la argumentación. La distinción entre la concepción retórica y la dialéctica depende esencialmente de que en la actividad social en que consiste argumentar, una de las partes de la relación o ambas asuman un rol activo. La concepción pragmática tiene cierta prioridad sobre las otras dos, pero la argumentación jurídica no puede verse exclusivamente en términos retóricos y/o dialécticos*”.

“(…) 1. Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. (...) es uno de los juegos, de los usos, del lenguaje. (...), argumentar consiste en usar de una cierta forma el lenguaje:

dando razones (que, por supuesto, pueden hacer referencia al mundo, a hechos) a favor o en contra de una determinada tesis.

2. Una argumentación (...) presupone siempre un problema, una cuestión. El problema es lo que suscita la necesidad de argumentar, de enrolarse en una actividad lingüística dirigida precisamente a encontrar, proponer, justificar... una solución, una respuesta al mismo. Esas cuestiones, como veíamos, pueden ser de índole variada: teórica o práctica, real o hipotética, concreta o abstracta... Pero parece que en relación con cualquier argumentación, como quiera que se entienda, siempre es posible preguntarse: ¿a qué cuestión trata de contestar el argumento?

3. Hay dos formas características de ver la argumentación: como un proceso, como una actividad (la actividad de argumentar) y como el producto o el resultado de la misma (los enunciados o las preferencias en que consiste o en que se traduce la argumentación: los argumentos). (...) Desde la primera perspectiva, la argumentación puede considerarse como toda aquella actividad que ocurre entre un término *a quo*, el problema, y un término *ad quem*, la solución, la respuesta al mismo. Pero si nos situamos en la segunda de las perspectivas, la argumentación viene a ser el conjunto de los enunciados (o, quizás mejor, de las entidades) en las que cabe distinguir siempre tres elementos: las premisas (aquello de que se parte), la conclusión (aquello a lo que se llega) y la inferencia (la manera como están unidas las premisas y la conclusión, la relación que existe entre ambos tipos de entidades).

4. Finalmente, argumentar es una actividad racional no solo en el sentido de que es una actividad dirigida a un fin, sino en el de que siempre hay criterios para evaluar una argumentación, siempre parece tener sentido preguntarse si un argumento es bueno o malo, aparentemente bueno pero en realidad malo, mejor o peor que otro, etc.

Por supuesto, “bueno” está utilizado aquí en un sentido muy general (si se quiere como un concepto), de manera que los criterios de bondad (las concepciones de lo bueno) no son los mismos: según como se contemplen los argumentos, a veces “bueno” querrá decir válido (deductivamente o inductivamente válido), otras veces sólido, fuerte, relevante, eficaz, persuasivo, etc.” (2006: 9, 72-76).

Eficacia:

El ilustre maestro Garzón Valdés, sobre esta definición, nos dice que: “A menudo las expresiones ‘*cumplimiento*’ y ‘*eficacia*’ son utilizadas por los juristas como sinónimas. Sin embargo, el término ‘*eficacia*’ plantea algunos problemas de los que no somos conscientes cuando utilizamos el término ‘*cumplimiento*’. Una razón de ello es que el universo del discurso que constituye el objeto de estudio de la ciencia jurídica está constituido por un conjunto de elementos a los que generalmente se asigna una cierta clase de propiedades. Una de tales propiedades es la denotada por el término de ‘*eficacia*’” (1977: 65).

4. La teoría del caso

“Para trabajar con casos concretos, reales o imaginarios, hay que disponer de una abundante gama de ellos, que cubra una parte importante del espectro de casos en que suelen verse envueltos los abogados [delitos contra el patrimonio (robo, robo agravado, hurto agravado; apropiación ilícita). Hay que disponer también de mucho tiempo, ese método requiere una lenta y paciente elaboración. (...) En otras órbitas de cultura jurídica —me refiero al mundo anglosajón— las facultades de derecho enseñan los rudimentos del oficio de abogado con

ayuda del método del caso o *case method*. Este consiste en ir presentando los principales problemas que se suscitan en la aplicación y manejo de reglas jurídicas tal como se los ve a partir de casos concretos en cuya decisión gravitan las soluciones que se dé a esos problemas.

En lugar de considerar que los casos sirven únicamente para ejemplificar reglas aprendidas con independencia de ellos, se entiende que el verdadero alcance y función de las reglas solo pueden ser captados a partir de los casos” Genaro R. Carrió (1989: 52-54).

En lo concerniente al nuevo modelo procesal penal peruano y los cambios que este innova sustancialmente por medio del Código Procesal Penal, la teoría del caso se vislumbra como la visión, estructuración ordenada, diseño técnico de la estrategia que efectúan las partes procesales en el marco del proceso conforme a sus objetivos e intereses desde el momento mismo en que toman conocimiento de los hechos [delitos contra el patrimonio (robo, robo agravado, hurto agravado; apropiación ilícita); delitos contra la vida el cuerpo y la salud (homicidio, homicidio calificado, lesiones etc.); delitos de corrupción de funcionarios (peculado, cohecho, checo pasivo, cohecho activo, etc.); delitos contra la libertad sexual (violación de menor, etc)], razón por la cual hay que conocer también de la teoría del delito, de los tipos penales; a fin de poder explicar en forma eficiente y eficaz, logrando convencer en forma oral al juez (tercero imparcial) de que el relato que se les narra o hace llegar es la explicación más verosímil de lo sucedido, el cual será refrendado o probado [probatorio] en el ínterin o decurso del proceso, al amparo de los argumentos jurídicos.

Esto implica que las partes deben diseñar y desarrollar adecuadamente su perspectiva estratégica, situación fáctica que van a asumir en el proceso penal los sujetos involucrados (*fiscalía y defensa*), escenario en el cual por medio de los alegatos de apertura expondrán oralmente sus versiones y efectuarán una elaboración, construcción clara y precisa (*exposición-relato*) de los hechos por medio de proposiciones fácticas que sustenten la teoría del caso, demostrando en los hechos su pericia, eficiencia (*habilidades y destrezas*), explotando fortalezas, potenciando las debilidades (*FODA*), condiciones y habilidades que les permitirán tomar las decisiones y/o convenciones que amerite el caso; estas se expresarán al amparo del *principio de contradicción*, en lo referente al rol del Ministerio Público que ostenta la titularidad de la acción penal, su pretensión punitiva a efectos de obtener la condena; en el caso de la defensa, por medio de sus alegatos en contrapartida u oposición a la pretensión punitiva del fiscal a fin de lograr la absolución del procesado; las partes procesales deberán afrontar su responsabilidad elaborando y poniendo en práctica un planeamiento y planteamiento adecuado y eficiente en el desarrollo del examen y contraexamen (técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio), sustentado con argumentos jurídicos, medios de prueba idóneos, pertinentes (documentos, testigos y peritos), asumiendo su rol eficazmente en cada una de sus actuaciones procesales, desplegando sus mejores técnicas de *litigación y argumentación oral*, que quedarán acreditadas mediante un manejo adecuado de la actividad probatoria sea en el ejercicio de la acusación como de la defensa, así como de las objeciones que se puedan plantear en el desarrollo del proceso; ya que aprender y ejercer el arte de litigar es saber controlar la prueba a fin de que en los alegatos finales logre el objetivo fundamental, que es el persuadir al órgano jurisdiccional de la inocencia o culpabilidad del procesado.

4.1. La teoría del caso como estrategia

Cabe decir que por medio de la litigación nos vamos a proveer de las herramientas jurídicas adecuadas y eficientes para aproximarnos estratégicamente al juicio, esta permite y les enseña a los operadores jurídicos a construir teorías del caso, examinar y contraexaminar

a los testigos, lograr extraer de ellos la información que la teoría del caso requiere para fortalecer su credibilidad o desacreditarlos relevando las deficiencias en su testimonio, cómo examinar y contrainterrogar peritos, además de conocer el manejo y la pertinencia de la prueba, etc.

“(…) litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico. Esta es una idea incómoda para nuestra cultura jurídica tradicional, pues siempre hemos concebido al juicio penal como un ejercicio de averiguación de la verdad; y siendo así, ¿cómo podría el juicio ser una cuestión estratégica? No hay nada estratégico acerca de la verdad, diría un clásico: o el imputado mató a la víctima, o no la mató; o robó el banco, o no lo robó. ¿Qué lugar tiene aquí la estrategia, que no sea más bien un intento por ocultar o distorsionar la verdad? Ésta es, más o menos, la postura que subyace a nuestra cultura tradicional.

Sin embargo, incluso cuando uno concuerda con que el mejor valor del juicio penal es distinguir quién es culpable de quién es inocente —descubrir la verdad, dirían algunos— lo cierto es que esa verdad se encuentra en un pasado que, lamentablemente, nadie puede visitar. Los hechos que componen el delito y sus circunstancias suelen ser de enorme complejidad y, entre lo uno y lo otro, para un gran número de causas lo más probable es que nunca sepamos qué fue exactamente lo que ocurrió. Incluso en aquellos casos que parecen simples o respecto de los cuales hay pruebas muy poderosas, hay zonas de la ‘verdad’ que probablemente nunca lleguemos a conocer: qué estaba exactamente en la mente de las personas cuando tuvieron esas conductas; cuáles fueron sus motivaciones, qué factores ocultos a la prueba determinaron los hechos tal y como ocurrieron” Andrés Baytelman, y Mauricio Duce (2005: 79).

El maestro Baytelman dice que: “la imagen de un juicio oral como un ejercicio estratégico, supone dos ideas, a saber: que la prueba no habla por sí sola y que ésta tiene su máximo aporte si se analiza en relación con la totalidad del caso. Es decir, apersonarse a un juicio no sólo se trata de hacer llegar la prueba y que el testigo relate lo que cree saber sobre hechos determinados, sino hacerle ver a los juzgadores una versión (una visión de conjunto) de los hechos y por qué motivo ese hecho o esa omisión encuadra en la pretensión jurídica que se está planteando” *Capacitación como fútbol*. Material del curso sobre Instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral. Módulo de Capacitación para la Reforma Procesal Penal. Viña del Mar, 3 al 8 de abril de 2005.

www.cejamericas.org/documentos/cap-futbol.pdf. 07 de noviembre de 2006.

4.2. Características

“La teoría del caso posee algunas notas distintivas que pueden ser presentadas como rasgos a ponderar al momento de construir y optar por una teoría del caso definitiva. Nuestra Visión es que toda teoría del caso debe caracterizarse por ser: a) única; b) autosuficiente; c) verosímil, y d) asociada a un valor y/o bien jurídicamente relevante” Blanco Suárez (2005: 19).

De lo anterior se desprende que la formulación de nuestra teoría del caso debe de ser única, esta debe dominar y determinar todo lo que se haga en el proceso, además debe de presentarse una versión determinada y clara de los hechos, descartando las versiones alternativas o subsidiarias que restarían credibilidad; la versión tiene que ser autosuficiente, entiéndase coherente ordenada, creíble, con lógica y sentido evitando la existencia de cabos sueltos; esta debe de proveer al magistrado un punto de vista cómodo y comfortable planteado

en términos simples que acredite la verosimilitud de los hechos narrados, aparejados de medios de prueba idóneos que generen convicción en el juzgador; asimismo debemos asociar nuestra teoría del caso con un bien o valor jurídico relevante en nuestros alegatos, por ejemplo: el respeto a la vida y los derechos fundamentales.

