

Año 8 N° 7 2015

# DERECHO

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



Universidad  
Privada  
de Tacna

**Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas de la Universidad Privada de Tacna**

Año 6. N° 7. Febrero 2015

Tiraje: 500 ejemplares

Es una publicación de la Facultad de Derecho y  
Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna

**Director:**

Renzo Yufra Peralta

Coordinador del Centro de Investigación FADE

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Campus de Capanique, Pocollay - Tacna - Perú

Contacto y comentarios:

[derecho@upt.edu.pe](mailto:derecho@upt.edu.pe)

<http://www.upt.edu.pe/FADE/>

Telf. 243380 - 243381

Las opiniones vertidas en los artículos y ensayos  
firmados son de exclusiva responsabilidad de sus  
autores.

**Los artículos reproducidos deben indicar  
la fuente. Derechos Reservados**

# PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Privada de Tacna, pone a disposición de la comunidad universitaria, la región, el país y al público lector de la colectividad jurídica en particular, el VI volumen de nuestra Revista: «Derecho» correspondiente al año 2012.

Con el presente documento cumplimos con nuestro compromiso de motivar la discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico, político y social de una forma rigurosa y abierta a la pluralidad del pensamiento universitario.

La Revista Jurídica, fruto del esfuerzo de los señores docentes de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, académicos invitados de otras universidades del país y algunos de nuestros estudiantes; de esta manera se pretende consolidar la producción intelectual, orientada a la publicación de investigaciones inéditas y de rigor científico, relacionados con el desarrollo de la ciencia jurídica, política y social respectivamente.

En «Derecho» el lector encontrará estudios doctrinales sobre los ámbitos del Derecho Civil; Derecho Penal y Procesal Penal; Derecho Constitucional y Procesal constitucional; comentarios de sentencias, y contribuciones al debate doctrinal respecto a temas específicos correspondientes a los programas de las materias que se imparten en la Facultad.

En efecto, nuestra revista posibilita la expresión plural del pensamiento jurídico dentro del marco de la búsqueda de acercarse a la verdad, al desarrollo de la justicia y la paz, dentro del Estado Constitucional Democrático. En esta edición se presentan 18 artículos.

El presente número cuenta con la colaboración de destacados juristas del país como los doctores: Felipe Osterling Parodi, Mario Castillo Freyre, en la materia de Derecho Civil con el tema: «Principios generales sobre el pago».

El doctor Fernando Vidal Ramírez, profesor honorario de nuestra Facultad, con el tema: «Interpretación del Inciso I ero. del artículo 2001 del Código Civil».

También, tenemos: «El papel de la Autonomía Privada dentro de la temática del libro II del Código Civil Peruano» escrito por el doctor Emilio José Balarezo Reyes, Catedrático de Derecho Civil y Corporativo de la Universidad San Martín de Porres.

---

# PRESENTACIÓN

Asimismo, me permito presentar los trabajos de los colegas y docentes de nuestra próspera Facultad cuyos temas son: *La corte Penal Internacional, Constitución Política del Perú de 1993 y algunas limitaciones jurídicas; La cosa Juzgada: Mutabilidad o inmutabilidad; El artículo 133 del Código Penal y el respeto al honor de la autoridad; Las audiencias en el juzgamiento; la postración policiaca en el nuevo proceso penal peruano; El amparo contra resoluciones judiciales; La técnica del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia del tribunal constitucional; Estado constitucional de derecho; abuso de posición de dominio en las normas de libre competencia; los medios probatorios en los procedimientos contenciosos tributarios; Corrupción, un fenómeno globalizado; La política y el Derecho en la cultura aymara; La globalización y la didáctica universitaria.*

En la presente obra, también hemos otorgado espacio para la participación de algunos estudiantes de nuestra querida Facultad cuyos temas son: *La ponderación en el derecho penal; La técnica del Estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia del tribunal constitucional y; El derecho a la verdad.*

Con humildad y con la frente en alto y a modo de epílogo, recuerdo las palabras reflexivas de mi maestro argentino, Alfredo Eduardo Mooney, que a la letra dice: *«que la vida universitaria, es de suyo un taller de forja, apasionado, donde no reina la serenidad apolínea de los griegos, sino que es una zona sísmica de la sociedad donde se enfrentan ideas, creencias y pasiones».*

Dr. Rafael Fortunato, SUPO HALLASI  
Decano de la Facultad de Derecho y C.s Ps.



## DOS PALABRAS

Este año que culmina la Facultad de Derecho ha sido protagonista del Pre Congreso Nacional de Derecho Civil, producto del cual estará organizando el Congreso de Derecho Civil del año 2013, para este evento tuvimos como ponentes a destacados juristas nacionales de la talla del Doctor Fernando Vidal Ramírez, de ancestros tacneños, de igual forma al Doctor Mario Castillo Freyre y otros destacados ponentes nacionales. Producto de su visita, en reconocimiento por su trayectoria y en un justo homenaje, fueron incorporados a la Facultad de Derecho como profesores honorarios dichos renombrados juristas y en calidad de tales escriben para nuestra Revista de Derecho con el compromiso de continuar con esta vinculación no solo simbólica sino efectiva y afectiva con nuestra Alma Mater.

Este año también hemos tenido la lamentable partida del anterior director de la Revista, Dr. Jorge Monroy Macuaga, esta edición va dedicada a él.

El año 2012 se realizaron diversas actividades entre las que se destaca el Concurso Estudiantil de Artículos Jurídicos 2012, producto del cual resultó ganadora la estudiante Paola Alarcón Silva con el trabajo: «*Derecho a la Verdad: ¿Necesario Reconocimiento Constitucional?*»; en segundo lugar Héctor Josué Verástegui Huaynate con "*La Técnica del Estado de Cosas Inconstitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*" y en tercer lugar Sandy Araceli Paredes Barrientos con "*La Ponderación en el Derecho Penal*", Mención honrosa para el estudiante Fernando Tesillo Poma con el trabajo "*El Estado Constitucional de Derecho*", trabajos que han sido incorporados en la presente edición.

Desde el Centro de Investigación también se han promovido otras actividades, como una visita a los Juzgados Laborales y Penales de la ciudad de Arica - Chile, en razón de que aquel país promovió las reformas procesales en lo penal y laboral antes que en nuestro país; asimismo se realizó por varios alumnos de los diversos ciclos una encuesta a la población de Tacna dentro de la Investigación: "*Vulneración de los derechos de los usuarios del servicio de transporte público en Tacna*", para lo cual se formaron diversos grupos distribuidos en las principales arterias de la ciudad detectando diversos aspectos vulneratorios con las particularidades de nuestra ciudad.

El reto para el presente año es el de publicar dos ediciones de nuestra revista para lo cual se estarán realizando las convocatorias respectivas, de la misma forma se realizarán dos concursos estudiantiles de artículos jurídicos, promoviendo de esta manera la investigación jurídica, de la misma forma se realizará el Concurso de financiamiento de tesis de Derecho para la obtención del título profesional.



## DOS PALABRAS

En estos tiempos en que las Facultades de Derecho necesitan vincularse con la ciudadanía, nuestra Facultad y en lo que concierne el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho estaremos dando los pasos necesarios para acercarnos a la población a la cual va dirigida nuestro quehacer a través de la investigación, la que será promovida en todos sus niveles.

Queda a disposición de la comunidad académica nuestro aporte a la discusión de algunos temas que nuestros colaboradores han creído pertinentes, con la promesa de mejorar en nuestras próximas ediciones lo hasta aquí avanzado.

Renzo Yufra Peralta  
Director

# ÍNDICE

## TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

<b>La cultura de la desigualdad del abogado peruano</b> .....	13
Carlos Ramos Núñez	
<b>La Filosofía del Derecho como lógica de valores</b> .....	25
Juan Carlos Valdivia Cano	
<b>Derecho de iniciativa legislativa, técnica legislativa y procedimiento legislativo en el Perú.</b> .....	31
Juan Enrique Sologuren Alvarez	

## DERECHO CIVIL

<b>Los convenios de accionistas y la aplicación del artículo 1365 del Código Civil</b> .....	39
Luis Miguel Velarde Saffer - Daniel Gonzales La Rosa	
<b>Sobre la responsabilidad civil del abogado</b> .....	45
Javier Rolando Peralta Andía	

## DERECHO TUTELAR

<b>El Derecho del Trabajo en Alemania un modelo laboral lleno de avatares en una reforma laborativa que se asienta e implanta con fuerza, seriedad, eficiencia y eficacia en toda la Unión Europea</b> .....	67
Jorge Luis Mayor Sanchez	
<b>Antes y después de la Convención de los Derechos del Niño: De la situación irregular a la protección integral. De objeto a sujeto de derechos.</b> .....	77
Víctor Hugo Nina Cohaila	
<b>Antes y después de la Convención de los Derechos del Niño: De la situación irregular a la protección integral. De objeto a sujeto de derechos.</b> .....	85
Víctor Hugo Nina Cohaila	
<b>Antes y después de la Convención de los Derechos del Niño: De la situación irregular a la protección integral. De objeto a sujeto de derechos.</b> .....	89
Víctor Hugo Nina Cohaila	

## DERECHO PENAL Y PENITENCIARIO

<b>¿ Qué se protege en el delito de trata de personas?</b> .....	97
Walter Jesus Goyzueta Neyra	
<b>La educación como derecho humano de resocialización en el establecimiento penitenciario de varones Pocollay de Tacna - 2012</b> .....	107
Gina Tapia liendo	

# ÍNDICE

<b>El problema de las personas jurídicas en el proceso penal peruano</b>	117
Jorge Luis Fernández Sucapuca	125
<b>Un razonamiento discriminatorio de la judicatura, hace de la prision preventiva regla general; ergo vulneran la anhelada «libertad».</b>	
Mónica Cecilia Carrasco Reaño	137
<b>Vigencia de un derecho penal del enemigo</b>	
María José Febres Espinoza	147
<b>DERECHO ADMINISTRATIVO</b>	
<b>Principio de favorecimiento del proceso en el proceso contencioso administrativo</b>	163
Ximena Lizbeth Aguilar Rosado	173
<b>OTROS</b>	
<b>Administración de justicia en el incanato: a propósito de un documento de 1582</b>	179
Rafael Enrique Azócar Prado	
<b>INSTITUCIONAL</b>	
Autoridades	194
Eventos	197





# TEORÍA GENERAL DEL DERECHO





## LA CULTURA DE LA DESIGUALDAD DEL ABOGADO PERUANO

Carlos Ramos Núñez \*

*«El Código Civil vigente desde el 14 de Noviembre de 1984 ha trazado un deslinde conceptual entre la Prescripción Extintiva y la Caducidad en virtud del cual considero que no debe ya existir duda en cuanto a que entre ambas instituciones jurídicas sólo existen como elementos comunes el fundamento de orden público y el transcurso del tiempo en los plazos previstos...»*,

\* Profesor PUCP, Subdirector del Instituto Riva-Agüero

## La cultura de la desigualdad del abogado peruano

Las puyas contra los abogados constituyen toda una tradición de la literatura y las costumbres en el mundo occidental. La narrativa anglosajona contemporánea hasta ha producido ciertos géneros como *The legal romance* o *The Legal Thriller*. Esas manifestaciones modernas hunden sus raíces en clásicos —desde Shakespeare hasta Jhonathan Swift— que solazaban a sus lectores a costa de las curiosidades de los procesos, así como de los vicios y debilidades de los letrados. Un anglosajón latinizado, Lord Byron, a quien le gustaban los toros y las mujeres griegas, sostenía: «Haré de mi hijo algo prosaico, será pirata o abogado».

En Europa meridional sin el mismo ahínco de sus pares nórdicos las plumas republicanas de Juvenal, Séneca y Cicerón, entre otros muchos, fustigaron a los hombres del foro, a quienes, precisamente identificaban entre los nuevos males que trajo la forma imperial de gobierno. Pero, también los escritores la emprendieron contra las mujeres que vestían la toga. Así según Aulio Gelio, Calpurnia, la carnosa abogada que dio por zanjado un debate judicial alzándose las faldas a la vez que ofrecía la espalda —y sobre todo las prominentes redondeces de matrona romana— si bien entusiasmó al público masculino que concurría al circo —perdón, al tribunal— dejó perplejos a los adustos jueces que decretaron la prohibición del ejercicio de la profesión para las letradas. Sería, sin embargo, durante el Humanismo cuando la vena literaria arreció sus divertidos ataques contra la *gens de lois*. Rabelais en *Gargantúa y Pantagruel*, la joya la literatura francesa, el equivalente de *La divina comedia* de Dante Alighieri para el italiano; *El Quijote* de Cervantes para la lengua castellana, o *Fausto* de Goethe para el alemán, describe al artificio forense como un tejido de inmundicia, de *merde* —así suena mejor— que envolvía y contaminaba al Derecho Romano clásico que, como se sabe, los humanistas admiraban.