4.3. Acciones para la formulación de la teoría del caso

Para formular o plantear una adecuada teoría del caso se debe de contemplar lo siguiente: “(...) el trabajo de preparación de la teoría del caso es un ejercicio diacrónico que se actualiza a medida que se va recopilando la información, se requiere de la realización de las siguientes acciones previas a la participación en el juicio mismo. [Por lo cual] Del análisis que se realice de los [siguientes] elementos es que se podrá fijar la teoría del caso que la parte sostendrá en el juicio y construirá la estrategia a seguir. (...) Una vez definida tal teoría se deberá identificar lo que cada elemento de esa construcción aportará (...) todo lo cual deberá presentarse en una determinada secuencia (cronológica, lógica, temática, etc.), cómoda para el receptor de los mensajes:

- a) Análisis detallado de los hechos: conocer en forma completa las diversas aristas de los hechos que motivan el juicio.
- b) Análisis de la forma en que los hechos calzan o no en una determinada hipótesis jurídica, esto es, análisis acerca de la forma en que pueden enmarcarse los hechos en un tipo penal.
- c) Desglosar el tipo penal en los elementos que lo configuran, para luego traducirlos en proposiciones fácticas.
- d) Definir la evidencia que se posee para respaldar cada una de las proposiciones fácticas.
- e) Debemos identificar el valor y/o bien jurídico central involucrado en el caso. Es lo que en la doctrina comparada se denomina ‘el tema’ del caso.
- f) Debemos elaborar ‘el lema’ de nuestro caso, esto es, una frase breve que identifique de manera clara la cuestión central debatida en este caso. (...) Este lema debe ser utilizado por el litigante cada vez que pueda en sus intervenciones verbales ante el tribunal, particularmente al inicio y al término de sus alegatos de apertura y clausura.
- g) Análisis pormenorizado de los relatos de los testigos de tales hechos (tanto los testigos propios como los de la contraparte).
- h) Análisis detallado de los relatos que los peritos del caso realizan (tanto los peritos propios como los de la contraparte)
- i) Análisis de otras evidencias que sirvan de fundamento a las posiciones propias y a la de la parte contraria.
- j) Revisión sobre la licitud de la prueba que se desea disponer en el juicio.
- k) Determinación de las peticiones que se realizarán en el juicio y los antecedentes con que se cuenta para respaldar tales planteamientos.
- l) Determinación de las peticiones que se realizarán en el juicio por la parte contraria y los antecedentes con que dicha parte cuenta para respaldar sus planteamientos.
- m) Posición que se adoptará frente a los argumentos de la parte contraria y elementos o antecedentes que se utilizarán para rebatir tales argumentaciones” Rafael Blanco Suárez, Mauricio Decap Fernández, Leonardo Moreno Holman y Hugo Rojas Corral (2005: 27-28).

4.4. Factores para argumentar en un caso

El filósofo del derecho argentino Genaro R. Carrió, sobre la teoría del caso, expresa: “Lo que diré acerca de cómo debe argumentarse un caso ante un Tribunal se limitará a observaciones muy generales, válidas —espero—, para un amplísimo espectro de situaciones. Ello es inevitable; así lo veremos seguidamente” (1989: 46-52).

- 1) Por nuestro ‘papel’ en el juicio: actor o demandado; parte querellante o defensor, etc. La importancia de esto es obvia en cuanto se liga con la carga de la prueba, con el funcionamiento de ciertas presunciones de distinta fuerza y con ciertas actitudes generalizadas de los tribunales que suelen ver con distintos ojos, por ejemplo, al querellante y al defensor.
- 2) Por el tipo de juicio: ¿Se trata de una causa civil, por oposición a una causa penal, o de una causa penal? ¿Se trata de un litigio en el que se ventilan preponderantemente cuestiones de derecho privado o de derecho público?, etc. La importancia de eso también es fácil de ver.
(...) En el área de las causas penales tiene vigencia principios propios de ella, tales como los que se relacionan con la regla *in dubio pro reo*, con la veda de la interpretación analógica, con la no admisibilidad de la prueba confesional como fundamento de una sentencia de condena si no está corroborada con prueba de otro tipo, con el rigor que tiene allí la exigencia de que la acusación debe probar los extremos de hecho que justifican la imposición de una pena, etc. Esos principios tienen manifiesto peso sobre el tipo de contenido de los argumentos que pueden usarse con eficacia en el dominio donde ellos imperan.
- 3) Por el tipo de escrito en que hemos de desarrollar nuestra argumentación: un alegato de bien probado; una expresión de agravios; un recurso extraordinario; una contestación de demanda en un juicio de puro derecho; etcétera.
- 4) Por el tipo de Tribunal frente al que debemos argumentar: un tribunal ‘Tradicional’ (civil, comercial, penal); un Tribunal ‘no tradicional’ (laboral, penal económico, contencioso-administrativo, etc.); un Tribunal *sui géneris*, de carácter político (*lato sensu*), como la Corte Suprema de Justicia de la nación.
- 5) Por el contenido de la *litis*: ¿se debaten cuestiones preponderantemente de hecho, preponderantemente de derecho o se trata de un pleito, por decirlo así, equilibradamente mixto?
- 6) Por lo que razonablemente podemos esperar, dadas todas las circunstancias del caso, de la decisión judicial: la absolución de nuestro defendido o una pena baja; el éxito parcial de nuestra demanda; nada más que la extinción de las costas; etcétera.
- 7) Por el resultado de la prueba producida: favorable, equilibrada, desfavorable.
- 8) Por el estado de derecho vigente respecto de los tópicos centrales de debate claramente en apoyo de nuestra posición, claramente adverso a ella, o con mayor frecuencia, favorable en unos aspectos y desfavorable en otros, o con tendencia a orientarse en la ‘buena’ o en la ‘mala’ dirección, o bien ambiguo, indeciso, contradictorio, o aún inescrutable; etcétera.
- 9) Por el ‘clima’ del asunto concreto que tenemos entre manos: por innumerables razones; puede ser desde muy bueno hasta muy malo, pasando por un ‘clima’ de opaca —y a veces reconfortante— indiferencia (es un juicio más de los muchos que el Tribunal debe decidir).
- 10) Por las características idiosincráticas del juez: conservador; alérgico a los argumentos *x*, *y* o *z* o a los hechos *p*, *q* o *r*; hedonista; sumiso; deseoso de hacerse ver; patológicamente independiente; profesoral; amigo de las especulaciones abstractas; obsesivamente religioso; etcétera.

- 11) Por las características del colega-adversario: embarullador; pedante; belicoso; latero; excesivamente detallista; dado a los placeres de la retórica; autoridad en el tema sub lite, ex magistrado del fuero recientemente alejado de él; abogado de causas célebres; impulsivo abogado novel; astuto veterano de mil lides forenses; etcétera.
- 12) Por la incidencia probable de la decisión más allá de los límites estrictos del litigio. Esto es, su posible valor como precedente; etcétera.

Todas estas situaciones glosadas, además de otras, son importantes para saber cómo debemos argumentar y sostener nuestra posición en el proceso a fin de obtener el convencimiento y la decisión de los magistrados plasmadas en una resolución favorable, en todo caso lo más conveniente a nuestros intereses jurídicos.

5. *Doctrina comparada*

En la doctrina procesal comparada los exponentes de mayor connotación que han aportado sobre este tema son los colegas chilenos Andrés Baytelman y Mauricio Duce, quienes en sus publicaciones dicen que: “La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia (...). La teoría del caso es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que estamos ofreciendo. (...) el profesionalismo de un litigante pasa precisamente por ofrecer a los jueces la mejor teoría del caso posible dada la prueba disponible.

Una vez que se tiene la teoría del caso, la regla es casi absoluta: mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso —particularmente dentro del juicio— y nunca, nunca, nunca, hago nada inconsistente con mi teoría del caso. Todas las proposiciones fácticas que intentaré acreditar en juicio, toda la prueba que presentaré para acreditar dichas proposiciones fácticas, todo examen, contraexamen y alegato que realizo dentro del juicio están al servicio de mi teoría del caso. De lo contrario cada vez que me aparto de mi teoría del caso pierdo credibilidad, en un escenario donde ‘credibilidad’ es el nombre del juego.

(...) La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto a la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble. (...) la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás.

Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad del litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda ‘leer’ toda la actividad probatoria, de manera tal que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor.

(...) La ‘teoría del caso’, en suma, es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de ‘lo que realmente ocurrió’. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en el juicio” (2005: 95-98, 102).

De igual forma, Blanco Suárez, Decap Fernández, Moreno Holman y Rojas Corral dicen: “Una de las piezas fundamentales que todo abogado que participa en el nuevo proceso

penal ha de tener en cuenta: el proceso de construcción de su *teoría del caso*, para narrar los hechos que ocurrieron al tribunal. La teoría del caso se comienza a gestar desde el primer día en que se conocen los hechos, para irse preparando mediante un proceso diacrónico durante toda la fase de investigación, hasta su formulación ante el tribunal oral en lo penal. Una buena teoría del caso permite asimismo ordenar una investigación, guiar las pesquisas policiales, evaluar el nivel de madurez de un caso para ser llevado a juicio, así como detectar los elementos faltantes para cerrar una investigación entre otros aspectos. La teoría del caso se desagrega entre las distintas proposiciones fácticas o afirmaciones de hechos que logran satisfacer de modo directo o indirecto los elementos de la teoría jurídica, esto es, los distintos elementos del tipo penal que se intenta acreditar o de la teoría jurídica de la defensa.

La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndoles de un lente para dar una lectura intencionada que permitirá explicar lo sucedido. (...) corresponde a la *idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica*” (2005: 11-12, 18).

En el mismo contexto, Thomas A. Mauet expresa: “Una teoría del caso es una clara y simple historia sobre lo que ‘realmente sucedió’ desde su propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con su propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No solo debe mostrar qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron (...). Debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumento durante el juicio. Si Ud. no es capaz de declarar su teoría del caso en uno o dos minutos, entonces se requiere más trabajo” (2000: 24).

De igual forma, el maestro Paúl Bergman expresa que: “Gran parte de la literatura tradicional acerca de la defensa en juicio, puede inducirnos a repensar nuestra capacidad para actuar como abogados en el juicio. Algunos sugieren que los abogados litigantes organizan y estructuran un caso, del mismo modo que los grandes dramaturgos organizan una pieza. Además, a menudo se afirma que la defensa en juicio es un ‘*arte*’, una habilidad intuitiva a la cual podemos describir solo mediante máximas e ilustraciones.

Gran parte del ‘*arte*’ de la defensa en juicio consiste en técnicas que puedan aprenderse del mismo modo que se aprendió aritmética (...). Conocer y utilizar esas técnicas nos suministrará una base sólida para formular decisiones intuitivas. Si es necesario que haya dramatismo, éste surgirá generalmente a través de la evidencia misma, sin que sea necesario que uno ejerza demasiada presión” (1989: 13-14).

El connotado procesalista Paul Bergman explica que en un juicio se procura relatar una historia que sea suficiente desde el punto de vista legal. Señala que: “la meta final en el juicio puede ser probar o refutar teorías jurídicas, éstas son abstracciones que casi siempre están distanciadas un par de pasos de la evidencia. En primer lugar, la mayoría de las teorías jurídicas son en realidad grupos de elementos. Por ejemplo la teoría del ‘robo’ consiste en elementos que son ‘apoderarse de la propiedad ajena’ y ‘mediante la fuerza o el miedo’. La ‘negligencia’ incluye, entre otros elementos la ‘conducta irrazonable’ y ‘la causa próxima’. [Sin embargo, los relatos de las personas por lo general no se van a dar en estos términos porque se trata de abstracciones a las que el órgano jurisdiccional en su rol juzgador llega en base a las pruebas aportadas en el proceso. De lo enunciado se desprende que, la proposición

fáctica es una afirmación de un hecho que satisface un elemento legal y elimina la distancia entre la historia y la teoría legal. En consecuencia, para obtener determinado resultado jurídico el abogado litigante debe estructurar adecuadamente la teoría del caso que le permitirá afirmar una proposición fáctica para satisfacer cada uno de los elementos de una teoría jurídica] (1989: 21).

“El defensor también cumple la función de aconsejar a su cliente para decidir sobre los pasos siguientes a dar en el procedimiento a partir de un cálculo de probabilidades. (...) el abogado deberá atender, primero, a la información que se le suministra sobre los hechos y circunstancias del caso, luego a las normas jurídicas aplicables, tanto de índole sustantiva como a las procesales, para luego con tales elementos, prever las alternativas que conforme a su experiencia se producirán y suministrar consejo sobre lo más conveniente según la situación en que se encuentre su cliente. Por la importancia del encuadre de los hechos en el resultado del caso, la comunicación permanente entre imputado y defensor resulta indispensable: ella se garantiza expresamente durante el juicio oral (...)” María Horvitz Lennon y Julián López Masle (2002: 245).

El Tribunal Constitucional Español ha declarado sobre el tema que: *“en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el remedio judicial de sus derechos e intereses”* (...) *“en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos”* Alex Carocca Pérez (1998: 95).

6. Doctrina nacional

En nuestra sede, se puede citar el artículo que sobre este tema ha efectuado el maestro Arsenio Oré Guardia, en una revista jurídica, cuyo tenor dice que: *“en este esquema surge la teoría del caso, la cual debe estar diseñada para convencer a los jueces de que la versión que se entrega es la más fidedigna de los hechos y la interpretación más adecuada y justa”* (2005: 13).

7. La litigación oral

Con la entrada en vigencia del hasta ahora denominado nuevo modelo procesal penal, por la condicionante técnica [habilidades – destrezas] en la redistribución de los roles jurídicos al ínterin del proceso, constantemente se le forma un nudo en la garganta a muchos de los operadores de derecho, sean abogados o miembros del Ministerio Público, debido a que se presenta la obligación de adaptarse a este modelo, cuyos requisitos y características se sustentan en los principios constitucionales que rigen el proceso como son: la publicidad, el acusatorio, la contradicción, el debate y, principalmente la oralidad, situación y actuación fáctica a la que la mayoría de colegas litigantes no están acostumbrados, valgan verdades, debido a la poca o escasa preparación desde las universidades, centros de formación jurídica, instituciones, asociaciones, colegios profesionales en las técnicas de litigación oral y la teoría de la argumentación; la teoría del caso, el maestro Arsenio Oré la propone de la siguiente manera: *“la litigación oral es un ejercicio profundamente estratégico en la que cada parte, Fiscal y Defensor, diseñan su estrategia y desarrollan su actividad para hacer prevalecer su versión ante el juez”* (las cursivas son nuestras) (2005: 13). Lo que va a permitir que los abogados y fiscales, para desempeñar su rol, desarrollen una adecuada estrategia para exponer cómo acontecieron los hechos.

En este acápite, el maestro costarricense Quesada Pacheco expresa lo siguiente: “Así, el uso del discurso escrito ha sido la tradición en este procedimiento judicial y abandonar las costumbres siempre es difícil; lo innovador causa algún grado o mucha incertidumbre, o incluso, rechazo, hasta que se logran comprobar las bondades que acarrea y, en ese momento, se adquiere la conciencia de las necesidades de laborar con lo nuevo. Precisamente, el trabajo en las audiencias y en los juicios orales conlleva una nueva forma de recabar información e implica la utilización de nuevas maneras de análisis, pues el texto escrito difiere en gran medida del discurso oral” Jorge Arturo Quesada Pacheco (2002: 169).

“Un jurista que no sabe litigación —litigante, juez o profesor de derecho— simplemente elabora teorías abstractas, intelectuales, que no responden a la realidad, a los problemas y valores para los que dichas normas fueron diseñadas. Y con demasiada frecuencia esto —en América Latina lo sabemos bien— desnaturaliza el proceso, lleva a lecturas lineales y literalistas de las normas, equivoca las interpretaciones, genera requisitos absurdos o bien los estima satisfechos con cumplimientos puramente formales” Andrés Baytelman y Mauricio Duce (2005: 13).

“Muchos abogados educados y formados en el sistema acusatorio adversativo conocen a la perfección las técnicas de litigación oral. Sin embargo, cuando llega el momento de aplicarlas, a una gran cantidad de ellos se le hace difícil ejecutarlas éxito. En mi opinión, ello se debe a que de nada sirve conocer las técnicas de litigación oral si no se posee la personalidad adecuada para ponerlas en práctica.

Hay una serie de cualidades o rasgos de personalidad que, a mi entender, debe tener toda persona que desee adentrarse con razonable éxito, en el campo de la litigación oral” Héctor Quiñones Vargas (2003: 134).

Es necesario entonces la litigación oral en el proceso, como eje básico de la sociedad en la cual vivimos, por los constantes cambios en los cuales estamos inmersos, los mismos que hacen necesario que nuestros operadores del derecho se hallen convenientemente preparados. Tal y como lo manifiesta el antes referido profesor peruano de derecho procesal penal, cuando expresa que: “en el juicio oral rige el principio de contradicción. El Fiscal y el defensor exponen sus versiones en los alegatos de apertura, en los interrogatorios y en los alegatos de cierre” (Oré Guardia, 2005: 13). De modo que al hacer uso de este medio con la seriedad y la eficiencia adecuada implica el estar al corriente para trabajar y desenvolverse en sistemas adversariales, por lo que la oralidad se convierte en una de las herramientas o instrumentos más eficaces en la producción y comunicación de información entre las partes mediante el uso de la palabra, que asegura la inmediatez y la publicidad en el proceso, principios que se encuentran plasmados en nuestro ordenamiento jurídico y son de alcance constitucional.

8. Análisis

Un adecuado y ponderado estudio de los antecedentes históricos del rumbo procesal nos debe prevenir para que no pretendamos *a priori* que el hecho de haber adoptado el sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales implica una superación completa del anterior sistema inquisitivo; lo que va a diferenciar a un sistema procesal de otro, es el mayor o menor grado de adversariedad, ya que con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal cada parte procesal debe desempeñar a cabalidad su rol, lo que implica que cada parte debe diseñar o estructurar su teoría del caso, por medio de la puesta en práctica de un conjunto de

habilidades y destrezas, situación de hecho que acorde con nuestra realidad todavía no se consigue en forma óptima el nivel de preparación que requiere este sistema procesal.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código se plantea el desarrollo de un modelo procesal penal de corte acusatorio adversarial, predominantemente oral y público, con predominio del principio de contradicción; razón por lo cual se exige la concreción de la igualdad procesal, por ende admite una efectiva participación de las partes en el proceso; asimismo se va a redefinir los roles de los juzgadores, del Ministerio Público, los abogados y la policía; se define y afirma una serie de facultades funcionales del Ministerio Público, por medio de mecanismos de simplificación procesal y soluciones alternativas a fin de optimizar la función de la fiscalía; asimismo se reconoce las garantías del debido proceso como eje central del desarrollo del mismo, con la finalidad de remediar las deficiencias de nuestra justicia penal.

La teoría del caso en esencia facilita y optimiza la estrategia de las partes, al promover la terminación anticipada de los procesos (principio de oportunidad, las convenciones y acuerdos reparatorios), teniendo como objetivo primordial la celeridad y economía procesal, a la vez que enerva el descongestionamiento de los penales debido a la presencia de presos sin condena, la optimización de los procesos y el logro del cambio de imagen de la administración de justicia, devolviéndole la confianza ante los usuarios del servicio de justicia y la sociedad en general.

Es pertinente señalar que, conforme a la experiencia de la legislación comparada en Latinoamérica, un sistema acusatorio adversarial penal en parangón con un sistema mixto tendencialmente inquisitivo y limitadamente contradictorio como el nuestro, reduce los plazos del proceso. No obstante, cabe precisar que en términos de eficacia, el principal reto consiste en lograr elevar positivamente las estadísticas de casos juzgados; asimismo, perfeccionar la calidad del juzgamiento. Para alcanzar ese objetivo, entre otros factores tiene una especial relevancia la adecuada y oportuna formación del operador jurídico, la preparación y capacitación que en estos momentos de transición pueda brindarse a los jueces, fiscales y defensores es de vital importancia, ya que el conocimiento de los hechos y del derecho a aplicarse es una necesidad básica para la estructuración de la teoría del caso.

Al respecto, el maestro Carrió nos dice: “Uno de los defectos graves de la forma como se enseña el derecho en nuestras universidades es que, por lo general, no se lo presenta desde ninguno de esos puntos de vista que permiten ver al derecho en un contexto práctico. (...) En nuestras facultades, donde no se enseña según el método del caso, no se enseña —ni se comienza siquiera a enseñar— el oficio o profesión de abogado. Uno tiene que aprender el oficio solo, después de graduado, a costa de las desagradables experiencias (...) y ocasionalmente, con perjuicio para el bolsillo de algún cliente que cayó en el error de considerar que nuestro dinámico optimismo de profesionales jóvenes y entusiastas —muchas veces postizo— era índice seguro de idoneidad profesional y garantía de éxito en la gestión encomendada” (1989: 56).

Sobre este tema, en opinión de los autores señalados, conforme a las experiencias resultantes en sus países, lamentablemente persiste la falta de preparación y adiestramiento de nuestros operadores jurídicos, sobre todo en la enseñanza de la teoría del caso y de sus componentes (fáctico, jurídico y probatorio), ya que, conforme se desprende de la doctrina citada en el cuerpo del artículo, la teoría del caso es el planteamiento de las partes, imponiéndose la teoría que está estructurada coherentemente, suficientemente probada y

debidamente argumentada conforme a las técnicas de litigación oral y argumentación jurídica que prevé el nuevo modelo procesal y que sirven como herramientas en manos de las partes para desarrollar y cimentar su teoría.