Las críticas contra los letrados se planteaban, sin embargo, en bloque, como se si tratase de unidad de género —salvo Calpurnia—, de raza y de oficio. En el Perú nuestros colegas, que tampoco pudieron salvarse del furor literario de nuestros

escritores, a diferencia de sus pares europeos, se allanaban a las diferencias. Nuestra literatura nunca concibió a los letrados como una unidad monolítica. Gonzáles Prada en un texto mordaz y muy actual, *Nuestros Magistrados*, demolió a los jueces pusilánimes y a los abogados mediocres, pero ensalzaba a los librepensadores como Amézaga. Del mismo modo Clorinda Matto de Turner, Ciro Alegría, Arguedas y Scorza, que hilvanaron un cuadro más bien doliente de la profesión legal y otros congéneres como los jueces y tinterillos, insistieron en ese pluralismo: el mal juez, el abogado estafador y frente a ellos el joven abogado honesto o, por lo menos, ingenuo. *Prepotentes y fraudulentos* podría haber sido el subtítulo de la espléndida antología preparada por Maruja Barrig, *La ley es la ley*.

La literatura urbana ha dispensado también estuendas páginas a los abogados y a los pleitos. Seguramente sería Ribeyro (hasta la aparición de Alonso Cueto) el autor peruano que más esfuerzos ha hecho por describir al hombre de leyes. Hasta una novela, *Los geniecillos dominicales*, presenta de cuerpo entero las tribulaciones de los estudiantes de Derecho de clase media. Ludo —el propio Ribeyro— es el joven atrapado en la encrucijada de su vocación literaria y el promisorio bienestar que la abogacía puede ofrecerle: «Un estudiante que se respete no deja de llevar un grasiento tomo de Planiol bajo el sobaco», puntualizaba Ludo. Vargas Llosa, quien ha reconstruido con talento el perfil psicológico de tantos individuos sin detenerse mucho en los abogados, hizo desfilar recientemente en *La fiesta del chivo* a una copiosa galería de letrados: el medroso e inteligente *Cerebritito*, el lúcido y repugnante *Constitucionalista Beodo* y el enigmático e indolente doctor Balaguer, todos al servicio del sátrapa Trujillo.

La cultura popular peruana, a diferencia de la literatura culta, ha erigido un imaginario más bien festivo de los abogados y jueces con una serie de variantes regionales y sociales. Así, en Lima el Palacio de Justicia ha sido el centro de la picaresca. Un viejo chiste de la década de los treinta

ubica al dictador Oscar R. Benavides en un coche oficial que lo transporta a la magnificente construcción que comenzó a edificar su odiado antecesor, Leguía. —Oiga, capitán— le pregunta el rudo soldado a su edecán. —¿No será mucho palacio para tan poca justicia? O aquel otro chiste en el que un niño sorprendido apunta con la mano: —¡Mamá, mira esos leones! Y la respuesta inesperada: «¡Hijito, esos son gatitos, los leones están dentro!».

En una importante firma de abogados ocurrió a comienzos de la década de los noventa una historia curiosa que terminó por divulgarse como chiste. A un abogado novato su secretaria le informa que hay un hombre que lo espera desde temprano; el abogado le indica que lo haga pasar, entonces toma el teléfono y empieza a hablar: «Dígale al señor Gómez que no estaremos dispuestos a aceptar menos de tres millones y que no se moleste en llamar a menos que esté de acuerdo. ¿Está claro?» Cuelga enseguida y mira triunfante a su indefenso interlocutor que yacía sentado. —Buenos días, ¿en qué puedo ayudarle? Muy buenas, replicó, ahora más seguro: —¡Vengo de la Telefónica a conectarle el teléfono! De ese mismo género es el siguiente chiste de humor negro, muy conocido en España. Un abogado pijo —ficho entre nosotros— aparca su BMW en un lujoso centro comercial. Al abrir la puerta otro auto que iba a gran velocidad arranca la puerta del vehículo. El abogado ficho se lamenta ante la policía. El guardia de tránsito le amonesta por su materialismo: —Oiga, piensa en la puerta del carro cuando ha perdido el brazo. Recién entonces el abogado advierte que algo le falta: —¡Mierda, dónde está mi Rolex! Recuerdo, finalmente, otro chiste sobre un abogado acomodado que ingresa a un cajero automático, de esos que tienen un sofisticado sistema de alarmas; de pronto suena una estruendosa alarma acompañada de luces y una voz digital que grita a todo pulmón: «Ladrón, ladrón, ladrón...». Entonces el abogado retira la tarjeta de la ranura del cajero, la examina y dice: —Diablos, me equivoqué... ¡Introduje mi tarjeta profesional!

El humor colectivo tiene también una veta regional. En Iquitos me contaron que dos litigantes se hallaban frente a un juez. Uno de ellos sacudió el bolsillo del pantalón lleno de monedas de cinco

soles. El otro al reparar en el gesto, prefirió colocar al borde del bolsillo de la camisa un billete de cien dólares de manera que fuera visible. Entonces el magistrado sentenció: —Por lo que oigo, usted tiene la razón, pero por lo que veo más razón le asiste a usted. ¡Usted ha ganado el juicio! En Piura, en la zona de Morropón donde abundan los murciélagos, una tradición oral plantea el siguiente dilema: ¿Cuál es la diferencia entre un abogado y un vampiro? «El vampiro te chupa la sangre solo de noche, sostienen los lugareños». Encontré hace muchos años una curiosa inscripción en una cevichería familiar chalaca, que rezaba: «¿En que se parece una sopa de mariscos a una playa con abogados?», con una respuesta rotunda: «Las dos están llenas de choros».

Mi padre, quien ejerció durante muchos años como abogado litigante antes de convertirse en magistrado y vicerrector y rector de la Universidad Nacional del Altiplano, me relataba que en la ciudad de Puno existían dos estudios de abogados especializados en problemas indígenas, ubicados uno frente al otro: Tejada y Terroba. Los indígenas leían con cierta perplejidad: «Ti jode», «ti roba». Entonces decidían: «Prefiero que mi robe pero que no me joda». La consecuencia: Terroba tenía una mayor clientela.

## II

Un aspecto que suele llamar la atención del extranjero que visita el Perú es la frenética distancia social y económica que separa a la gente, aun cuando se encuentre dedicada a la misma actividad. Los abogados, en ese sentido, no son una excepción. El acápite anterior ilustra descarnadamente ese abanico económico y cultural. Hace ya algunos años Lorenzo Zolezzi Ibárcena se empeñó en estudiar esa diversidad a nivel de los abogados de Lima. Es una lástima que estudios con esa orientación no se hayan llevado a cabo recientemente, pues han transcurrido treinta años desde los afanes de Zolezzi. Ayudarían a conocer el estado actual de la profesión legal y contribuirían al diseño y aplicación de políticas públicas y estrategias de mercado.

Si bien en los países desarrollados existen distancias entre quienes ejercen en el foro y la consejería empresarial, en los países subdesarrollados y, particularmente, en el Perú, en el interior de la Or-

den existen verdaderas clases sociales. Figura el abogado burgués como el abogado proletario; el abogado con tarjeta platino o de oro junto al abogado que –como reza el peruanismo mágico– se *recursea* en los pasillos de las cortes; el abogado con el pasaporte atestado de visas, entradas y salidas y carro de lujo del año al lado del abogado que viaja en combi; el abogado cultivado que concurre a la ópera y el abogado que frecuenta una carpa de cumbia tropical; el abogado que posee una rica biblioteca y una vieja tradición como aquel cuya biblioteca se reduce a cuatro códigos y dos leyes orgánicas; el abogado socio de grandes clubes y relaciones fluidas en los niveles más altos del espectro social como el abogado paria; el abogado cargado de grados académicos, muchas veces obtenidos en el extranjero, frente al letrado que solo cuenta con el lustroso título de licenciado. Todos ellos curiosamente cobijados bajo la matrícula del Colegio de Abogados. Se acuerdan del abogado itinerante de *Los ríos profundos*, el propio padre de Argüedas que se desplazaba en los Andes y abría estudios fugaces en Chalhuanca, Abancay o Andahuaylas, en oficinas que en la víspera oficiaban de galpones. Cuando el suscrito se desempeñaba como director de biblioteca del Colegio de Abogados de Lima tenía como cuatro o cinco «pensionistas» que, a cambio de sus anécdotas como socios activos de la triple AAA (que no era la Asociación de Alcohólicos Anónimos ni la Alianza Anticomunista Argentina, sino simplemente la Asociación de Abogados Ambulantes), los invitaba a almorzar. Decenas de abogados que fungen de delegados del Colegio de Abogados para votar en uno u otro sentido únicamente reclamando un servicio de menú.

Si se sumasen otras actividades como la del abogado-juez, el abogado-profesor, el abogado-burócrata, el abogado-policía, el abogado-empresario, el abogado-desocupado la gama social se haría inmanejable. Las múltiples variaciones sociales que acusa la orden forense son detestables

y tan dignas de rechazo como las estructuras sobre las cuales reposan. A su consolidación histórica aportó la desigualdad condición de partida, pero también el compadrazgo, el amiguismo y la argolla, es decir, lo peor de la práctica política tradicional. Ocurre que, en muchos aspectos, el acceso y ejercicio de la profesión jurídica peruana es todavía premoderna: la idea de igualdad asoma como anómala. No obstante las olas de movilización social que hicieron posible la incorporación de grupos desplazados al aparato del dominio público especialmente en los gobiernos de Leguía y de Velasco, no se observa un reconocimiento social de esa igualdad como tampoco una autoconciencia de su papel político.

Un juez provinciano de campanillas, me comentaba: hace unos años. «Mi abuelo propietario de una hacienda serrana fue vocal, mi padre también, pero ahora comparto sala con el hijo del peón de mi padre. Él lo sabe muy bien y cuando lo miro baja la vista». Resulta sintomático que en los *vladivideos* nuestros jueces, que son también abogados formados en un sentido de desigualdad, exhibiesen –incluso uno de ellos conocido como honesto– una deplorable obsecuencia frente al poder político. Uno de ellos se anima a decirle a Vladimiro Montesinos cuando éste le trasmite sus quejas por la falta de compromiso. «Podemos hacer lo que sea, lo único que no podemos hacer es parir, pero podemos dejar constancia de ello». Estos jueces simplemente no asumieron que constituían también otra faceta de la división del poder del Estado. En buena cuenta no asimilaron ese sentido de igualdad que caracteriza a la magistratura moderna y que fue la base de la construcción democrática del Estado de Derecho. No olvidemos que Montesquieu ya aseguraba que la idea de igualdad homogenizaba a las sociedades. A abogados desiguales corresponderán jueces débiles. Parece que ya es hora de cambiar de ropaje y de pelaje también.

# LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO LÓGICA DE VALORES

Juan Carlos Valdivia Cano \*

*«El Código Civil vigente desde el 14 de Noviembre de 1984 ha trazado un deslinde conceptual entre la Prescripción Extintiva y la Caducidad en virtud del cual considero que no debe ya existir duda en cuanto a que entre ambas instituciones jurídicas sólo existen como elementos comunes el fundamento de orden público y el transcurso del tiempo en los plazos previstos...»*,

\* Profesor PUCP, Subdirector del Instituto Riva-Agüero

## La Filosofía del Derecho como lógica de valores

La Filosofía siempre es filosofía de algo. Puede ser muy genérico o abstracto, o muy específico o concreto, pero la filosofía siempre se ocupa de algo. Y desde Nietzsche casi de cualquier asunto, de cualquier tema. Siempre que se adopte la perspectiva filosófica cuyos componentes intentamos presentar aquí. En este caso se trata de Filosofía del Derecho. Pero podría ser filosofía del cine, o de la ciencia, o del amor, etcétera. El hecho que sea filosofía de algo no la hace menos filosófica que la llamada filosofía sin más, la filosofía general que suele ser la filosofía académica: una historia de las ideas filosóficas, un trabajo básicamente descriptivo; ideas principales, datos del filósofo y sus obras. Por eso hay que esclarecer los conceptos ¿qué es Filosofía del Derecho, teniendo presente que no hay una sola manera de definir esta disciplina?