También es menester enunciar la ausencia de coordinación interinstitucional, la falta de interés de las universidades con sus respectivas facultades como responsables de la formación académica [elección de docentes sin nivel o experiencia, además de no contar muchos de ellos con la especialidad o calificación], así como la escasa difusión de la ejecución e implementación gradual del Código Procesal Penal en los diversos distritos judiciales.

El problema de la capacitación y enseñanza para la ejecución del cambio nos lleva a preguntarnos si es por la falta de recursos económicos [situación que es evidente a la fecha], falta de tiempo, falencia tecnológica, formación deficiente de los operadores, etc. La principal dificultad se halla en el ineficiente modelo pedagógico que se tiene en el proceso de enseñanza y aprendizaje. Es por ello que la capacitación para la reforma procesal penal no será eficaz en tanto no cambie su lógica de intervención. Siendo que, una de las primeras dificultades que se representan en la capacitación es la propia tradición en materia de adiestramiento jurídico. Desde esta nueva perspectiva, la capacitación jurídico procesal debe preocuparse por otorgarles a los operadores del derecho vinculados al proceso (juez, fiscal o defensor) las reglas básicas para que obtengan las capacidades necesarias para su rol, en un escenario lo más parecido a la realidad. La metodología clave es la simulación de casos reales asistiendo como espectadores a la práctica cotidiana.

Como colofón a este párrafo, no puedo soslayar en este análisis el comentario del colega César Eugenio San Martín Castro, vertido en su conclusión de *Informe Nacional de Derecho Penal*, donde enunció que: “*el sistema de justicia nacional padece deficiencias muy marcadas que están lejos de superarse en el mediano plazo. Si bien se ha potenciado el nivel administrativo de la justicia (se ha ganado en recursos financieros, humanos y tecnológicos), aun cuando falta mucho por hacer, existen sensibles problemas vinculados al respeto de las garantías y principios de la administración de justicia que el actual modelo de reforma, no ha podido o sabido enfrentar. En esta perspectiva, la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal, ante una carrera judicial y fiscal aun no estabilizada y consolidada, dado el alto índice de jueces y fiscales provisionales y una falta de firmeza de la jerarquía judicial para afirmar los fueros de la jurisdicción y evitar la expansión ilegítima de la justicia castrense, no se presenta muy provisor, habida cuenta de una presencia excesiva, por decir lo menos, de los órganos de seguridad y fuerzas del orden y una ostensible debilidad institucional del Ministerio Público y el Poder Judicial, que preludia un control muy escaso de los excesos de la policía y una insuficiente afirmación de las garantías constitucionales del individuo sometido al proceso*” Julio Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (2000: 710-711).

Con la reforma actual de nuestro sistema procesal penal, a mi modesta opinión la conclusión predictiva de nuestro colega San Martín Castro, fue desacertada y hasta falaz, su contenido y la realidad actual en este 2013, me relevan de comentarios, con mayor razón preguntándonos conforme a las reflexiones y críticas que hizo él en su condición de magistrado judicial, a efectos de lograr revertir la situación que criticaba, porque cuando fue elegido como Presidente de la Corte Suprema hasta el 2012, no lo logró, además de que como explica que durante su gestión como máximo representante del Poder Judicial, no logro la implementación total y lograr la plena vigencia del nuevo modelo procesal en el

distrito judicial de Lima y el Callao, algo que podría parecer hasta anecdótico, habida cuenta de sus promesas y de todo lo que le escuchamos decir por los medios de difusión.

9. Conclusiones

- Con la vigencia del nuevo modelo procesal desde hace nueve años, es menester indicar que ya se ha definido y concretado los roles del órgano jurisdiccional, fiscal y la defensa. El modelo acusatorio adversarial se rige específica y taxativamente por el principio de contradicción, situación que exige y obliga a las partes a estructurar su teoría del caso, formular el diseño estratégico por medio de las técnicas de litigación oral para afrontar con éxito el caso según el tipo o conducta delictiva realizada, con el objetivo de lograr que su historia o relato sea el más creíble mediante la exposición oral de sus alegatos, el adecuado examen-contraxamen de testigos y peritos, las objeciones y plantear reglas claras sobre el debate de la actividad probatoria, además de controlar la admisibilidad de la prueba, situación que permitirá una prestación más eficiente y a menor costo para los usuarios del servicio de justicia.

- Otra de las ventajas del nuevo modelo procesal es que permite que los sujetos procesales puedan utilizar con mayor eficiencia las formas de conclusión anticipada del proceso (criterios de oportunidad, convenciones, etc.), lo que admitirá que haya celeridad y economía procesal, además de evitar la sobrecarga procesal en los despachos judiciales.

- Uno de los aspectos más críticos de este tema es el referido a la capacitación y adiestramiento de jueces, fiscales y abogados. En la actualidad, se aprecia que los operadores jurídicos no se encuentran suficientemente entrenados para cumplir sus nuevos roles y funciones, habida cuenta que este modelo procesal demanda una eficiente preparación y formación de todas las partes procesales vinculadas, a fin de que en el proceso desarrollen las habilidades y destrezas que el sistema acusatorio adversarial demanda. Asimismo es de observarse que en algunos distritos judiciales los jueces adoptan una posición ultra-garantista, lo cual abona en algunos casos en la impunidad, lo cual trae un mensaje negativo hacia la sociedad.

- En la actualidad una de las críticas en esta humilde opinión de litigante, por la modesta experiencia adquirida en el cotidiano reflejo de la actividad procesal, es que muchas veces se aprecia la desnaturalización del proceso respecto al cumplimiento de los plazos procesales, habida cuenta que hay casos en donde estos no se cumplen por diversos factores atribuibles a las partes o al director del proceso, tanto en la etapa de investigación preparatoria [*preliminar y preparatoria propiamente dicha; ejemplo: Exp. N°. 02030-2011- Ayacucho, desde la formalización de la investigación preparatoria hasta la audiencia de control del requerimiento de la acusación fiscal ha pasado más de 9 meses, siendo su resultado la devolución del requerimiento, continua en trámite*], esto por diversos factores en la intervención del ministerio público al convertir la investigación en compleja sin expresión de causa, esto abonado al deficiente manejo de algunos operadores jurídicos [abogados] en los mecanismos de control de los plazos, así como no promover el adecuado uso de las audiencias de tutela de derechos. Obviamente la desnaturalización de los plazos también se refrenda con las sentencias casatorias emitidas para poder permitir que el Ministerio Público pueda adicionar un plazo extraordinario a su investigación.

10. Recomendaciones

Asumir una nueva cultura en lo atinente a la práctica procesal adversarial; obviamente, implica capacitar eficientemente a los operadores jurídicos, a fin de proporcionarles los elementos necesarios (herramientas de interpretación, argumentación jurídica, análisis crítico de las instituciones procesales, conocimiento de las normas y principios inherentes al proceso penal, desarrollo de habilidades y destrezas de litigación propios del sistema acusatorio adversarial) para que desempeñen una adecuada actuación en sus roles; en general, básicamente, entender que el proceso penal, antes que un sistema destinado a la aplicación de penas, está orientado a la resolución de los conflictos.

Es urgente; obligatorio la preparación y el adiestramiento del futuro capital humano, desde las aulas universitarias, los colegios profesionales e instituciones que nos agrupan, para mejorar la calidad pedagógica en el manejo de la teoría del caso por medio del método de resolución de casos conforme al sistema anglosajón, conforme ya se realiza en otros países de América Latina; crear conciencia en los capacitadores y operadores del derecho [*algunos lo han visto como una fuente de ingresos o negocio*] en el desarrollo del arte de la oralidad y argumentación jurídica. Sin embargo, no solo se busca buenos oradores o maestros de ceremonias, sino operadores capaces de poder expresarse, hacer entender y transmitir sus argumentos en forma lógica y clara.

Implementar la capacitación con profesionales connotados de reconocida experiencia no solo doctrinaria, sino que sean expresamente por el desarrollo cotidiano en el ejercicio de la profesión en la práctica procesal, para principalmente transmitir destrezas para la litigación oral en audiencias orales previas al juicio oral, actividad diseñada para introducir la lógica de las audiencias en las etapas previas al juzgamiento oral, además fijar imágenes concretas de prácticas apropiadas en este tipo de audiencias casuísticas sobre el proceso, cuyo objetivo clave es desarrollar destrezas básicas de litigación oral, asimismo cambiar el paradigma de comprensión del nuevo sistema procesal penal y sus reglas.

Bibliografía

- Atienza, Manuel (2006) *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona: Ariel.
- Bergman, Paúl (1989) *La defensa en juicio*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Blanco Suárez, Rafael; Decap Fernández, Mauricio; Moreno Colman, Leonardo y Rojas Corral, Hugo (2005) *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago: Lexis Nexos.
- Bobbio, Norberto (1998) *Teoría general del derecho*, Madrid: Debate.
- Carocca Pérez, Alex (1998) *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: José María Bosch.
- Carrió, Genaro R. (1989) *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Garzón Valdés, Ernesto (1977) “Algunos modelos de validez normativa” “Algunos modelos de validez normativa”, en Revista Latinoamericana de Filosofía III (marzo 1977) 1; reimpresso como Cuaderno de Trabajo N° 21 del Instituto de Filosofía de la Universidad de Maracaibo (Venezuela) 1979.
- Horvitz Lennon, María y López Masle, Julián (2002) *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Maier, Julio; Ambos, Kai y Woischnik, Jan (2000: 710-711) *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- Mauet, Thomas A. (2000) *Trial Techniques*. Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., Gaihersburg/New York, 5ª edición.
- Oré Guardia, Arsenio y Loza, Giulliana (2005) “La teoría del caso”, En *El Portal del Derecho* 10. Ayacucho, julio.
- Quesada Pacheco, Jorge Arturo (2002) *Análisis del discurso oral en el proceso penal*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia EUNED.
- Roxin, Claus (1998) *Stratverfahrensrecht*, 25ª edición, Beck, München.
- Weston, Anthony (1994) *Las claves de la argumentación*, Barcelona: editorial Ariel, S.A.
- www.webdianoia.com/glosario/main.php 01 noviembre de 2006
- es.wikipedia.org/wiki/Teoría 03 noviembre de 2006.
- www.cejamericas.org/documentos/cap-futbol.pdf. 07 de noviembre de 2006.