Empecemos por algo obvio: la Filosofía del Derecho no es una disciplina escindible ni de la Filosofía, ni del Derecho. La Filosofía del Derecho surge, o debería surgir, del Derecho mismo. Es decir de los problemas jurídicos realmente existentes, específicos o generales, reales o hipotéticos, puramente especulativos. Y no sólo en el ámbito de los litigios: la educación jurídica es un problema jurídico muy relevante, por ejemplo. Y no tiene que ver con litigios. Aunque a la vez también se pueden ver los litigios con perspectiva filosófica: crítica, fundamental, concreta, universal, interpretativa y no esencialmente cognitiva o descriptiva.

Hay cierto menosprecio (o incompreensión) de la Filosofía del Derecho o una idea vaga e imprecisa sobre ella, cuya necesidad no se ve claramente. Ocurre que se ha llamado Filosofía del Derecho a una filosofía general (demasiado general), «que se aplica sobre el Derecho, sin preocuparse de sus problemas particulares ni de sus métodos propios...» como decía Chaim Perelman (creo que

eso también ha pasado con relación a la ciencia). Y Perelman se cuestionaba: «Me pregunto si la expresión Teoría General del Derecho no es una reacción contra esa filosofía general aplicada sobre el Derecho y que no surgía del Derecho mismo». <sup>1</sup> La Filosofía del Derecho se puede ocupar de problemas específicos, como los litigios, aunque no solamente de ellos. Por ejemplo, los problemas bioéticos o sobre derechos sexuales y reproductivos, son problemas jurídicos: contradicciones de intereses, incertidumbres jurídicas o concepciones jurídicas opuestas, aunque aún no sean litigiosas.

Una pregunta ingeniosa, la de Perelman, para distinguir las maneras de entender la Filosofía del Derecho. Y para ir señalando lo que no es Filosofía del Derecho: esa filosofía abstrusa, ociosa y aburrida, que hace odiar la Filosofía del Derecho a los estudiantes y que no se ocupa de problemas jurídicos relevantes específicos. Suele ser también una historia de las ideas jurídicas, lo cual está bien, pero no puede pasar por filosofía. La mejor forma de ocuparse de la filosofía es haciéndola. Ricardo Orestano, profesor de Derecho de la Universidad de Roma, dice algo importante para explicar la diferencia entre esas diversas formas de concebir la Filosofía del Derecho. Debería ser evidente y no lo es, o no se sacan las consecuencias: «El elemento determinante de todas estas variaciones (sobre lo que es, o no, Filosofía del Derecho) es, en última instancia, la concepción del Derecho que uno adopta (que uno escoge como punto de partida de todo el proceso). Es esa concepción la que condiciona, en este caso también, el objeto de especulación y los métodos con las que se desarrolla». Y con más fuerza si esa concepción no se ha asumido conscientemente, críticamente, sino por tradición (el positivismo «pop» regional, por ejemplo).

Y debemos detenernos para tomar en serio las

---

<sup>1</sup> «Introducción a la Filosofía del Derecho», Materiales de Lectura, Fernando de Trazegnies Granda



concepciones jurídicas que están detrás de las acciones y conductas jurídicas, como advierte Ricardo Orestano, especialmente de los profesionales respectivos: hacer esto es Filosofía del Derecho también. Y estudiarlas y discutir las como se merecen (no a la volanda para cumplir con el Syllabus). Jean Dabin considera que «la primera tarea de la Filosofía del Derecho es definir ese Derecho sobre el cual pretende filosofar». (op.cit.). Como el investigador en otras disciplinas, tiene que definir su objeto para pensar en el método adecuado a cada problema. Y definir también la Filosofía, haciéndola y no solo nombrándola. Hecho lo cual puede dar un primer indicio de su inseparabilidad del Derecho, de la fusión que los hace indistinguibles: Filosofía y Derecho. Cuando el caso es complejo, cuando el caso es interesante especialmente.

## 2.1 LÓGICA JURÍDICA Y LENGUAJE

Pero lo principal son los problemas jurídicos. Y su fuente de solución la Constitución, es decir, los valores o principios jurídicos de nuestro sistema democrático republicano. No se puede definir la Filosofía del Derecho sin una idea, o una imagen, de la Filosofía y el Derecho mismos, (aunque las definiciones no sean representaciones o reflejos o descripciones de la realidad, sino esquemáticos instrumentos aproximativos). Y creo que una de las definiciones posibles, no la única, tanto para Filosofía como para Derecho, podría ser «lógica de valores», tomando la definición de Derecho de Julien Freund. Y si no es una definición posible, por lo menos es el eje de nuestra postura en este caso. Señalando expresamente que aquí nos referimos a la «lógica jurídica» y no a la «lógica formal», o sea al razonamiento, a la argumentación y a la interpretación e integración exclusivamente jurídicas.

Somos conscientes de las dificultades que entraña pergeñar una definición que sólo tiene el lenguaje como recurso, y de los problemas que el mismo lenguaje plantea. Con respecto a él estamos advertidos por Nietzsche. Nuestras experiencias singulares son comunicables. El lenguaje se ha hecho para lo doméstico, o lo urgente, o lo general. El lenguaje es de todos y nuestras experiencias son únicas y singulares, porque pertenecen a seres singulares y únicos. Sin em-

bargo, Pedro le dice con sincera pasión a María: «te amo». Y José le dice exactamente lo mismo a Helena: «te amo». Y así sucesivamente. Probablemente esos amores sean distintos, pero el lenguaje es el mismo. Por eso se ha creado la literatura, para decir lo singular, lo increíble, lo incomunicable (Enrique Ballón Aguirre cuando éramos cachimbos dixit) «Nuestras vivencias auténticas no son en modo alguno charlatanas. No podrían comunicarse si quisieran. Es que les falta la palabra», dice Nietzsche. (op.cit.). (entre los grandes poetas en lengua alemana junto a Heine, Goethe, Holderlin, Novalis, Kleist, etc.).

## 2.2 LA FILOSOFÍA NO TIENE OBJETO

Como disciplina académica, la Filosofía no se diferencia tanto por su objeto de estudio como por su punto de vista que, a diferencia de las ciencias, puede considerarse perspectivista, universalizante, concreto, abierto, radical y fundamental, como iremos viendo. La Filosofía no pretende objetividad porque no es esencialmente descriptiva ni explicativa sino interpretativa, creadora de sentido. Buscar «el objeto» de la Filosofía es meterse en un callejón sin salida porque la Filosofía no tiene un solo objeto- es un punto de vista- y su objeto no es sólo ni esencialmente un objeto de conocimiento. Se le prejuzga cognitiva, una disciplina dedicada a la explicación de un fenómeno de la realidad. Se olvida el sujeto filosofante, que no tiene la verdad sino una perspectiva en medio de muchas otras posibles. Se olvida la inevitable presencia de la subjetividad en la Filosofía y el Derecho. La filosofía y el Derecho son básicamente disciplinas hermenéuticas, asuntos de interpretación, sin lo cual no habría ni siquiera «hechos».

## 2.3 DERECHO POSITIVO Y POSITIVISMO

La Filosofía del Derecho no es una disciplina que se encuentra por encima o a un lado o por debajo del Derecho, porque el objeto de la Filosofía del Derecho es el mismo Derecho: lo que Kelsen llamaba «Derecho Positivo», algo creado humanamente en un espacio-tiempo determinable. Dicho en cristiano: derecho positivo es, simple y llanamente, el derecho efectivamente existente y no sólo la norma escrita. Derecho positivo es Derecho existente, no solo escrito. ¿Es que hay

otro derecho que no sea efectivamente existente? Si lo hay: el «Derecho Natural», que es una creencia, un derecho supuesto y a Kelsen le interesa el Derecho «puesto», o sea, el Derecho creado por los seres humanos en un lugar y espacio determinables, porque ese es el único que hay. Creer esto no lo hace a uno positivista sino realista, si se desea aplicar adjetivos encasillantes. Lo que lo hace a uno positivista («pop») es creer que el Derecho es un conjunto de normas estatales y/o una ciencia especializada, como cualquier otra. Corriente que ha hecho estragos en nuestra cultura jurídica regional y seguramente nacional.

## 2.4 CRÍTICA DE LOS FUNDAMENTOS

Todos los problemas jurídicos se resuelven aplicando normas y éstas se fundan en principios o valores jurídicos. En última instancia, todo problema jurídico, relevante o no, es un problema de valores y, a fortiori, los casos difíciles de colisión de valores no compatibles. Y por eso si la pregunta fundamental es, después de Nietzsche, el valor de los valores (¿en qué se fundan los valores para valer?), lo que hay entre Derecho y Filosofía es conjunción o simbiosis. Es el terreno fundamental de los valores que los une, que los hace uno: Jus filosofía o Filosofía del Derecho. El tema esencial, común a la filosofía y al Derecho, es el valor de los valores... jurídicos, ¿por qué preferir unos u otros valores en caso de colisión, de incompatibilidad, en un caso jurídico concreto? La Filosofía del Derecho puede partir y parte de los casos concretos. Por ejemplo el caso de Magaly Medina (derecho a la libertad de información) versus Mónica Adaro (derecho a la intimidad), es un problema de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional (inseparables). Ese problema no se soluciona aplicando una norma sino razonando jurídicamente, criticando los fundamentos. Y si es crítica de los fundamentos es Filosofía. Y si trata de fundamentos jurídicos es Filosofía del Derecho. Son problemas distintos a los problemas científicos. No hay que explicar o descubrir sino decidir, crear una solución jurídica, evaluar, valorar, estimar y escoger entre dos principios que colisionan, que no son compatibles.

## 2.5 CIENCIA Y HERMENÉUTICA

Por eso la Axiología (disciplina que se ocupa de

los valores, según se dice) no es una disciplina aparte sino inseparable de la Filosofía. No puede ser una especialidad científica. Las ciencias, es decir, las especialidades, circunscriben o aíslan su objeto, dejan de lado —físicamente o por abstracción— todo lo que no tiene que ver con ese objeto. ¿Cómo podría una ciencia ocuparse de un asunto esencialmente valorativo, como el problema jurídico o filosófico, si las ciencias pretenden objetividad, reprochando a la subjetividad como no científica? ¿Cómo podría llamarse objetivo o científico si el Derecho (y la Filosofía) es perspectivista, abierto y subjetivo, el punto de vista de un sujeto? ¿Cómo podría el derecho ser una ciencia? Los problemas específicamente humanos no pueden verse sino integralmente y el Derecho es una disciplina interdisciplinaria por excelencia y no una especialidad analítico-reductiva y abstracta o causal. Es parte de la cultura humanista, desde su origen en la antigüedad, al mismo título que la filosofía griega. Las ciencias están hechas para la naturaleza. El hombre (integralmente considerado) es mucho más complejo que la mera naturaleza: un ser singular. Es parte de la naturaleza, pero también espíritu. Además, el Derecho no es básicamente una disciplina cognitiva — como las ciencias— sino reguladora, interpretadora, etcétera, aunque, como en toda disciplina, tenga que conocer lo mejor posible su objeto de investigación; pero eso no la hace básicamente cognitiva. Ocurre hasta en el fútbol (excepto el peruano) y el fútbol no es una ciencia sino un deporte, aunque la ciencia pueda estar a su servicio y lo está (excepto en el Perú).

## 2.6 SENTIDO Y VALOR

Pero aun en el ámbito del conocimiento jurídico, en el ámbito académico jurídico, la tarea del profesor o estudiante no es, o no debería ser, sólo el conocimiento de lo que dice el sistema jurídico a través de sus fuentes (especialmente la legislativa) sino su evaluación crítica, su interpretación o su integración. Y toda interpretación jurídica es evaluadora y creadora de sentido, como la Filosofía. Siendo jurídica, la Filosofía del Derecho no deja de ser Filosofía. Los problemas esenciales de la Filosofía y los problemas esenciales del Derecho son los mismos: el sentido y el valor (y no es casual obviamente). Evaluación y creación de sentido. Hablo de lo esencial, no de lo único; el

derecho es complejo, heterogéneo o mixto. Derecho y Filosofía se pueden ver como una crítica perspectivista de los fundamentos, sólo que en Derecho se trata de fundamentos jurídicos. En este caso nos ocupamos de las relaciones o vínculos entre Derecho y Filosofía, que no parecen evidentes ni importantes en una cultura positivista o legalista, como la nuestra.

## 2.7 RADICALIDAD

Y eso lleva a la radicalidad filosófico jurídica entendida, etimológicamente, como búsqueda de la raíz y no, obviamente, como sinónimo de terrorismo o extremismo, aunque el mal uso de la palabra parece haberse impuesto. Y en la raíz del problema jurídico hay fundamentos, acaso incompatibles, como puede ocurrir en un problema filosófico no jurídico. Y el problema filosófico en el Derecho será determinar que fundamento valorativo es prioritario en un caso conflictivo determinado. La realidad radical de la Filosofía y del Derecho está, entonces, en su carácter fundamental (lo que implica creación y legitimación) en la búsqueda y elaboración de fundamentos, de razones, de argumentos, no en la pretensión de objetividad científica: «La búsqueda *filosófica* de fundamentación, señala Ramón Rodríguez de la Universidad Complutense, no es una proyección sobre el mundo de una razón ajena a él, es una exigencia interna, un camino posible que esa relativa opacidad del mundo pone en juego». Siendo exclusivamente humano, el Derecho sólo puede fundamentarse en la razón humana y la razón humana no es homogénea sino variada y múltiple. Esa relativa opacidad del mundo se esclarece si nos esclarecemos nosotros mismos, como decía Erich Fromm.

## 2.8 CONCRESIÓN

La Filosofía (jurídica o no) siempre es cuestionadora, nunca conclusiva: no tiene soluciones sino problemas. La Filosofía es concreta porque, cualquiera que sea su objeto de interpretación, no lo aísla del resto de la realidad — como en las ciencias— sino, por el contrario, reconstruye fluidamente todas sus vinculaciones posibles para comprender ese objeto de manera integral. Y el Derecho actúa así a través de la interpretación, que es una operación inversa al

análisis: no una abstracta separación o distinción de elementos, sino una «condensación» (Konrad Hesse). Gran variedad de ingredientes subjetivos y objetivos se vinculan en el momento de la interpretación: meollo de la vida jurídica.

## 2.9 LENGUAJE E INTERPRETACIÓN

Por otra parte, no hay Filosofía ni Derecho sin texto, y no hay texto sin contexto. Y sin contexto no hay sentido. El lenguaje es sustancial. El derecho es la organización social por el lenguaje y se basa siempre en una Filosofía Jurídica, aún inconsciente, que se expresa a través de él. El Derecho y la Filosofía son y están por el lenguaje, aunque el lenguaje sea «pura convención y no descripción exacta del mundo» como dice Luís Enrique de Santiago, filósofo de la Universidad de Salamanca. Y de ahí el enorme sentido de la literatura y especialmente de la poesía: la posibilidad de expresar lo singular, lo inexpressable. Esa idea debe ser entendida como inseparable de otra del mismo autor: «La idea de que las cosas tienen una constitución en sí mismas es una idea dogmática, pues no hay hechos en sí mismos (...) un sentido debe siempre primero ser proyectado dentro de ellos antes de que puedan ser hechos. Por tanto, la objetividad no es más que un constructo interpretativo (...) Seguir pensando que las cosas tienen una constitución en sí mismas es una hipótesis totalmente idílica, pues esto presupone que interpretación y subjetividad no son esenciales, y que una cosa existe con independencia absoluta de todas sus relaciones» (op.cit.).

«Interpretación y subjetividad» son insoslayables y principales en la Filosofía y el Derecho, lo que constituye diferencia con las ciencias, que pretenden objetividad en la explicación o descripción. En Filosofía y en Derecho no hay cosas «en sí», esencias. El lenguaje es semivacío, hueco, y sólo cobra sentido dentro de un contexto (En la navegación por el laberinto del lenguaje, su carácter simbólico, polisémico, complejo en fin, Ludwig Wittgenstein buscaba la precisión matemática y el éxtasis simultáneamente; conocía bien el carácter ilusorio del lenguaje y sus límites). La Filosofía y el Derecho son actividades básicamente interpretadoras. Por eso la subjetividad es determinante y aún los objetivistas o puristas también

adoptan una postura, que es y no puede dejar de ser una perspectiva más y no la verdad absoluta. «No se trata de que tal acto de reflexión sea de imposible realización, sino de poner de manifiesto que la teoría pura que él (objetivista) ensaya es también una posición, es decir, una determinada manera de situarse y no una mirada inocua desde ningún lugar». No hay teoría del conocimiento sin una cosmovisión, sin una filosofía personal. El objetivista también tiene una posición subjetiva. Es inevitable y no es malo. No hay teoría del conocimiento sin metafísica, decía Sartre. Pero teoría «no es la observación de un espectáculo por una autoconciencia que se sabe frente al todo, sino la participación y la entrega a un todo de quien se sabe parte de él», como añade Luis Enrique de Santiago.

## 2.10 EL RECUERDO DEL SER

La Filosofía es metodológicamente libre en el uso de otras disciplinas, como el arte, la literatura, la ciencia, etcétera. Lo que no significa que sea poco rigurosa sino todo lo contrario: más rigurosa aún, más fiel a su fin y a las cosas tal como son, sin análisis ni mutilaciones. Nada es separable. Todo está vinculado con todo. La Filosofía quiere aprehender ese todo sin mutilaciones (físicas o abstractas) y en movimiento, no se olvida del «ser», porque después de Husserl y Heidegger el «ser» de nuevo es su objeto de inquietud, su desafío personal: el recuerdo y la recuperación del ser, que ahora es puro devenir. Se habla del ser completo, no mutilado, no alienado o enajenado, no cosificado, sino dueño de sí, como ha ocurrido en literatura desde El Quijote. Y como no hay «ser» sino «devenir», el devenir se vuelve esencial: el tiempo. Como dijo Borges, el problema del tiempo —«ese tigre que nos desgarrar», «ese río que nos arrebata», «esa llama que nos consume»— es el problema metafísico decisivo porque nos concierne directamente, porque nosotros mismos somos ese tigre, ese río, esa llama; porque nosotros no estamos en él sino que también somos tiempo. Pero éste ya es otro tema.

## 3.- EL DERECHO Y LOS VALORES

La relación entre derecho y valores es tan obvia, que una de las definiciones de derecho que consideramos aceptable y pedagógica es aquella que lo define precisamente como una «lógica de valores», para distinguirla de la lógica clásica o formal derivada de los principios aristotélicos de identidad, no contradicción y tercio excluido. Para nosotros el derecho es algo mucho más complejo que la lógica formal y que un conjunto de normas coactivas y coercitivas creadas por el Estado. Implica además de valores y principios, instituciones, conceptos o teorías, organismos y diversas actividades y relaciones que constituyen un sistema abierto con pretensión de coherencia.

Y como los valores jurídicos en el derecho democrático moderno constituyen una ética, también parece adecuada la idea de derecho que lo describe como una relación o mediación entre ética y política, tal como lo señala el jurista francés Julien Freund, por ejemplo: «Diremos que es una dialéctica. ¿Qué se entiende con esto? El derecho no es una esencia original, pero presupone la ética y la política. No se constituye de manera autónoma, aún si inmediatamente da lugar a una actividad autónoma<sup>2</sup>». Los valores jurídicos son consubstanciales al derecho moderno y esos valores (libertad, dignidad, igualdad ante la ley) constituyen una ética que aquí llamamos moderna, para distinguirla de la moral tradicional o moral establecida, que en nuestro ámbito cultural es predominantemente cristiana. A lo largo de este marco conceptual nos vamos a ocupar de cada uno de estos temas empezando por los valores. Hay que tener en cuenta que el derecho es una actividad esencialmente teleológica, ya que cobra significado a partir de sus fines valiosos, es decir, de sus valores y dentro de ellos aquel que los resume todos: la razonabilidad.

---

<sup>2</sup> «Le droit d'aujourd'hui», Julien Freund. Dossier Logos. Presses Universitaires de France, 1972, pag. 883.

Como pretendemos ir al grano en cuanto a los valores, no nos detenemos en intrincadas definiciones, para plantear directamente lo que consideramos las preguntas relevantes respecto al problema: ¿son compatibles los valores jurídicos modernos (democrático republicanos) en los que se sostiene nuestro sistema, con respecto a los valores sociales tradicionales fundados en la moral cristiano-católica? En este trabajo el tema de los «valores» es, entonces, imprescindible, porque nuestro problema principal plantea una contradicción de valores precisamente. Y luego ver cómo se puede entender esto en el Derecho, donde también hablamos de principios y valores jurídicos.

**Quienes se han ocupado de los valores generalmente lo han hecho como si se tratara de una actividad exclusivamente académica o intelectual, es decir, como un trabajo exclusivamente cognitivo, de puro conocimiento; no como lo que es, más allá del mundo académico cognitivo: una forma de existencia, un régimen personal, un estilo de vida, una toma de posición y una actitud de la cual derivan actos valorativos que implican sentimientos, deseos, decisiones y no sólo conocimiento. Y de ahí que tal vez debido a esa forma teórica de abordar el tema, se haya llegado a hacer preguntas como: ¿son objetivos los valores?, ¿son subjetivos? Esta polarización abstracta, sin embargo, no nos dice nada sobre el fundamento de su valor, el valor de su valor, el origen del valor y el valor del origen, de la que habla la genealogía de Nietzsche.**

Lo que dice de los valores nuestro filósofo es sin duda evidente, pero no deja de ser sólo una descripción de un fenómeno, un acto cognoscente descriptivo, no valorativo. No se toca el tema del sentido y no se valora sino que se habla del valor o de los valores. Y luego nuestro filósofo continúa siempre dentro de la misma tónica intelectual (explicativa, descriptiva) a lo largo del texto en que se ocupa de ese tema, sin negar la utilidad y la alta calidad pedagógica de dicho texto: «Si consideramos atentamente los casos mencionados en los párrafos anteriores, ver-

mos que en todos ellos el acto valorativo que nos ha servido de ejemplo se refiere a un solo objeto o situación objetiva. Esto es lo que sucede también cuando decimos: 'robar es malo', 'la mesa es útil', 'la comida es excelente' pues en todos estos casos estamos hablando de un objeto y considerando aisladamente su valor. La función que cumple el acto valorativo es la de atribuir valor (absoluto o graduado) a un objeto o situación objetiva. A los actos en que esto ocurre los podemos llamar entonces actos de atribución de valor.

Podemos decir también que los actos valorativos tienen una función jerarquizadora, la función de establecer el rango de los objetos». Esta última función, dicho sea de paso, es esencial para entender el derecho en sus rasgos particulares. El derecho es una disciplina valorativa, una «lógica de valores». Y valorar es jerarquizar.

Notemos que se habla de atribución de valor, de «función selectiva», «preferencia», «postergación», «jerarquía», como ingredientes de los actos valorativos, pero el acto mediante el cual se describe y explica es un acto de conocimiento -todo lo provechoso que se quiera-, no un acto valorativo. Y eso lo podemos ver más claramente en su resumen: «Resumiendo lo examinado hasta aquí, podemos decir que el acto valorativo es una vivencia en la cual el sujeto acepta o rechaza al objeto, está a favor de él o contra él, graduando en cada caso su estimación. (...) Hay siempre un fondo de afectividad o sentimiento en la vivencia del valor. Las cosas o las personas nos gustan, nos disgustan, nos alegran o deprimen, nos causan admiración o repugnancia según su valor».