(*) Abogado, conferencista, panelista internacional; profesor investigador en la especialidad de Derecho Procesal; autor de libros [“Proceso Penal ordinario – Manual del Litigante (2011.)” y “Estructura del Proceso Penal Ordinario – Doctrina y practica aplicada al nuevo modelo Procesal Penal (2013).”] artículos en Derecho Procesal [“Litisconsorcio en el ordenamiento Civil Peruano” – Revista Abogados – Edición Especial]; con estudios de doctorado en Derecho y Ciencia Política, maestría de Derecho Procesal en la USMP, maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad de San Martín de Porres (USMP), maestría en Desarrollo y Defensa Nacional en el Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN); estudios de Postgrado en Derecho Procesal y Sistemas Procesales Penales en la UBA – Buenos Aires; Curso de especialización internacional en Interrogatorio, Contrainterrogatorio y Técnicas avanzadas de Litigación Oral en la Universidad de Medellín –Colombia. Profesor de los cursos de Teoría General del Proceso; Introducción al Derecho Civil en el Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

jalbertmonty@hotmail.com. jmontoya@usmp.edu.pe. joalmonty@yhoo.es



EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El derecho internacional público. – 3. El derecho internacional privado. – 4. Nuevas tendencias en el derecho internacional. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

Debido a la globalización existente en el mundo los derechos supranacionales cobran mayor relevancia en la actualidad, especialmente dos derechos internacionales, el derecho internacional público y el internacional privado. Estudiaremos las características básicas de estos derechos, desde su origen histórico su adecuación a la legislación nacional, las instituciones básicas, así como las nuevas tendencias del derecho internacional.

2. El derecho internacional público

El derecho internacional público³⁰⁹ estudia las relaciones entre los sujetos del derecho internacional público, en sus orígenes los Estados y luego se crean estos sujetos debido al avance del derecho³¹⁰.

* *Ricercatore* del Consiglio Nazionale delle Ricerche d'Italia (CNR), en el Instituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) (Roma - 2008), *Scientiae Juridicae Doctor* (c) por la Wake Forest University School of Law; *International Legal Researcher* de la Wake Forest University School of Law, Winston Salem NC-USA (2007), *Doctor en Derecho (SJD)*, Lima-Perú, *Master en Diritto Privato Europeo* de la Università degli Studi di Roma "La Sapienza", *Master en Derecho Americano (LL.M.)* de la Wake Forest University School of Law, Winston Salem-USA, *Corso di alta formazione in Diritto Romano* de la Università di Roma "La Sapienza", *Abogado* de la Universidad San Martín de Porres, Lima-Perú. Profesor de pre y post grado en derecho romano, comparado e internacional en la USMP, UNFV, URP, UNP, UPT, Director del Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la URP. E-mail: aoyarcey@hotmail.com

³⁰⁹ Sobre el *Derecho Internacional Público* ver: CASSESE, Antonio, *Diritto Internazionale*, Il Mulino, Bologna 2003. COSTA RUDA, Podestá, *Derecho Internacional Público*, Tea, Buenos Aires 1985; Donde el autor señala que el Derecho internacional público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional. Además, el derecho internacional comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí. Ver también: PLANAS SUAREZ, Simón, *Derecho Internacional Público*, Hijos de Reus, Vol., I, Madrid 1916, pp. 1-51

³¹⁰ El derecho internacional público es la rama del derecho que se encarga de las relaciones entre sujetos de derecho internacional público, entre ellos podemos mencionar: *a) los Estados*, los cuales desde su origen fueron los sujetos fundamentales del DIP, pero gracias al desarrollo del derecho internacional, surgieron nuevos sujetos, producto de la integración interestatal o creación de personas jurídica nuevas; *b) organizaciones internacionales*, producto de las necesidades internacionales, y que los estados no podían hacer frente, entre ellas podemos señalar: las Naciones Unidas, la OEA, etc.; *c) empresas multinacionales*, muy criticadas como sujetos del DIP pero debido a su importancia económica y laboral son consideradas como sujetos; *d) organizaciones no gubernamentales internacionales*; *e) alzados en armas*, quienes por pelear la guerra siguiendo las normas del derecho de guerra, adquieren este status internacional, no teniendo este reconocimiento los terroristas; *f) la iglesia*, no únicamente la católica, sino toda denominación inscrita en las Naciones Unidas;

2.1. Origen

El origen del derecho internacional público sería el *ius gentium*, aplicable a todos los extranjeros en Roma y común inclusive a los animales, y también el *ius fetiale*³¹¹, quienes se

g) los estados no autónomos, un ejemplo clásico es el caso de Puerto Rico; h) los individuos como entes receptores de normas del derecho internacional. Cabe mencionar además, que el derecho internacional no sólo regula las relaciones de paz, regidas por el Convenio de Viena de 1980 sobre derecho de los Tratados, curso que regularmente es enseñado en Perú, sino también el derecho de guerra, todo el procedimiento de declaración formal, combate, límites, treguas, fin etc., como se hace en las facultades europeas.

³¹¹ Los *feciales* eran sacerdotes; y como todo *elius sacrum*, también el *ius fetiale* estaba constituido por formulas, por ritos, por solemnidades, de ceremonias que el pueblo Romano, regidos por rígidos preceptos religiosos sostenedores, que debían de observar para declarar la guerra o para establecer la paz. Y como en las Doce tablas no estaba escrito el derecho pontificio o el derecho augural, pero ambos estaban consagrados en libros secretos, así podemos afirmar con seguridad que todas las fórmulas y ritos que constituían el derecho fecial, estaban recogidas en libros religiosos especiales (libros y comentarios), confiados al cuidado del colegio de los feciales, el cual probablemente tenía el encargo de llevar nota de todos los tratados que Roma contraía con otros Estados: FUSINATO, Op. cit., p. 34; Extraño ver que los feciales no vienen mencionados por OLGIVE, *Ancient Culture and Society, The Romans and Their Gods*, Chatto & Windus, London 1969. Eran nombrados de por vida por ((*cooptatio*)). La *Cooptatio* es la elección de una persona para un cargo en una institución hecha por el predecesor, y elegidos entre las mejores familias patricias y luego de la ley Ogulnia también se le dio oportunidad a los plebeyos de acceder a éste cargo. MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I, p. 115. Lo contrario es sostenido por Weiss en Daremberg-Saglio, 2,2, ((*Fetiales*)), insistiendo en el carácter típicamente patricio de ésta magistratura. FERRARI, Op. cit., V., p. 255. Los feciales, como los otros sacerdotes romanos, eran honrados y poseían santidad e inviolabilidad, también fuera del territorio patrio, FUSINATO, Op. cit., p. 37: *Sacrum etiam inter exterarum gentes legatorum ius*. TACITO, Ann., III, 80.

Los feciales estaban presididos por un *pater patratus* (En esta institución de los feciales se haría referencia de *pater patratus* como líder de una institución, como el *pater familias* en la familia romana, cómo el pontífice máximo en el colegio de pontífices o la *virgo vestales* máxima entre las vestales), de carácter duradero y perpetuo, como el del *pontifex maximus* en el colegio de los pontífices, como el magister de los Salii (Los Salii eran sacerdotes romanos antiguos, divididos en dos colegios: uno del Palatino y el otro del Quirinale. El sodalicio de los Salii fue instituido por Numa para honrar y custodiar un escudo caído milagrosamente del cielo, como signo de la futura potencia militar de Roma. Sus miembros eran elegidos de entre los patricios, y eran consagrados a Marte y a Quirino, que celebraban con danzas guerreras. El 1 de marzo los Salii paseaban en procesión al escudo (*ancilia*), chocando las lanzas y cantando un antiguo *Carmen saliare*. La fiesta terminaba el 19 de marzo, primer día de las *Quinquatrie*. En octubre se celebraban ceremonias similares hasta el *armilustrio*, 19 de octubre, cuando las armas sagradas eran repuestas) y de los Hermanos Arvales (Los Hermanos Arvales eran doce miembros de colegio sacerdotal romano, instituido según la leyenda por Rómulo, quienes celebraban en mayo de cada año, sacrificios y ceremonias de purificación de las divinidades agrestes. Se dedicaban además al culto de la diosa *Dia*, una divinidad arcaica romana, luego se identificaron con *Cerere*, que protegía la tierra. *The Arval Brethren were a body of priest in ancient Rome who offered annual sacrifices to lares and gods to guarantee good harvest. The term can be translated as Brothers of the fields*), como el de la *virgo vestalis maxima* entre las vestales, ver: FUSINATO, Op. cit., p. 39. Él era el encargado de la consagración del *foedus* y de la declaración de guerra, también le eran reservadas atribuciones especiales, entre las cuales la representación del pueblo romano (Aquí podemos apreciar que los feciales utilizaban sus funciones diplomáticas, como lo hacen los funcionarios de cancillería en la actualidad.). Respecto a su etimología algunos la explican como el *pater familias* representaba a sus hijos, así el *pater patratus* al pueblo de Roma: *patratus* estaría a indicar la consagración de ésta paternidad artificial, BAVIERA, Op. cit., p. 13, citando a Lange, 13, 265. Otros señalan que *patrare* proviene de sancir, que indica la misión de los feciales de consagrar o de un *nuntium*, en relación a la misión asignada, Livius, 38.3.8.

Las funciones principales eran: a) ser jueces y mensajeros de los acuerdos (*foedera*) de paz y de guerra; b) ser *publici legati* y *nuntii* (Los *nuncios* actualmente son los representantes de la Santa Sede en el extranjero, son diplomáticos que poseen inmunidades que el derecho internacional les concede. Son los embajadores de la guerra y de la paz de los romanos, quienes poseen legitimidad divina en sus decisiones), (representantes del *populus romanus*), en las relaciones externas de Roma con otros pueblos; c) tomar determinaciones en relación a la guerra; d) llevar a cabo el rito de celebración del acuerdo (*foedus*), la *rerum repetitio* (pedido de reparación que precedía la declaración de guerra) y declarar el *bellum iustum piumque* (declaración de guerra). Ver: MÉNDEZ CHANG, *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000, p. 13. Los tratados

encargaban de las relaciones internacionales públicas romanas, tanto las relaciones de paz, como las relaciones de guerra; celebrando tratados internacionales, que creaban alianzas o iniciaban conflictos internacionales. Además el origen del derecho internacional público en el derecho romano se le otorga al *ius gentium*, el cual utilizaban los extranjeros y quienes estaban excluidos de utilizar el *ius civilis*, el cual era exclusivo y excluyente para los romanos.

2.2. Principios

Actualmente los principios del derecho internacional público son los siguientes: *a)* la igualdad soberana de los Estados (en 1945 la Carta de las Naciones Unidas ha incluido en el art. 2.1 este principio; *b)* no intervención en los asuntos internos y externos entre los estados. Ser prohíbe a los Estados de realizar actividades específicas o el constreñir a un Estado extranjero a realizar determinado comportamiento. Por ejemplo la no intervención de las naciones extranjeras en las guerras civiles; *c)* prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza. Art 2.4. de la Carta de las Naciones Unidas. Desde 1945 la paz se ha convertido en el fin supremo de la comunidad internacional. Por ello existe la necesidad de evitar el desarrollo de conflictos armados, capaces de provocar el peligro de la humanidad; *d)* solución pacífica de las controversias. Art. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas obliga a las naciones a resolver sus controversias de manera pacífica, para prevenir cualquier amenaza a la paz, a la seguridad y a la justicia; *e)* respeto de los derechos humanos. La adopción de la Carta de las Naciones Unidas y, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece que ningún Estado puede negar que los derechos humanos deben de ser respetados en el mundo; *f)* la autodeterminación de los pueblos. Propuesto por la revolución francesa, todos los pueblos y las naciones pueden definir sus instituciones y políticas nacionales; *g)* soberanía, comprende los siguientes poderes y derechos: el poder de imperio sobre todos los individuos que viven sobre el territorio del Estado; el poder de utilizar y disponer libremente del territorio sujeto a la jurisdicción del Estado, cumpliendo todas las actividades consideradas necesaria o útiles o para la población; el derecho a excluir a los Estados del ejercicio de la soberanía en el territorio; el derecho de pretender la inmunidad para sus propios órganos que han actuado como oficiales; el derecho a exigir a los otros Estados la inmunidad de jurisdicción sobre los actos cumplidos como ente soberano³¹².