Ese fondo afectivo, ese sentimiento valorativo que Salazar Bondy reconoce, obliga a que la explotación del tema de los valores no deba limitarse únicamente a la actividad cognitiva, al puro conocimiento, a la pura descripción. Y así también respecto al papel que el filósofo peruano atribuye al papel del deseo en las valoraciones, aun cuando le atribuye un papel activo: «No sólo hay este factor afectivo en el acto de valoración. Hay un factor activo muy importante, un elemento de tendencia constante en toda estimación. Las cosas son más o menos deseables o indeseables

se-gún su valor para alguien. Por ejemplo, atribuir valor a un auto o preferir un libro corresponde a un proceso psíquico en el que el deseo cumple una función principal»

En esa tónica puramente cognitiva, también se han hecho preguntas como: ¿son naturales los valores o no-naturales?, que también Salazar Bondy describe, según se adopte el punto de vista «naturalista» o «no naturalista». La «realidad natural», sin embargo, poco tiene que ver con la realidad de los valores que es humana. Porque lo natural es una cosa y lo humano otra. Lo natural es lo que puede ocurrir con independencia de toda voluntad, como la lluvia. Basta con que se produzca la condición llamada «causa». Y, por otro lado, no es la ciencia, (especialidad cognitiva), la disciplina llamada a ocuparse del problema de los valores, sino la filosofía de los valores. Y así ha sido durante más de dos milenios y no vemos una razón para volver científico lo que es filosófico, lo que es axiológico o valorativo. Por eso el libro que seguimos en esta parte, donde Augusto Salazar Bondy se ocupa del problema de los valores, no se llama «Introducción a la ciencia», se llama «Introducción a la filosofía»: excelente manual del filósofo peruano que tomamos de referencia, sin que este reconocimiento signifique que no debemos leerlo críticamente. El hecho objetivo es que, en el caso de Salazar Bondy, el tema de los valores no está en un libro de «Introducción a la ciencia», sino en uno de «Introducción a la Filosofía». Pero solo como problema de conocimiento, no de sentido y de valor.

Esas bipolaridades abstractas (objetivo-subjetivo, naturalista-no naturalista, existen-no existen), no hacen sino conducir a un callejón sin salida. Ninguno se plantea la decisiva pregunta respecto al valor de los valores, Salazar Bondy explica y describe sus rasgos y características. Pero no basta sólo una mirada más comprehensiva o integral sobre el tema de los valores, sino una actitud distinta. No preguntar qué son los valores, sino por qué valen. Hay que hacer las respectivas valoraciones, aplicar valores, valorar. En todas las valoraciones se dan tanto factores objetivos o subjetivos, (problema del significado del valor), naturalistas y no naturalistas, (problema de la naturaleza del valor). Eso no resuelve la pregunta relevante para nosotros. No ha planteado el problema de

los valores en términos de valores, sino como un tema de conocimiento. En todos los casos se le aborda como un asunto teórico, desgajado de las estimaciones, sentimientos, voliciones, afectos, etc., de los hombres de carne y hueso que se expresan, y de un estilo de vida, un modo de existencia, una perspectiva. No se niega que el problema de los valores implica una actividad de conocimiento, pero ésta no lo agota, ni toca lo esencial. Una conducta valorativa está compuesta de actos de estimación más que actos de descripción o definición, explicación o causalidad. Estimar no es un acto cognitivo, aunque una estimación sea indesligable de un conocimiento y del planteamiento específico del problema de valores (el abandono o insuficiencia de los valores tradicionales y la falta de nuevos valores)

En esa actitud teorizante frente al problema de los valores, el sujeto analítico toma distancia «científica» para guardar la debida «objetividad». Por eso se aborda el problema de los valores como un asunto puramente intelectual, sin implicarse en una posición valorativa, en valoraciones que sólo pueden ser expresión de una conducta personal; de un carácter que supone un contexto y sentimientos, afectos y voliciones y no sólo intelecciones. Lo que tienen en común esas posiciones es que no adoptan un punto de vista crítico frente a este tema, como intentaremos siguiendo la interpretación de Gilles Deleuze sobre el sentido de la obra de Nietzsche. Y como no se afronta críticamente el problema, se aceptan acríticamente los valores establecidos y se defiende el statu quo, consciente o inconscientemente, por acción u omisión. Una posición crítica no significa solo describir las características de los valores, ni ocuparse solamente de la «naturaleza del valor» o del «significado del valor», como temas académicos. También requiere hacer la crítica de los valores establecidos e implica entre hispano andinos creación y práctica de nuevos valores.

**Para aclarar nuestra posición vamos a exponer en esta parte las ideas que parecen esenciales respecto a la pregunta clave: el origen y valor de los valores. No son ideas nuestras sino ideas que adoptamos como nuestras. Las preguntas relevantes que en relación a este problema**

hemos encontrado, están en la obra de Friedrich Nietzsche. Y Gilles Deleuze, filósofo francés postmoderno, sintetiza insuperablemente esas que aquí adoptamos en este ensayo: «El proyecto más general de Nietzsche consiste en introducir en la filosofía los conceptos de sentido y de valor (...) Nietzsche no ocultó nunca que la filosofía del sentido y de los valores tenían que ser una crítica. Revelar que Kant no realizó la verdadera crítica, porque no supo plantear el tema en términos de valores, es precisamente uno de los móviles relevantes de la obra de Nietzsche. Pero lo que le sucedió a la filosofía moderna es que la teoría de los valores engendró un nuevo conformismo y nuevas sumisiones. Incluso la fenomenología ha contribuido con su método de trabajo a poner una inspiración nietzscheana, a menudo presente en ella, al servicio del conformismo moderno (...)»

Nietzsche no concibe la crítica como una re-acción; desemboca en la puesta en práctica de nuevos valores, es activa y creativa. «La filosofía de los valores como el la instaura y concibe, es la verdadera realización de la crítica, la única manera de hacer la crítica total (...) El concepto de valor implica una inversión crítica. Por una parte los valores aparecen o se ofrecen como principios: una valoración supone valores a partir de

los cuales ésta aprecia los fenómenos. Pero, por otra parte y con mayor profundidad, son los valores los que suponen valoraciones, puntos de vista de apreciación de los que deriva su valor intrínseco. El problema crítico es el valor de los valores, la valoración de la que procede su valor, o sea, el problema de su creación. La evaluación es a la vez elemento crítico y creador. Las valoraciones, referidas a su elemento, no son valores, sino maneras de ser, modos de existencia de los que juzgan y valoran, sirviendo precisamente de principios a los valores en relación a los cuales juzgan. Esta es la razón por la que tenemos siempre las creencias, los sentimientos y los pensamientos que merecemos, en función de nuestro modo de ser o de nuestro estilo de vida»<sup>3</sup>.

Vemos cómo es que, más allá de las valoraciones y de los valores, Nietzsche encuentra a los principios encarnados en los individuos o comunidades de carne y hueso que los crean. Por eso los principios para él ya no son ideales abstractos o platónicos, ni teorías, sino maneras de ser, estilos de vida de seres humanos a partir de lo cual se crean valores: puntos de vista de seres de carne y hueso: clases, grupos, individuos, épocas, etc. Los principios jurídicos modernos, por ejemplo, -que son los que nos conciernen-, son creaciones humanas individuales o colectivas. En este caso creaciones (valores modernos) de un grupo social muy concreto: la burguesía Europea del siglo XVIII.

---

<sup>3</sup> Deleuze, Gilles. «Nietzsche y la filosofía», Editorial Anagrama, S.A, 1998, quinta edición, Pág. 8 y ss.





# DERECHO DE INICIATIVA LEGISLATIVA, TÉCNICA LEGISLATIVA Y PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN EL PERÚ

Juan Enrique Sologuren Alvarez\*

*«La subjetividad es un tema polémico debido a que su naturaleza lo convierte en una reflexión netamente interna del ser humano ya que sin ella no podría exteriorizarse lo que el ser humano realmente quiere, por eso es importante para delimitar su alcance jurídico tomar en cuenta en qué consiste la libertad como también la autonomía.»*

\* Catedrático de Derecho Civil y Corporativo en la Universidad de San Martín de Porres. Autor de varios libros de doctrina del Derecho Civil.

## Derecho de iniciativa legislativa, técnica legislativa y procedimiento legislativo en el Perú

### Sumario:

I. LA INICIATIVA LEGISLATIVA. 1.1 Concepto. 1.2 La Iniciativa Legislativa en el Derecho Comparado. II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA. 2.1 Concepto. 2.2 Antecedentes. 2.3 Evolución. 2.4 Objetivos. 2.5 Modelos o Sistemas de Técnica Legislativa. 2.6 Alcances y Límites de la Técnica Legislativa. 2.7 Enseñanza de la Técnica Legislativa. 2.8 Metodología de la Técnica Legislativa. 2.9 La Evaluación Legislativa. 2.10 La Técnica Legislativa en el Derecho Comparado y su influjo en el Perú. III. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. 3.1 Antecedentes. 3.2 Etapas del procedimiento legislativo. 3.3 Procedimiento Legislativo. Conclusiones.

### Introducción

Dada nuestra condición de recipiendarios de la tradición romano germánica, conocida también como Civil Law o del Derecho Europeo Continental, tenemos por principal fuente de derecho formal la ley escrita, la cual incluye a la Constitución como cúspide de todo el ordenamiento jurídico.

Para el Derecho positivo la producción de normas jurídicas escritas es un proceso complejo, tanto en lo que se refiere a la elaboración de su contenido, considerando las propiedades de unidad, coherencia y plenitud del Derecho, como en lo que se refiere a la forma y/o procedimiento que se debe observar en su redacción.

En cuanto al contenido, como es sabido y siguiendo a Kelsen, se debe cuidar que las normas nuevas deriven su validez de las normas Constitucionales y de las normas jerárquicamente superiores. En cuanto a la forma, no solo es necesario que sean emitidas por los órganos competentes y se observen todos los procedimientos normados,

sino que además, se tenga especial cuidado en la técnica legislativa empleada, aspecto muy poco estudiado en nuestro país y que tiene particular incidencia en la calidad de las normas. Esta es pues la temática que trataremos de abordar en esta oportunidad en forma breve pero sustanciosa, esperando que sea de especial utilidad para los estudiantes de pregrado y postgrado interesados en elaborar propuestas normativas para sus trabajos de investigación o tesis.

### I. LA INICIATIVA LEGISLATIVA

#### 1.1 Concepto.-

La Iniciativa puede entenderse desde dos perspectivas:

La primera es la que define a la iniciativa como «derecho político» consagrado constitucionalmente, que consiste en la facultad de «iniciar una ley»<sup>1</sup>. En el Reglamento del Congreso, art. 74º, se le define de la siguiente manera: «Por el derecho de iniciativa legislativa, los ciudadanos y las instituciones señaladas por la Constitución Política tienen capacidad para presentar proposiciones de ley ante el Congreso». Conforme a lo establecido en el artículo 107º, de la Constitución Política del Perú de 1993, «Tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes:

- El Presidente de la República y
- Los Congresistas.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias:

- Los otros poderes del Estado,
- Las instituciones públicas autónomas,
- Los Gobiernos Regionales,
- Los Gobiernos Locales y
- Los colegios profesionales.

---

<sup>1</sup> López Olvera, Miguel Alejandro. Técnica Legislativa. McGraw-Hill. Mexico D.F., 2001. Pág. 21 (...)

- Los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.<sup>2</sup>

En cuanto a la iniciativa de reforma constitucional corresponde<sup>3</sup>:

- Al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros;
- A los congresistas; y
- A un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral<sup>4</sup>.

La iniciativa legislativa de los ciudadanos, se define como un «**derecho político de participación**», conforme a lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de

Participación y Control Ciudadanos<sup>5</sup>, el cual comprende tanto la iniciativa de reforma constitucional, iniciativa en la formación y modificación de leyes así como en la formación de dispositivos municipales<sup>6</sup> y regionales<sup>7</sup>.

En cuanto al alcance del derecho de iniciativa ciudadana en la formación de leyes<sup>8</sup>, éste comprende todas las materias con las mismas limitaciones que sobre temas tributarios o presupuestarios tienen los congresistas de la República.<sup>9</sup> Asimismo, la iniciativa legislativa ciudadana puede comprender uno o más proyectos de ley y debe ser acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional, debiendo ser objeto de trámite preferencial en el Congreso, el cual ordena su publicación en el diario oficial El Peruano.<sup>10</sup>

2 Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 31°. - Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.(...)

3 Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 206°.

4 Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos: Iniciativa de Reforma Constitucional:

- Artículo 17o.- El derecho de iniciativa para la Reforma parcial o total de la Constitución requiere la adhesión de un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional.
- Artículo 18o.- Las iniciativas de Reforma Constitucional provenientes de la ciudadanía se tramitan con arreglo a las mismas previsiones dispuestas para las iniciativas de los congresistas.
- Artículo 19o.- Es improcedente toda iniciativa de reforma constitucional que recorte los derechos ciudadanos consagrados en el artículo 2o. de la Constitución Política del Perú.

5 Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, artículo 2o.- Son derechos de participación de los ciudadanos los siguientes:

- a) Iniciativa de Reforma Constitucional;
- b) Iniciativa en la formación de las leyes;
- c) Referéndum;
- d) Iniciativa en la formación de dispositivos municipales y regionales; y
- e) Otros mecanismos de participación establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

6 Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, art. 113, inc. b).

7 Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

8 Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, artículo 12°. Sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país.

9 Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 79°.- Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo. En cualquier otro caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas.

Sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país.

10 La población electoral registrada en el año 2011, fue de 19'195,761. El 0.3% representa 57 587 firmas.

La segunda acepción del término «iniciativa» es como «acto jurídico legislativo» a través del cual se formaliza la presentación de una propuesta, proposición o proyecto de ley que es el instrumento mediante el cual se ejerce el derecho de iniciativa legislativa y se promueve el procedimiento legislativo, con la finalidad de alcanzar la aprobación de una ley por el Congreso<sup>11</sup>. Es así que en el artículo 12° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos se prescribe que «la iniciativa se redacta en forma de proyecto articulado».

También se denomina «iniciativa» a la primera etapa con la que comienza el procedimiento legislativo.

## 1.2 La Iniciativa Legislativa en el Derecho Comparado

Como señala Max Alberto Nicolini Del Castillo, en un artículo denominado Los Problemas de la Ley: La Proliferación Legislativa<sup>12</sup>: «En todos los regímenes se suele compartir la iniciativa entre los miembros de las Cámaras, el gobierno y algunos otros sujetos legitimados, pero no siempre fue así. La propia Francia, en sus primeras Constituciones modernas (las de 1791, 1793 y 1795) concedía la iniciativa legislativa al parlamento, en exclusiva, como monopolizador de la potestad de legislar.

Hoy, la iniciativa legislativa exclusiva para las Cámaras sólo se conserva en los Estados Unidos de Norteamérica, salvando la ley de presupuesto, que sí se genera en la Oficina de Presupuesto de la Presidencia de la República. La propuesta legislativa, sólo la puede presentar un miembro del Congreso, condición que comparten el Comisionado Residente de Puerto Rico y los delegados del Distrito de Columbia (Washington D.C.),

Guam, Samoa y las Islas Vírgenes, quienes carecen el derecho a voto. Más bien en algunos parlamentos, y para algunos casos, la iniciativa legislativa no es individual. Así, en Austria se requiere la reunión de ocho miembros del Consejo Nacional para presentar un Private Member's Bill. En Alemania, 26 miembros del Bundestag. En Japón, diez consejeros o veinte representantes para iniciativa legislativa y veinte consejeros y cincuenta representantes para leyes que afecten el presupuesto. En España, 25 miembros del Senado o del Congreso de los Diputados<sup>13</sup>.

Los países de América Latina, pese a haber seguido de cerca el modelo estadounidense, reconocen al gobierno iniciativa en la formación de las leyes, que así resulta compartida con los miembros de las Cámaras».

## II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA

### 2.1 Concepto.-

La técnica legislativa, es un instrumento jurídico, político y lingüístico, que se define como ese conjunto de reglas o disposiciones de obligada aplicación en el momento de elaborar la ley<sup>14</sup>.

De manera más específica podemos decir que la técnica legislativa constituye un conjunto sistemático de pautas o directrices sobre la estructura formal y el contenido, tanto de la parte expositiva o justificativa (exposición de motivos) cuanto de la parte propiamente normativa de la ley (parte dispositiva), considerando las necesidades de regulación y su complejidad, para prestar un apoyo o soporte técnico científico importante para la formalización jurídica de las decisiones políticas<sup>15</sup>.

«La técnica legislativa constituye el arte de legislar

---

11 Reglamento del Congreso. Art. 67.

12 <http://gforo.blogspot.com/2011/09/los-problemas-de-la-ley-la.html>

13 Planas, Pedro «Derecho Parlamentario» – Ediciones Forenses – Primera Edición Lima, 1997

14 Muñoz Quesada, Hugo Alfonso. La Situación de la Técnica Legislativa en Costa Rica. ([http://www.legislarbien.com.ar/ar/Adj/Tecnica\\_legislativa\\_costa\\_rica.pdf](http://www.legislarbien.com.ar/ar/Adj/Tecnica_legislativa_costa_rica.pdf)). Consultado en octubre de 2013.

15 Ib idem.

clara y eficazmente», en definición de GARCIA-ESCUADERO, pero no es únicamente eso, «el objeto de la técnica legislativa –como amplia SAINZ MORENO– no es solo la buena redacción de las leyes, sino que afecta a cuestiones más generales y trascendentes, como son la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas»<sup>16</sup>.

Sin embargo, debe apreciarse que estos conceptos de técnica legislativa están evolucionando para incorporar, entre otras cosas, el análisis del impacto social, económico y político de los proyectos en función a la gobernabilidad del país y una serie de conceptos, metodologías y enfoques multidisciplinarios.

## 2.2 Antecedentes

Existe una estrecha relación entre la complejidad, la pluralidad y la diversidad de personas, actividades y relaciones que coexisten en las sociedades de hoy y la respuesta del Estado a través de numerosas normas jurídicas en el intento de mantener ordenada la vida social. Esta expectativa no es nueva, como tampoco es nueva la necesidad de que las normas jurídicas sean elaboradas con mayor calidad, racionalidad y eficacia a través de textos legales claros y comprensibles para todos los ciudadanos.

Prueba de estas preocupaciones las encontramos ya en el *L'Esprit des lois*, libro XIX «De la manera de componer las leyes», escrito por el célebre cronista francés y pensador político de la ilustración, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, o en la «Nomografía o El arte de redactar leyes», escrita por Jeremy Bentham, padre del Utilitarismo.

## 2.3 Evolución

Inicialmente, la técnica legislativa estaba centrada en los aspectos formales de la elaboración de leyes, es decir en aspectos técnico jurídicos y técnico lingüísticos así como pautas metodológicas orienta-

das a representar de la mejor manera posible la voluntad del legislador para que pudiera ser aplicada correctamente por los destinatarios de la norma.

En este orden de ideas, se puede inferir que la aspiración de la técnica legislativa va más de la publicación de las leyes cuyo propósito es su difusión, y se proyecta a la necesidad de que las normas jurídicas sean redactadas y estructuradas de tal manera que sean accesibles al conocimiento y comprensión de todos los ciudadanos, evitando de esta manera dudas e incertidumbres al momento de su interpretación y aplicación, con clara incidencia en su democratización, cumplimiento y seguridad jurídica.

Más adelante, la concepción de la técnica legislativa trasciende más allá de los aspectos únicamente formales, para apreciar las leyes, desde la perspectiva del rol del Estado y las políticas públicas, no solo como un instrumento jurídico, sino también como una respuesta política para crear soluciones oportunas que permitan atender las demandas sociales.

Bajo esta perspectiva, la noción de técnica legislativa se amplía para incorporar el análisis del impacto social, económico y político de los proyectos normativos y otros aspectos relacionados con la gobernabilidad del país. Es así que el conocimiento de la historia así como realidad actual y su interpretación a la luz de la sociología, la política y la economía resultan imprescindibles para elaborar nuevos proyectos.

Este importante avance se propició en Alemania, donde se empezó a utilizar un conjunto de preguntas que inducen a hacer valoraciones políticas, susceptibles de tener un soporte técnico en las ciencias sociales (estadística, ciencia política, sociología, economía, etc.) enfoque, que ha sido imitado en otros países, donde este conjunto de interrogantes ha pasado a conocerse como el «cuestionario alemán»:

¿Es realmente necesario dictar la ley?

<sup>16</sup> Baselga García-Escudero, Pilar. *Materiales para el Estudio de la Técnica Legislativa*. Madrid. Septiembre de 2010. Pág. 5.

¿Qué se quiere lograr?

¿De dónde proceden las exigencias o las reivindicaciones y cuáles son las razones que se invocan?

¿Cuál es la actual situación jurídica y fáctica?

¿Qué defectos se han encontrado?

¿Qué nuevos acontecimientos -por ejemplo, en economía, ciencia, técnica y jurisprudencia- están relacionados de un modo especial con el problema?

¿Cuál es el número de afectados y de casos que hay que resolver?

¿Qué sucedería si nada se hace? (Por ejemplo, cabe preguntarse si el problema se agravaría en caso de no dictarse la ley o permanecería invariable o se resolvería con el paso del tiempo o por la autorregulación de las fuerzas sociales, sin intervención estatal).

Otros aspectos importantes a tener en cuenta en la evolución de la técnica legislativa son:

- La regulación de la actividad negociadora que tiene lugar entre los grupos de intereses y los poderes públicos, así como las negociaciones que se dan entre los propios poderes del Estado, la cual se debe incluir en los procedimientos de elaboración de leyes y disposiciones jurídicas.
- Los desarrollos de la denominada teoría económica de la regulación, que tiene especial relevancia en lo que se refiere a aspectos económicos y/o productivos y derechos del consumidor y/o usuario.
- El concepto de Gerencia Legislativa y la utilización en la labor normativa de herramientas propias del Management, como el

benchmarking, la calidad total o el empoderamiento (empowerment), entre muchos otros<sup>17</sup>.

- La Evaluación Legislativa<sup>18</sup>, que según Ángel Sanz, Letrado del Parlamento de Cantabria y Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Cantabria, se debe centrar en cada norma y en el contexto de las necesidades que viene a satisfacer.
- La Teoría Legislativa y la Técnica Legislativa
- La enseñanza de la técnica legislativa en el pregrado y posgrado.

## 2.4 Objetivos

La técnica legislativa «persigue mejorar y homogeneizar la calidad de las leyes y otras disposiciones jurídicas en dos aspectos fundamentales: su composición o estructura formal y su redacción o lenguaje. Para ello formula propuestas de organización o reorganización de sistemas de composición y redacción de los anteproyectos y proyectos de disposiciones jurídicas, propuestas que se articulan en manuales de procedimientos o en catálogos de directrices y en cuestionarios. Todo ello presupone el marco cultural de la lengua natural en la que se formulan las leyes y demás disposiciones jurídicas, pero además, se incardina en un determinado sistema legal, judicial y administrativo»<sup>19</sup>.

Muñoz Quesada plantea los siguientes objetivos<sup>20</sup>:

1. Lograr mayor rigor técnico jurídico.
2. Incorporar criterios de la realidad que favorezcan su aplicación.

---

17 Díaz Perilla, Viviana. Calidad de la ley, Técnica Legislativa y Eficiencia Administrativa. Revista: Prolegómenos. Derechos y Valores, Vol. XIV, núm. 27, enero-junio de 2011, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Pág. 151, 152.

18 Sanz Pérez, Angel L. Apuntes sobre la técnica legislativa en España. Pág. 32. (<http://repositorio.unican.es/>) Consultado en oct. 2013.

19 Coderch, Pablo Salvador. Técnica Legislativa y Teorías de la Regulación. Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra. Working Paper N° 208, Barcelona, abril de 2004. ([www.indret.com](http://www.indret.com)) consultado en octubre de 2013. Pág. 3

20 Muñoz Quesada, Hugo Alfonso. La Situación de la Técnica Legislativa en Costa Rica ([http://www.legislarbien.com.ar/artsAdj/Tecnica\\_legislativa\\_costa\\_rica.pdf](http://www.legislarbien.com.ar/artsAdj/Tecnica_legislativa_costa_rica.pdf)). Consultado en octubre de 2013.

3. Codificar esos criterios y reunirlos en catálogos que los contengan, sea como directrices o normas que, aun cuando en determinados casos no se le quiere dar el carácter jurídico, son prácticamente esenciales para una adecuada preparación de la ley.
4. Facilitar su correcta comprensión, interpretación y aplicación.
5. Dar mayores garantías de seguridad jurídica, con leyes claras, precisas y adecuadas formalmente y así contribuir con los procesos de gobernabilidad.
6. Ayudar a cumplir mejor el principio (relativo) de «nadie puede ignorar el conocimiento de la ley» y
7. En el derecho penal, particularmente, garantizar la correcta elaboración del tipo penal, cuya imprecisión jurídica, es motivo de inconstitucionalidad.

## 2.5 Modelos o Sistemas de Técnica Legislativa

Es importante mencionar que existe una tradición en cuanto a técnica legislativa en Norteamérica y el viejo mundo, principalmente Estados Unidos y Reino Unido, y más reciente en Austria, Alemania, Suiza e Italia<sup>21</sup>, a partir de las cuales podemos sistematizar dos grandes modelos<sup>22</sup>:

- El modelo anglo-americano del Common Law o modelo de redacción concentrada, basado en el principio de profesionalización de la tarea de redacción de las leyes y en la concentración de la misma en un organismo único y especializado. Ejemplo ilustrativo de ello lo encontremos en la legislación federal estadounidense.