3. El derecho internacional privado

El derecho internacional privado³¹³ es el derecho que regula las relaciones entre personas naturales o jurídicas de derecho privado, pero donde existe un elemento extranjero

de paz podrían asimilarse actualmente como los tratados de comercio, tratados de integración. Los cuales otorgan libertades como principios básicos. Véase el caso de la Unión Europea que posee como principales principios: *a)* libertad de circulación, de bienes, servicios, capitales, personas; *b)* libertad de establecimiento; *c)* igualdad; *d)* no discriminación. Sería este el origen del derecho de integración, comercio internacional, el federalismo, etc. Como en el derecho romano, en el derecho actual también se presentan problemas similares con los derechos de los extranjeros en los territorios nacionales. Realizando el estado una clasificación de los extranjeros: *a)* naturalizados.

³¹² : CASSESE, Antonio, *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna 2003, pp. 61-84.

³¹³ Sobre el concepto del *Derecho Internacional Privado* ver: OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional Privado*, UIGV, Lima 2005, pp. 21-26. El derecho internacional privado es aquel derecho que se encarga de regular las relaciones jurídicas entre personas de derecho privado, donde exista un elemento extranjero. El Derecho internacional privado también es llamado derecho conflictual, porque al existir elemento extranjero no se sabrá qué ley aplicar, la ley del nacional o la ley del extranjero. Además no se sabrá quién será el juez competente. El autor nos señala que el objeto del Derecho Internacional Privado es señalar el juez

presente, sin importar la relevancia de éste. Por el simple hecho de existir un elemento extranjero, será de aplicación el derecho internacional privado, porque crea un conflicto de aplicación de normas.

El derecho internacional privado, por su nomenclatura se presta a errores, pues no únicamente estudia temas de derecho privado, sino todos los temas con conflicto normativo, sean estos de derecho público o privado.

3.1. Origen

Existen dos teorías en cuanto a su origen, la unitaria y la teoría de la autonomía.

a) *unitaria*, la cual señala que el derecho internacional privado nace dentro del derecho internacional público y recién alcanza su independencia con la escuela histórica del derecho, donde Savigny lo convierte en una cátedra independiente del derecho internacional público en la universidad en 1850;

b) *autonomía*, la cual indica que el derecho internacional público nace en Roma con dos instituciones; el *pretor peregrino*, quien se encargaba de resolver las relaciones jurídicas cuando existía en ellas un elemento extranjero, sea la relación jurídica misma o los sujetos extranjeros; y la institución de los *recuperatores*³¹⁴.

El derecho internacional privado llega al Perú gracias al Tratado de Montevideo de 1892 y luego gracias al Código de Bustamante, que plasma los resultados de la conferencia realizada en la Habana Cuba en 1928. Este código fue incluido dentro del Código Civil de 1984 en el Libro X, pero solamente los artículos con contenido civil; provocando esto un gran problema en cuanto a su estructura. Además debemos mencionar que no ha sido actualizado desde 1928, ni para la promulgación del código civil de Fernández Sessarego.

competente y la ley aplicable, siguiendo la teoría bipartita o anglosajona, distinta a la tripartita o latina que agrega la nacionalidad y el trato al extranjero. Ver también RAPALINI, Liliana, *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata 2002, pp. 14-15. Además MOSCONI, F. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. Ed., Utet, Torino 2001, pp. 7-9. El cual nos habla sobre los *risvolti pratici delle problematiche internazionali privatistiche del forum shopping*, que es el fenómeno de la búsqueda del tribunal potencialmente más favorable, es decir el juez ante quién es conveniente iniciar el proceso. KELLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Buenos Aires 1990, p. 15; Quién nos señala además de la existencia del elemento extranjero que necesariamente debe existir en una relación jurídica de derecho internacional privado, sino se aplicará el derecho nacional regular. El derecho internacional privado permite a la persona elegir la legislación más favorable a nivel mundial y poderse acoger a ella si no vulnera a terceros civil ni penalmente. Debemos señalar que existe un gran problema en cuanto a la denominación del derecho internacional privado. El término privado implica para algunos juristas, el tratamiento únicamente de materias de derecho civil y derecho comercial, excluyendo a las otras, como el derecho penal, o procesal, etc. Más aun si esta materia se encuentra codificada dentro del código civil. Es por ello que el derecho internacional privado se adapta mejor al término: derecho conflictual. Se aplicará el derecho conflictual (*conflicts of laws*), siempre que exista conflicto en cuanto a la aplicación de la norma nacional o extranjera.

³¹⁴ Sobre la institución de los recuperatores ver: *Novissimo Digesto Italiano*, pp. 1076-1081. *Erano giudici, i quali pronunciavano riuniti in collegio e costituivano, accanto al iudex unus e l'arbitrator, uno degli organi iudicanti. L'origine dei recuperatores é probabilmente da vedere in procedimenti di tipo internazionale istituiti per il recupero dei beni, che si assumevano occupati o sottratti da comunità o da singoli individui stranieri. Il termine recuperator sembra appunto derivare dall'originaria funzione di questi giudici, che servivano a recuperare beni caduti in mano nemica o straniera.*

3.2. Principios

Dentro de sus principales principios encontramos:

a) *la extraterritorialidad de la norma*, que nos indica que la norma nacional se aplica en territorio extranjero y que la norma extranjera es de aplicación en territorio nacional, deshaciendo la teoría de la territorialidad de la norma, implica no solo la aplicación de derecho supranacional en territorio nacional, sino normas de países extranjeros, cuando el derecho internacional privado lo señale³¹⁵.

Los principios correspondientes son: i) *principio real o protección de intereses*, donde se aplica la ley nacional a toda conducta que afecte los intereses o bienes jurídicos del propio Estado o de sus ciudadanos sin considerar la nacionalidad del agente; ii) *principio de personalidad o de nacionalidad*, la ley peruana se aplica a ciudadanos nacionales en el lugar donde se encuentren.

b) *trato al extranjero*, principio que equipara las condiciones entre el nacional y el extranjero, estableciendo un principio actual, el principio de igualdad, el extranjero debe regirse por la misma regulación que los nacionales, no puede ser discriminado por razón de nacionalidad o etnia. Inicialmente el extranjero era considerado como peregrino u *hostis*, un enemigo para los romanos, esto es a consecuencia de la teoría de la hostilidad natural y posterior nacimiento del estado bajo el contrato social, donde el gobernante debió de crear un enemigo foráneo, para poder unificar a la población y redirigir la violencia fuera del estado romano. Por ello actualmente se desvanece la teoría de la hostilidad natural y del trato al extranjero como enemigo³¹⁶.

³¹⁵ Sobre la extraterritorialidad de la norma en el derecho penal peruano ver: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal parte general*, Grijley, Lima 2006, pp. 188-192. “La aplicación de la ley penal puede darse a hechos delictivos ejecutados fuera del territorio nacional (derecho penal internacional)”.

³¹⁶ Sobre el trato al extranjero en el derecho romano ver: OYARCE YUZZELLI, Aarón, *El status civitatis*, en *Derecho Romano, Instituciones*, En progreso: La nacionalidad fue un derecho máximo en Roma, como lo es actualmente, aquellos que eran *cives* poseían derechos que no poseían los extranjeros. En el *status civitatis* las personas podían ser o *cives* romanos o peregrino u *hostis*, los enemigos de Roma, cada uno de ellos con derechos diversos y muy diferenciados. En la utilización de la normatividad romana, el *ius civiles*, era utilizado de manera exclusiva y excluyente por los *cives*, dejando de lado al peregrino, quien utilizaba el *ius gentium*. Según este status el *cives* contaba con todos sus derechos pero respetando los otros *status* como el *familiae* o el social. *Nacionalidad* o ciudadanía poseen dos conceptos, uno anglosajón que señala que la nacionalidad es un contrato entre un Estado y un individuo, generando derechos (a la seguridad interna e internacional, seguridad social, trabajo, educación, vida digna, sufragio, etc.) y obligaciones (sufragio, servir a la patria, tributar). Esta teoría del contrato es derivada de la teoría del contrato social sobre la creación del Estado, ver: Rousseau, Kant, Locke, Hobbes, Mommsen. El segundo concepto es *romanista*, donde se señala que la nacionalidad es un vínculo de la persona con factores en común, como con el pueblo, la tradición, religión, costumbres, etc. La nacionalidad genera entre el ciudadano y la nación derechos y obligaciones de obligatorio cumplimiento, tanto para el Estado, como para el ciudadano. Ejemplo de los deberes del ciudadano podemos indicar los siguientes: a) *servir a la patria*; b) *sufragar*; c) *tributar*. Así también el ciudadano por su condición tendrá derecho a exigir todos los derechos enunciados en la constitución y en las normas inferiores, como: a) educación; b) salud; c) seguridad social; d) vivienda, etc. Sobre el *status civitatis* ver: ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, De Palma, Buenos Aires 1973, pp. 59-65. Los *cives* son ciudadanos de pleno derecho, derechos que podían acceder gracias a la celebración de *foderas*. Ver también: MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del derecho público romano*, Buenos Aires 1942, pp. 37-43. Las causas que dan ingreso en la ciudadanía son las siguientes: a) el nacimiento dentro del matrimonio legítimo, según las reglas vigentes así para el patriciado, como también en lo esencial para la dependencia; b) el nacimiento fuera del matrimonio legítimo, según las normas de la dependencia; c) la adopción como hijo de un hijo de familia de derecho latino; d) la traslación de un latino a Roma bajo la égida de su derecho nacional; e) la liberación de un latino a Roma bajo la égida de su derecho nacional; f) la liberación, no solamente de la esclavitud, sino también de la situación de aquellos

c) *la reciprocidad*; que se aplica a falta de tratado entre las parte y consiste en la obligación de dos naciones por la existencia de un precedente vinculante;

d) *reciprocidad futura*, es la creación del precedente que servirá como elemento vinculante para ambas naciones. Es un principio político y dependerá de la Nación que creará el precedente. Claro ejemplo de reciprocidad futura en Perú era el caso Fujimori Perú-Japón, donde no existía tratado ni extradición anterior que sirviera de precedente, únicamente existió una expulsión de una ciudadana japonesa del ejército rojo, pero las expulsiones no son consideradas precedente.