- El modelo continental europeo del Civil Law, de redacción difusa o ministerial, en el que la tarea de redacción de los proyectos de ley se atribuye al departamento o sección departamental del ministerio competente por razón de la materia. Ejemplo de este modelo es la legislación federal en Alemania.

## 2.6 Alcances y Límites de la Técnica Legislativa

No debemos olvidar que el contenido de las normas jurídicas en la práctica cotidiana, no es ajeno a componentes ideológicos de diferentes clases (morales, económicos, políticos, culturales, etc). En consecuencia, y coincidiendo con Muñoz Quesada, si las leyes son competencia de los congresistas, actores políticos por definición, no podemos ignorar el hecho de que en su rol de legisladores dictan la ley según su ideología, sus compromisos políticos y sociales.

El proceso técnico de elaboración de la ley, no debe afectar el contenido propiamente legislativo, pues dicho proceso solo se refiere específicamente a la forma. Bajo esta lógica, no constituye estrictamente un límite a lo político, sino más bien un límite a la forma de la emisión de la ley, a su estructura formal y de contenido, no a la voluntad política del legislador; puesto que la técnica legislativa se circunscribe a cómo expresar mejor esa voluntad, sin influirla ni sustituirla.

Bajo esta premisa, los técnicos tienen vedado sustituir la voluntad política, sin perjuicio de que los congresistas, deban y puedan asesorarse y apoyarse en criterios técnicos para lograr solidez y respaldo científico en sus decisiones políticas, en el entendido que la ley también es una decisión política cuya expresión se realiza por medio de un lenguaje especial, con reglas lingüísticas propias del campo jurídico<sup>23</sup>.

21 Baselga García-Escudero, Pilar. Materiales para el Estudio de la Técnica Legislativa. Madrid. Septiembre de 2010.

22 Coderch, Pablo Salvador. Técnica Legislativa y Teorías de la Regulación. Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra. Working Paper N° 208, Barcelona, abril de 2004. (www.indret.com) consultado en octubre de 2013.

23 Muñoz Quesada, Hugo Alfonso. La Situación de la Técnica Legislativa en Costa Rica.

Este aspecto resulta especialmente relevante, pues las decisiones políticas legislativas se deben redactar mediante un lenguaje especializado, técnico, relativo a la materia que se regula. En consecuencia, el lenguaje utilizado en la técnica legislativa, debe respetar y al mismo tiempo expresar de manera coherente y precisa, la voluntad política (irreemplazable) del legislador.

Queda en evidencia que de una sana relación de complementariedad entre las decisiones políticas y la aplicación de la técnica legislativa, resulta una determinada calidad de las leyes, que nos permite afirmar que la calidad de las leyes no es otra cosa que una buena herramienta para facilitar la expresión jurídica de la voluntad política del legislador y para facilitar su interpretación y aplicación, por ciudadanos, jueces, administradores y políticos.

Hasta aquí, podemos concluir, junto a Muñoz Quesada que «el legislador, al fundamentarse sobre bases técnicas, produce una legislación con mayor racionalidad jurídica, más armonía, coherencia y solidez científica. Así, su decisión no es producto simplemente de la discrecionalidad o de la arbitrariedad políticas; debe resultar de una decisión sustentada en las reglas de la ciencia y, eventualmente, en la justicia. La política y la ciencia no deben separarse: al contrario, la política sin ciencia ni técnica se convierte en demagogia y arbitrariedad; la ciencia y la técnica, sin política, en ingobernabilidad».

## 2.7 Enseñanza de la Técnica Legislativa

Eliseo Muro Ruiz<sup>24</sup> señala que «Un programa de técnica legislativa ha de ser un instrumento para que los abogados cuenten con las herramientas para suministrar elementos útiles a los encargados de producir las normas jurídicas, desde reglamentos hasta reformas constitucionales. Se busca generar en los medios académicos cierto interés sobre esta área del Derecho, pues la conveniencia de contar con estudiosos en la materia es reconocida por todas las asambleas (parlamentos

o congresos) y dependencias del Poder Ejecutivo».

Muro Ruiz, sostiene que la enseñanza de la técnica legislativa debe constituir una asignatura obligatoria, cuyo programa, en su concepto, debe comprender lo siguiente:

- El significado de la misma destacando la trascendencia de la metodología jurídica para estructurar un sistema jurídico;
- Los métodos y técnicas que se aplican a la ciencia jurídica;
- La adecuación de la pedagogía en la enseñanza de esta materia;
- El método de elaborar una iniciativa legislativa, como las fases de su integración, identificación del problema, su diagnóstico y efectos posibles, los objetivos que se persiguen y su inserción al orden constitucional;
- El tipo de metodología a implementar y su evaluación, para después proceder a la formulación del proyecto legislativo;
- Los elementos de una iniciativa legislativa, es decir, la Cámara a la que se dirige, el nombre del autor, la exposición de motivos, el título, el cuerpo normativo, la sanción, la vigencia, las remisiones;
- Las formas de modificación del derecho (reformas, adiciones y derogación);
- El contenido del cuerpo normativo, su congruencia y su ámbito de validez;
- La supletoriedad de la ley; el tipo de interés que se atiende (público, privado, social o utilidad pública);
- La competencia jurisdiccional, las sanciones, la multa, los plazos;

---

<sup>24</sup> Enseñanza de la Técnica Legislativa.



- Los artículos transitorios y su relación con los conflictos en el tiempo, la aplicación retroactiva de la ley, la reserva de ley y la diferencia entre ley y reglamento;
- Los órganos constitucionales con facultad legislativa y la participación de los ciudadanos;
- Una distinción sobre el acto legislativo, sus elementos y su clasificación;
- Del proceso legislativo, desde el debate en comisiones hasta la deliberación y aprobación en el Pleno, para llegar a su publicación, así como algunas formas para evitar el inmovilismo en el proceso legislativo, entre otras cuestiones.

Vale la pena mencionar también que en algunos países esta disciplina ya se enseña, como por ejemplo en el curso de Derecho Parlamentario del postgrado de Derecho Público en la Universidad de Costa Rica, desde el año 1995.<sup>25</sup>

## 2.8 Metodología de la Técnica Legislativa

Siguiendo a Muro Ruiz, en la técnica legislativa pueden apreciarse tres ángulos:

- El ontológico (bilateralidad, heteronomía, externas y coercibles),
- El teleológico (persigue la armonía social); y
- El axiológico (realizar valores).

A partir de esta premisa, ¿podría considerarse a la técnica legislativa como una ciencia? Discrepamos con Muro Ruiz sobre esta posibilidad, ya que una cosa es la ciencia y otra la técnica. Idea distinta es aspirar a una enseñanza científica de la técnica legislativa con sólidos fundamentos epistemológicos, para la aplicación de instrumentos y métodos de producción legislativa, con una actitud crítica y reflexiva. Tampoco impide investigar o descubrir la existencia de algunos principios, susceptibles de ser analizados y estudiados.

Indagando sobre la ubicación de la técnica legislativa, tuvimos entre manos la obra de Rafael Hernández Marín<sup>26</sup>, quien le dedica a este tema todo un capítulo denominado «Los Cuerpos Jurídicos» donde desarrolla entre otros temas la tipología, creación y estructura de los cuerpos jurídicos y la novedad de los cuerpos jurídicos virtuales. Esto nos lleva a inferir que siendo la metodología una parte de la lógica y ésta una parte de la filosofía, entonces la técnica legislativa es parte de la metodología jurídica, la cual a su vez es sin duda parte de la lógica jurídica y ésta constituye parte de la filosofía jurídica.

Muro Ruiz aporta un importante alcance respecto al diseño y enseñanza de la técnica legislativa, precisando los diferentes métodos que se pueden emplear:

- La investigación de campo y bibliográfica, que abarca la información necesaria respecto a los textos afines a la materia, tanto nacionales como extranjeros;
- El método conceptual, cuyo objetivo es clasificar los conceptos para arribar a definiciones precisas;
- El método sistemático, que nos ayuda a ordenar los conocimientos, ya sea bajo fichas de lectura o de trabajo;
- El método deductivo, para inferir conclusiones particulares al momento de leer y analizar la información;
- El método inductivo, para analizar las situaciones que se presenten en el desarrollo del tema y arribar a conclusiones generales y específicas;
- El método de concordancias, que se utiliza para estudiar supuestos diferentes y determinar sus coincidencias e interrelaciones, y el método de diferencias, para comparar los hechos

25 Muñoz Quesada, Hugo Alfonso. Artículo «La situación de la Técnica Legislativa en Costa Rica».

26 Hernández Marín, Rafael. Compendio de filosofía del Derecho. Marcial Pons. Madrid. 2012.

jurídicos y especificar sus características.

- El método de variaciones concomitantes nos ayuda a determinar los cambios del suceso a examinar;
- El método comparativo se dispone para analizar los fenómenos jurídicos en las distintas épocas de la actividad legislativa de nuestro país y en relación con otras naciones, por lo que es de gran utilidad conocer otro idioma;
- El método dialéctico se utiliza para la confrontación de ideas;
- El método fenomenológico nos allega conocimientos al describir las situaciones tal y como han sucedido, sin darles tintes subjetivos y sin prejuizar;
- El método sintético se emplea para obtener la información requerida de manera concisa, y reúne las partes de un todo de forma ordenada y sistematizada;
- El método analítico con el que se examinan los textos jurídicos de acuerdo a las hipótesis del proyecto de investigación planteadas;
- El método de análisis lógico-lingüístico con el que se dilucidan los elementos y principios lógicos de lo que se investiga, para plasmarlos con orden y claridad;
- El método mayéutico con el que se perfeccionan las interrogantes y respuestas planteadas;
- El método de la teoría de escenarios que se implementa al momento de hacer las propuestas respectivas;
- El método histórico es para estudiar los fenómenos jurídicos con base en documentos que permitan averiguar el pasado y establecer criterios en torno a una época, motivo por el cual se requieren fuentes informativas originales (manuscritos, actas, etc.).
- El método experimental que se aprovecha para deliberar y construir nexos causales, por lo que el profesor está en condiciones de discutir cier-

to número de proyectos legislativos entre los estudiantes en los ámbitos federal, estatal y municipal;

- El método descriptivo determina las características del suceso jurídico tal como se observan;
- El método estadístico con el que se obtienen indicadores que permiten la comparación de grupos y cifras que faciliten el estudio de los hechos jurídico-político-sociales; y
- El método estructural que nos permite configurar y ordenar el hecho jurídico estudiado.

Otros métodos, que también se podrían implementar siguiendo esta propuesta son:

- El método heurístico, con el fin de descubrir nuevas realidades y esclarecer hechos desconocidos;
- El método didáctico que permite comunicar de manera lógica los resultados obtenidos;
- El método científico se considera como un procedimiento que se emplea para la obtención de conocimientos generales ciertos y comprobables, los cuales han de validarse o justificarse con rigor. Sus etapas son la observación del fenómeno, el planteamiento de problema, los conceptos a utilizar, las hipótesis, su comprobación y la comunicación de resultados obtenidos.

## 2.9 La Evaluación Legislativa

Una de las formas en que se manifiestan las decisiones políticas es a través de las normas jurídicas. De allí que no es difícil apreciar la íntima relación que existe entre la evaluación legislativa y la evaluación de las políticas públicas.

Por evaluación legislativa suele entenderse el establecimiento de un sistema de control y conocimiento del cumplimiento de la Ley aprobada por el Parlamento y sólo tras la aprobación de la Ley. En sentido estricto, la actuación de la Administración y del Gobierno, que es previa a la aproba-

ción y aplicación de la Ley, no se puede considerar como evaluación legislativa, sino como preparación técnica de la Ley que ha de emprender el Gobierno.

La evaluación legislativa es especialmente importante si consideramos que evaluar el cumplimiento eficaz de las leyes es una de las formas de determinar si hay una adecuada gestión de las políticas públicas, más aun teniendo la certeza de saber que la aprobación de leyes es uno de los instrumentos que utiliza el Estado para lograr objetivos políticos, especialmente, los que tienen relación e impacto sobre la atención de necesidades sociales.