3.3. Excepciones a la aplicación de la norma extranjera

En cuanto a las *excepciones a la aplicación de la norma extranjera* en territorio nacional, podemos mencionar las siguientes:

a) violación al *orden público*, orden público entendido como el conjunto de principios y normas fundamentales de la nación, en derecho internacional público es llamado cláusula de reserva, donde, si una cláusula de un tratado vulnera la normatividad nacional, esta quedará sin entrar en vigencia hasta que las partes lo acuerden³¹⁷.

b) violación a las *buenas costumbres*, en el caso chileno también se menciona la moral. En el Perú tenemos un gran problema, porque las costumbres son distintas de localidad en localidad, e inclusive poseemos diversas comunidades nativas y campesinas con costumbres permitidas en algunas y prohibidas en otras³¹⁸.

c) *retorsión*: que es la prohibición expresa de la aplicación de la norma extranjera en territorio nacional o del reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. el caso de los países socialistas que prohíben el uso de norma imperialista;

hombres libres que se hallaban en lugar de esclavos; g) la concesión del derecho de ciudadano en la forma antigua de recepción de una familia en el gremio de los patricios. La nacionalidad se pierde, a parte del caso de muerte, o por entrar en la esclavitud el individuo que hasta ahora disfrutaba de tal derecho, o por entrar en esclavitud el individuo que hasta ahora disfrutaba de tal derecho, o por la agregación jurídicamente válida a otro Estado con el cual Roma tuviere celebrado un convenio, y esto, por la ley de incompatibilidad de varias nacionalidades. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, T.I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, 327-333. *Los ciudadanos miembros plenos del populus Romanus y participan íntegramente del derecho romano público y privado (civil pretorio y extraordinario). Por lo que al primero respecta, tienen derecho a votar en las asambleas ciudadanas (suffragium), de ser elegidos para las magistraturas y los sacerdocios (honores⁹ y de servir en el ejército.*

³¹⁷ El principal ejemplo de violación al orden público es la adhesión a la convención del mar, lo cual significa para el Perú la reducción de 188 millas marítimas de nuestro mar territorial, por ello, me parece extraña la adhesión del Perú a la convención del mar para poder resolver el conflicto de delimitación marítima con Chile. Entre otros ejemplos podemos mencionar la homologación de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero, ello no será posible en el Perú por afectar al orden público, o principio o norma fundamental del estado peruano. Otro ejemplo es el caso de derecho de sucesiones, donde se pretende dividir los bienes según las legislaciones foráneas, estas hacen distinción entre los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales o en el caso de los árabes, los hijos matrimoniales pero dependiendo de cuál esposa en tiempo, poseerá mayor derecho sobre la herencia.

³¹⁸ El ejemplo actual de violación a las buenas costumbres es el caso Badani, quien fue expulsado de Chile por haber atentado contra las buenas costumbres al haber contraído nupcias bajo el rito religioso musulmán con tres mujeres. Caso más actual aun, es el caso de las colombianas A1, quienes están siendo expulsadas del país por atentar contra las buenas costumbres.

d) *falta de adecuación*, el no poseer los procedimientos ni instituciones para implementar o cumplir sentencia extranjera, esta ya no es una excepción en el DIP, el Estado está obligado a implementar y aplicar la normatividad internacional³¹⁹.

e) la *no reciprocidad*, el Perú no reconocerá sentencia extranjera, si el país extranjero no reconoce nuestras sentencias. La no reciprocidad significaría además la existencia de un precedente negativo en cuanto al reconocimiento de sentencias peruanas en el extranjero o aplicación de normatividad peruana.

3.4. Categorías jurídicas

Estudiaremos las principales categorías del derecho internacional privado, como el elemento extranjero, el fraude a la ley, el reenvío, entre otras.

3.4.1. El elemento extranjero

Una categoría jurídica pertenece al derecho internacional privado, si posee dentro de sí un *elemento extranjero*. Si la relación jurídica no posee elemento extranjero, la legislación aplicable será la nacional, si posee, la legislación aplicable será la de derecho internacional privado. Un claro ejemplo es el matrimonio de peruana con peruano celebrado en Perú, va a ser regulado por el derecho peruano, código civil. Envé el matrimonio de peruano con extranjera, celebrado en Perú será de competencia exclusiva del derecho internacional privado por el elemento extranjero, la esposa. El elemento extranjero puede ser:

a) *el sujeto*, fácil de reconocer, mediante su documento de identidad, pasaporte o carnet de extranjería;

b) *el objeto*, por ejemplo en el caso del comercio internacional, los bienes en la transacción son el elemento extranjero;

c) la relación jurídica; algunas categorías jurídicas son de derecho internacional, sin importar los sujetos o el objeto, es el caso por ejemplo de los delitos internacionales, los cuales serán de derecho internacional porque así lo designaron los tratados. También debemos de señalar que algunas relaciones jurídicas son de derecho nacional, pero se convierten en relaciones de derecho internacional. Por ejemplo: el matrimonio entre peruanos, que es nacional, se convierte en relación de derecho internacional si algunos de los cónyuges establece su domicilio en el extranjero, o si ambos cónyuges variasen su domicilio.

3.4.2. El fraude a la ley

Una institución básica del DIP es el *fraude a la ley*, *fraudem legis*, que es la búsqueda de la ley más favorable a nivel internacional. En términos técnicos, es la variación real del elemento de conexión para favorecerse de una ley más benigna, siempre y cuando no vulnere civil ni penalmente a terceros. Ejemplos de fraude a la ley en el derecho actual son los casos de matrimonios homosexuales en los países donde sus países lo permiten en su normatividad; el divorcio en países más breves en cuanto a sus procedimientos. Un ejemplo de la señalación de la ley aplicable utilizando el elemento de conexión voluntad es el Convenio 80/934/CEE

³¹⁹ . El caso más reciente en el Perú es el Caso Bagua, donde el gobierno peruano obvió aplicar el derecho de consulta que poseen las comunidades nativas y campesinas por reconocimiento internacional, ejemplo la Convención 169 de la OIT, por no poseer la reglamentación para aplicarla

sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 19 de junio de 1980. El Convenio se aplica a las obligaciones contractuales en situación que impliquen un conflicto de leyes, incluso si la ley designada es la de un Estado no contratante, excepto en los casos: *a*) cuestiones relativas al estado civil o capacidad de las personas físicas; *b*) obligaciones contractuales relativas a los testamentos, los regímenes matrimoniales y otras relaciones familiares; *c*) obligaciones derivadas de instrumentos negociables; *d*) convenios de arbitraje y de elección de foro; *e*) cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, etc. Como ejemplo actual en el fraude a la ley podemos mencionar el caso de los futbolistas y artistas italianos, quienes para evadir el sistema de imposición fiscal italiano, establecieron sus residencias en Luxemburgo, donde el sistema impositivo es menor. La *Corte dei conti* inició procedimiento de cobranza coactiva, con posible inicio de juicio penal por haber realizado conductas para no tributar. Finalmente los inculpados tuvieron que llegar a una transacción con el fisco italiano, dado que no era un fraude a la ley del derecho internacional privado, porque la variación del elemento de conexión fue simulado, y además esta variación no debe causar daños a terceros civil ni penalmente. Es también el caso de Claudio Pizarro y el fisco alemán y peruano.

3.4.3. El reenvío

Otra institución básica del DIP es el *reenvío*, que es el segundo envío realizado por la legislación enviada, debido a las diferencias de las normas de derecho internacional privado que poseen los países en el mundo. El *reenvío* puede ser de primer, segundo, tercer grado, y reenvío circular. El caso más reciente sobre el reenvío en el Perú es el de los agentes de seguridad contratados por los Estados Unidos para prestar servicios en Iraq y Afganistán. El contrato señalaba que la ley aplicable sería la ley de Virginia (USA) basándose en el elemento de conexión voluntad de las partes, pero la ley de Virginia señalaba que todos los contratos celebrados en el extranjero se rigen por la ley del lugar de ejecución, (Afganistán). La ley afgana nos señalaba que los contratos celebrados en extranjero se rigen por el lugar de celebración. Provocando ello que la norma aplicable sea la peruana, aquella que cuestionaba el desempeño de las actividades de los agentes de seguridad.

3.4.4. La calificación de la categoría jurídica

Otra figura del derecho internacional privado es la *calificación de la categoría jurídica*. La calificación hace referencia a la calificación de la categoría jurídica. Denota qué legislación va a calificar la categoría jurídica, será la legislación del lugar de celebración del acto jurídico, del accidente, del lugar de comisión del delito, e irá con calificación previa a la legislación enviada, o será la legislación enviada la que calificará la categoría jurídica. Por ello aparecen dos teorías:

a) lex fori, que señala que quien calificará la categoría jurídica es la ley del lugar de origen del acto jurídico, y por ende llegará calificada;

b) lex causa, esta teoría no señala que quien calificará la categoría jurídica es la ley del envío, por lo tanto la categoría jurídica llegará sin calificación previa. Un ejemplo de esta discusión doctrinaria sobre el tipo de calificación, lo vemos en los casos de responsabilidad extracontractual, donde los Estados Unidos busca que las categorías jurídicas vengan calificadas desde el país de origen (*lex fori*) de este modo la reparación civil sería mucho menor, casos de *class action*, temas de seguros, derecho aeronáutico, etc. Casos emblemáticos en Perú son: el caso Yanacocha y el camión de mercurio. Donde se discutía la

aplicación de la *lex fori* o *lex causa*, si se aplicaría el concepto de reparación civil peruano o los *torts* de USA. Y los casos *Faucett* y *Aeroperú*.

3.5. Clases de normas

Existen dos clases de normas, las directas y las indirectas.

a) las *directas*, son regularmente los tratados relativos a instituciones específicas, como la compra venta internacional, adopción internacional, etc. Estos tratados contendrán la ley aplicable, el juez competente, obligaciones y derechos, etc.;

b) las normas *Indirectas*: son aquellas, remisivas, remitentes o conflictuales, aquellas que señalan la ley aplicable; a esta ley nos debemos de remitir para encontrar la ley aplicable. En el caso peruano, las normas conflictuales se encuentran en el título III del Libro X del Código Civil, Ley Aplicable. Se componen de categoría jurídica y elementos de conexión: ley del domicilio, ley de la voluntad, *lex rei sitae*, *lex delicti commissi*, etc.

3.6. Competencia

En cuanto a la señalación del *juez competente*, este se lo designa gracias a la competencia exclusiva de los jueces nacionales que cada país designa. En el caso peruano es de competencia exclusiva del juez nacional: a) estado y capacidad de la persona; b) bienes inmuebles situados en el Perú, salvo que se trate de sucesión internacional; c) quiebra de empresas; d) prórroga de la competencia, cuando las partes se someten al juez nacional; e) cuando se trate de obligaciones que se cumplan en Perú.

3.7. Aplicación

Para la aplicación del derecho internacional privado, se debe de seguir el siguiente procedimiento:

a) verificar si en la relación jurídica existe un elemento extranjero;

b) recurrir a un tratado bilateral o multinacional que regule la relación jurídica;

c) si no existe tratado vigente se debe recurrir al libro X del Código Civil Peruano, a la par al Código de Bustamante, porque la promulgación del Libro X no deroga al Código de Bustamante, más bien toma parte de su articulado; si no existe solución jurídica, recurrir a;

d) los principios doctrinales del derecho internacional privado.

4. Nuevas tendencias en el derecho de internacional

Actualmente el derecho internacional cobra mayor relevancia a nivel mundial debido a los procesos de integración a nivel continental³²⁰, como es el caso de la Unión Europea, el

³²⁰ *Derecho regional* entendido como *derecho de integración*: ver: TESAURO, Giuseppe, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova 2003; refiriéndonos a la Unión Europea, como modelo de integración para la CAN, Mercosur y otros. Ver también: ALPA, Guido e CAPILLI, Giovanna, *Lezioni di Diritto Privato Europeo*, Cedam, Padova 2007. El derecho de integración es la ciencia que estudia los procesos asociativos entre dos o más Estados, ya sea que la vinculación se limite a la formación de zonas de libre comercio, unión económica o la integración total. Es un conjunto de normas, conductas y valores que rigen los procesos de integración, involucrando en ellos a las instituciones que hacen posible su desarrollo, es decir la ciencia que estudia los procesos asociativos entre dos o más estados, ya sea que la vinculación se limite a la formación de zonas de libre comercio, unión económica o la integración total. Responde a la voluntad soberana de los gobernantes y redundan no sólo en lo económico sino también en lo político, lo jurídico, lo cultural y a él le sucede el derecho comunitario, esto es el sostén jurídico llamado a regir las relaciones comunitarias en sus diversas especies, el debido respeto al extranjero ha de ser el elemento ideológico que permita la concreción y consecución del bloque. El tratado o acuerdo macro es aquel que da origen al bloque de integración y constituye, sin duda, la carta constitucional básica. Su virtualidad radica en el encuadre de dicho tratado dentro de los principios contenidos en las constituciones de cada Estado miembro. *Los principios* en el derecho de integración son progresivos según avance el sistema de integración, siendo estos: *a)* libertad de circulación de bienes, servicios, capitales y personas; *b)* libertad de establecimiento; *c)* igualdad; *d)* no discriminación. Estos principios no operan en su totalidad, serán progresivos, de acuerdo al grado de integración existente. Por ejemplo: en el Nafta solamente operan los principios de libertad de circulación de bienes, servicios y capitales, no opera la libre circulación de personas. En el caso del Can sí opera la libertad de circulación de personas, pero en calidad de turistas, los cuales pueden permanecer sin visa un máximo de 90 días. En el caso de la Unión Europea sí operan todos los principios, para los ciudadanos de los países miembros.

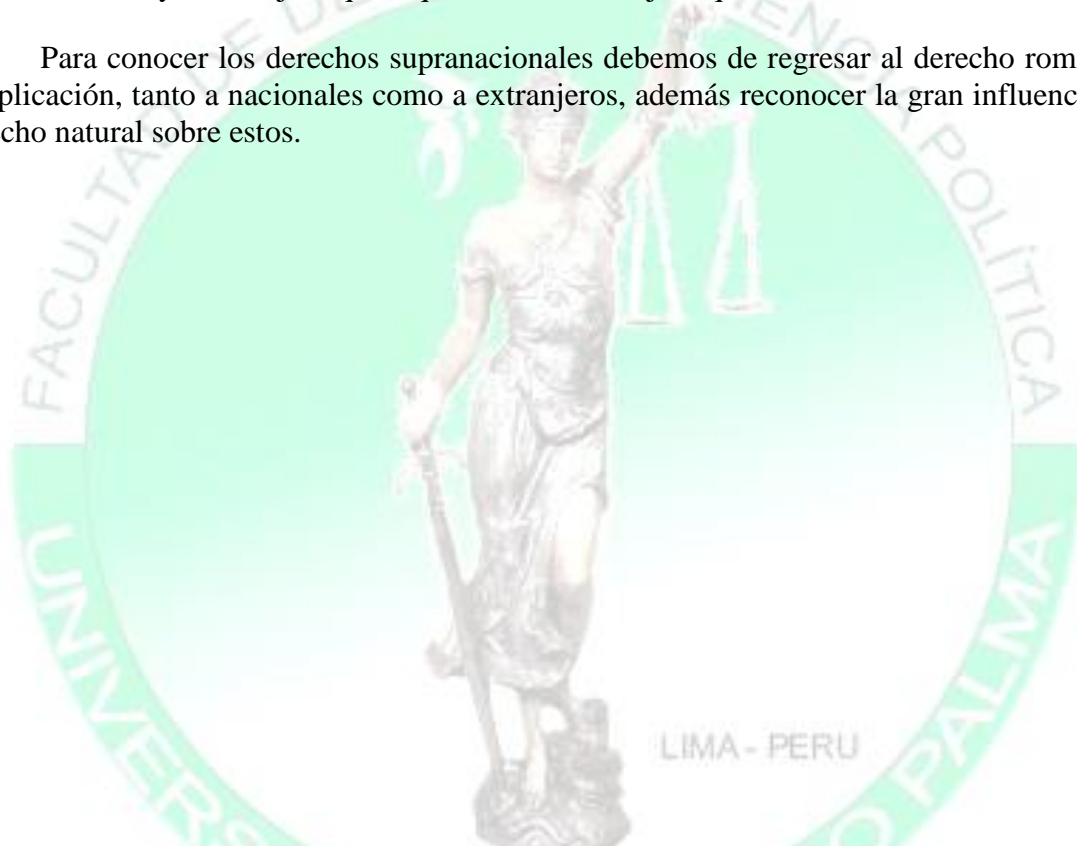
Las formas de integración son las siguientes: *a)* *zona de libre tránsito* o de *libre comercio*; regularmente entre países colindantes, con la finalidad de promover el tráfico comercial, para lo cual las transacciones comerciales no son gravadas y los productos ingresan al país bajo el procedimiento de las franquicias tributarias; *Tratados de Libre comercio*, que tendrían la misma finalidad de las zonas de libre tránsito y libre comercio, eliminándose el arancel. Se trata entonces de un proceso jurídico comercial transitorio por el cual los Estados parte regulan sus intercambios comerciales concediéndose exenciones progresivas aduaneras, de gravámenes y restricciones; *b)* *unión tarifaria*, donde dos o más países acuerdan el intercambio de productos con arancel cero entre ellos y con arancel externo común respecto al intercambio con otros países; *c)* *arancel común*, se aplica el arancel externo común para las importaciones desde países terceros; *d)* *mercado común*, son intercambios que se realizan libremente entre los países miembros de un sistema de integración, se retiran todas las restricciones a la inmigración e inversión entre fronteras; *e)* *comunidad económica*, se da como ejemplo el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, donde se promueve un desarrollo armonioso de las actividades económicas, en el conjunto de la comunidad, y una expansión continua y equilibrada, estabilidad creciente, y elevación del nivel de vida; *f)* *unión monetaria*; *g)* *unión total*, es el caso de la Unión Europea, donde operan todos los principios enunciados en una unión. Donde los países miembros han transferido a la UE sus competencias legislativas en determinados asuntos, como la agricultura y la pesca. Además existen competencias que se comparten entre la UE y las administraciones nacionales. Todas las constituciones nacionales deben adecuarse al tratado de Lisboa, no pueden existir contradicciones a la norma supranacional. Ver también: TESAURO, Giuseppe, *Diritto Comunitario*, 2da ed. Cedam, Padova 2001, p. 3 ss. La Unión Europea moderna tiene como inicio el discurso de Churchill en la Universidad de Zurich en septiembre de 1946 “...*Noi dobbiamo costruire gli Stati Uniti d'Europa... Il primo passo nella ricostruzione della famiglia europea deve essere una partnership tra Francia e Germania*”. El Tratado CECA (*European Coal and Steel Community*) de París el 18 de abril de 1951, firmado por Francia, Alemania, Italia los tres países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), luego el CED (Comunidad Europea para la Defensa) de 1952 que no entró en vigencia, dopo el EURATOM del 25 de marzo de 1957. En 1957 se firma en Roma el Tratado que establece la *European Economic Community EEC*, de 1957, llamado también el Tratado de Roma El Tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero entrado en vigor el 1 de noviembre de 1993, con este documento los miembros ven un modelo federal. Tratado de Ámsterdam, del 2 de octubre de 1997, entrada en vigor el 1 de mayo de 1999. El 1 de enero de 2002 entra en vigencia el Euro. El 1 de mayo ocho países de la Europa central y oriental (Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia y Hungría) entran a la Unión (conformada por Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, UK, España y Suecia). El 1 de enero del 2007 Bulgaria y Rumania entra a la Unión, actualmente son 27 países

Mercosur, la Comunidad Andina y futuros proyectos como el Alca. Esto provoca la aparición de principios como: *a)* libertad de circulación, de bienes, capitales, servicios y de personas; *b)* la libertad de establecimiento; *c)* la igualdad; *d)* la no discriminación. Además provoca, con el derecho local, conflictos de jerarquía, derecho nacional vs derecho supranacional, que para nosotros posee solución, por ser el derecho supranacional de mucha mayor jerarquía que el derecho nacional.

5. Conclusiones

Tanto el derecho internacional público como el derecho internacional privado son derechos supranacionales que poseen gran relevancia en la actualidad, dada la globalización del derecho y los sistemas de integración que generan nuevas categorías jurídicas supranacionales y nuevas jerarquías que modifican las jerarquías tradicionales.

Para conocer los derechos supranacionales debemos de regresar al derecho romano y su aplicación, tanto a nacionales como a extranjeros, además reconocer la gran influencia del derecho natural sobre estos.



miembros. Y permanecen como candidatos: Croacia, Macedonia y Turquía. En diciembre del 2007 se firma el Tratado de Lisboa que modifica el texto de los tratados precedentes. Ver también: MOUSSIS, Nicholas, *Access to European Union*, Euroconfidentiel, Genial 1997. ZANGHI, Claudio, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 1995. Ver también: TRIGGIANI, Ennio, *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Levante Editori, Bari 2008. Actualmente el derecho de integración y su modelo máximo, el de la Unión Europea, enfrenta una gran crisis, por la crisis económica de Grecia, que pone en tela de juicio la expansión de la unión. Ampliar el ingreso a Turquía significará un gran reto porque será el primer país islámico en integrar la Unión, pero debemos mencionar que Turquía es muy importante visto que es Roma II. Actualmente, algunos economistas e internacionalistas señalan que esta unión ha creado patologías, las económicas actuales debido a la crisis económica griega, la discriminación contra los países más pobres como Rumanía y sus etnias de *Roms* y *Sintis*, etnia errantes de gitanos. El origen del derecho de integración también es romano y no actual como mencionan algunos integracionistas y economistas. Como veremos a lo largo del desarrollo del libro y en especial en el capítulo dedicado a los feaciales, Roma establecía alianzas con las naciones extranjeras, para entablar relaciones económicas y de defensa, para ello celebraban *foedus*, de donde proviene la palabra federado. Siendo los feaciales el origen del derecho de integración.