## 2.10 La Técnica Legislativa en el Derecho Comparado y su influjo en el Perú.

Como ya se tiene dicho, son muchos países europeos, que ya contaban con una tradición técnica y doctrinal. Es notorio el influjo que la técnica legislativa de estos países ha tenido en el resto del mundo, fomentada, por una parte, por la necesidad de simplificar el marco legal en el que se desenvuelven las relaciones empresariales, comerciales, en definitiva, el mundo de los negocios: globalización, competitividad, la mejora del empleo y el incremento del crecimiento económico exigen normas claras. Por otra, Internet y las modernas tecnologías al proporcionar nuevas formas de accesibilidad y comunicación entre administraciones y administrados exigen simplificación y claridad del ordenamiento jurídico en aras de una mejor interacción y una mayor seguridad jurídica <sup>27</sup>.

Sin duda, la preocupación por mejorar la calidad de la legislación se ha acrecentado notablemente

en los últimos años. Una de las primeras iniciativas que se ha podido documentar tuvo lugar en los Países Bajos, donde a principio de los años noventa se desarrolló un modelo para el cálculo de los costes burocráticos denominado: The Standard Cost Model (SCM): método para determinar las cargas administrativas impuestas a la empresa por la regulación. Este modelo de evaluación se ha difundido obteniendo reconocimiento y aplicación internacional, especialmente a nivel de la Unión Europea y de un gran número de países, agrupados a través de la SCMNetwork, que es una asociación internacional, que edita el «International Standard Cost Model Manual».

Esta iniciativa ha inspirado a los gobiernos de muchos países a crear unidades u órganos específicos encargados de la «simplificación del derecho».

Otro organismo impulsor de las técnicas de Análisis de Impacto Normativo es la OCDE<sup>28</sup>, (Ver Regulatory Impact Assessment RIA, y el informe La réforme de la réglementation dans les pays de l'OCDE), cuyos países miembros reconocieron en 1995, que una regulación de calidad es un elemento crucial para aumentar el crecimiento económico y el nivel de vida de los ciudadanos. Ello les llevó a dictar el primer conjunto de principios, a nivel internacional, sobre calidad de la regulación: Recommendation on improving the Quality of Government Regulation que incluye una lista de chequeo de referencia, a lo que se ha agregado más herramientas como The Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance, cuyos resultados están documentados en el informe: Regulatory Impact Analysis-Best practices in OECD Countries <sup>29</sup>.

En el Perú, se ha logrado un avance muy importante con la dación de la Ley N° 26889, Ley

<sup>27</sup> Baselga García-Escudero, Pilar. Materiales para el Estudio de la Técnica Legislativa. Madrid. Septiembre de 2010. Pág. 5.

<sup>28</sup> Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, cuya misión es el promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Ofrece un foro donde los gobiernos pueden trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Trabaja con los gobernantes para entender qué es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Mide la productividad y los flujos globales del comercio e inversión; analiza y compara datos para predecir las tendencias futuras, fijamos estándares internacionales dentro de un amplio rango, desde la agricultura y los impuestos hasta la seguridad en productos químicos.

<sup>29</sup> Baselga García-Escudero, Pilar. Materiales para el Estudio de la Técnica Legislativa. Madrid. Septiembre de 2010. Pág. 5.

Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, que Aprueban Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa<sup>30</sup>.

No podemos dejar de mencionar el aporte de la Organización «Reflexión Democrática» (RD)<sup>31</sup>, integrada por un equipo de economistas y abogados que tiene como objetivo alcanzar oportunamente información técnica a quienes toman decisiones políticas. Esta organización ha desarrollado «El Cuestionario Azul»<sup>32</sup>, con el ánimo de combatir la proliferación legislativa – y normativa en general – y promover la mejora de la calidad de las leyes y demás disposiciones del ordenamiento jurídico, a partir de cinco indicadores:

- i) La selección del tema a ser legislado;
- ii) El grado de innovación de la propuesta;
- iii) El contenido de la exposición de motivos;
- iv) El análisis costo-beneficio; y
- v) La técnica legislativa

Las «checklisten» consisten en un conjunto de preguntas (cuestionario) cuya finalidad es ayudar a determinar si es necesario o conveniente legislar y si se han revisado todos los aspectos que pueden garantizar la calidad técnica de ley, y que está disponible desde marzo de 2010.

Tampoco puede dejarse de mencionar la Guía Metodológica para la Elaboración de Iniciativas Legislativas, publicado el año 2007, por el Centro de Investigaciones Judicial del Poder Judicial del Perú (15 páginas), el folleto del Taller ¿Cómo se elabora un proyecto de ley? Publicado por el Congreso de la República para promover la participación ciudadana (20 páginas); el Manual de

Técnica Legislativa del Congreso de la República, de la Dirección General Parlamentaria de la Oficialía Mayor, aprobado por acuerdo N° 095-2010-2011/MESA-CR, en diciembre de 2010; el libro Reglamento del Congreso de la República Concordado, por Roberto Carlos Tarazona Palma y otros, publicado por la Oficialía Mayor del Congreso del Perú en setiembre de 2012 (430 páginas).

A continuación referenciamos algunas de las normas básicas de técnica legislativa que rigen en el Perú:

### Reglamento del Congreso.-

#### Artículo.- 72 Clases de Leyes

- Leyes Ordinarias
- Leyes de Reforma Constitucional
- Leyes Orgánicas
- Leyes Presupuestales o financieras (y de tratamiento especial tributario. Ver parte final del art. 79 de la Const.)
- Leyes Autoritativas de legislación delegada (ej. para D. Legislativos)
- Leyes de Amnistía
- Leyes demarcatorias

**Artículo 75.** Las proposiciones de ley deben contener **una exposición de motivos** donde se expresen sus fundamentos, **el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido**, cuando corresponda, **un comentario sobre su incidencia ambiental**. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por moti-

30 Publicado el 24 de marzo de 2006.

31 Reflexión Democrática es una organización que, desde la sociedad civil, constituye un espacio de participación para contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática (<http://www.reflexiondemocratica.org.pe>).

32 La denominación «cuestionario azul» proviene de la denominación «lista azul» con la que esta herramienta se conoció inicialmente en Alemania, en alusión al papel de color azul en el que se imprimía. Es una adaptación para el Perú de las «checklisten» del Parlamento de Baviera que se empezaron a utilizar en Hamburgo a mediados de los años 70, y posteriormente en otros territorios de Alemania, para ser introducido por el Estado Federal en 1984. Igualmente, encontró acogida en Suiza (1978), Noruega (1987) y Estados Unidos (1981). Las «checklisten» llegaron a América Latina desde España a inicios de la década de los 90, como casi como una curiosidad académica y con el nombre de «checklisten del Parlamento de Baviera». Se aplicó en algunos países latinoamericanos como una herramienta de análisis, formulando las preguntas utilizadas en Alemania, sin ninguna adaptación.

vos excepcionales.

(...)

Las proposiciones de ley y de resolución legislativa se presentarán ante la Oficialía Mayor del Congreso en día hábil y horario de oficina, para su registro; sin embargo, el Consejo Directivo puede disponer que funcione una oficina especial de la Oficialía Mayor que reciba las proposiciones en día y horario distinto, cuando las circunstancias así lo requieran, dando cuenta a los Congresistas.

### **Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.-**

#### **• Artículo 3°.- De la Denominación de las Leyes**

3.1 La Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral. La denominación forma parte del texto oficial de la Ley y corresponde al Congreso de la República asignársela, salvo en los casos de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, en los cuales es el Poder Ejecutivo quien asigna la denominación. El Poder Legislativo, dentro de las facultades que la Constitución prevé, puede reformular la denominación de estas normas.

#### **• Artículo 4°.- Identificación Normativa**

4.1 Las leyes continuarán siendo identificadas por el número que les corresponde y además con la denominación oficial a que se refiere el artículo anterior.

4.2 Las Leyes Orgánicas tendrán una numeración especial a partir de la presente Ley.

4.3 Cuando en una Ley se haga referencia a una norma de rango menor, se indicará su denominación, número, siglas y fecha de publicación.

#### **• Artículo 5°.- Estructura**

5.1. Las Leyes según su amplitud tienen la siguiente estructura:

- Libros,
- Secciones,
- Títulos.
- Capítulos,

- Subcapítulos y
- Artículos, con sus correspondiente sumilla.

- Podrán tener también:
  - Título Preliminar y
  - Disposiciones Complementarias, las que podrán ser: finales, transitorias, modificatorias y derogatorias.
  - Los artículos y las mencionadas disposiciones complementarias pueden dividirse en párrafos, incisos, numerales o literales.

5.2. Cada párrafo de un artículo debe expresar un solo concepto. Los párrafos que expresen un concepto distinto, deben ser numerados.

### **III. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO.**

#### **3.1 Antecedentes.-**

El antecedente constitucional más remoto al que nos podemos remitir en el Perú es la constitución de Cádiz. En ella, en cuanto a la formación y sanción de las leyes, en el capítulo VIII se encontraba descrito el procedimiento legislativo, facultando, en el artículo 132°, a que todo diputado pueda iniciar proyectos de ley, y que estos debían hacerse por escrito y exponiendo las razones en que se basaba. El siguiente paso era la discusión que permitía a las Cortes deliberar el proyecto propuesto, que era leído hasta en tres ocasiones en el pleno antes de ser sometido a votación. Para aprobar la ley se requería de la votación plural de la mitad más uno del número total de diputados.

La sanción de las leyes estaba a cargo del rey, quien tenía tres días para ejercer su derecho de veto. Esta prerrogativa, le permitía al rey hacer observaciones a la ley recién aprobada utilizando la fórmula «Vuelva a las Cortes», señalando las razones que lo llevaban a negar su sanción. De no haber formulado observaciones, se entendía que la sanción de la ley se había otorgado. Para el otorgamiento de la sanción de la ley se utilizaba la fórmula: «Publíquese como ley». Cumplida la publicación en las Cortes, se comunicaba al rey para que proceda a su promulgación con la siguiente fórmula:

N. (nombre del rey) por la gracia de Dios y por

la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nos. Sancionamos lo siguiente: (texto literal de la ley). Por tanto mandamos a todos los tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles, como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Tendréis entendido para su cumplimiento y dispondréis se imprima, publique y circule.

Por mandato del rey, todas las leyes se mandaban circular a los secretarios de despacho, a todos los tribunales supremos y de provincias, y a los demás jefes y autoridades superiores para que a su vez las circularan a las autoridades inferiores.

Max Alberto Nicolini Del Castillo<sup>33</sup> citando a Henry Pease, hace la siguiente síntesis sobre los inicios del procedimiento legislativo en el Perú:

«La ley en el Perú, apareció primero, por generación espontánea, la Asamblea, luego, como su primera criatura el Ejecutivo y después la Judicatura. Dios solemne de todas las instituciones, el primer Parlamento Nacional no había tenido que luchar contra ningún poder absoluto.

Recibidos sus fueros sin lucha ni contradicción alguna y sí más bien por la bondad y generosidad del libertador San Martín, nuestro primer Congreso encarnó lo más puro del asambleísmo omnisciente y omnipotente. En estas condiciones, claro está, no podía menos que convertirse en la fuente de todo el derecho per secula seculorum... Cuando se instala la primera asamblea con el nombre del Primer Congreso Constituyente en 1822, los peruanos no tenían ni la más remota idea que las leyes pudieran tener algún otro origen. Convencidos que la Volunté Generale y la soberanía reposaban, como decían los ilustrados franceses, en las asambleas; la voluntad del pueblo no podía sino emanar, en la

forma de la ley, de éstas. Con una Judicatura inexistente para entonces ya que ésta sería creada recién el 8 de febrero de 1825, los congresales peruanos no tuvieron que tomar siquiera, como fue en el caso francés, medida alguna para decapitarla y neutralizarla.

Enderezado desde el principio en la ruta subjetivista de la ratio legis emanada de la cabeza de los diputados, las leyes en el Perú bajo todas las influencias intelectuales provenientes de Europa – derecho romano, napoleónico, canónico, etc. – creó un amasijo de derecho tan diverso, variado y disperso «que los jueces se basaban en unas fuentes, el Tribunal Superior en otras y el Tribunal Supremo en autoridades variadas; citándose, dentro de un mismo expediente, distintos libros o distintas leyes incluidas en un mismo documento legal». Hoy mismo la costumbre no ha desaparecido. Pero no es sólo diversidad y contradicción, enredo, multiplicación sin fin y caos en la legislación ordinaria lo que podía provenir de las asambleas legislativas; como en todo lugar donde la ley es votada por un poder político, el derecho se convirtió a lo largo de toda nuestra historia en el instrumento principal de la lucha política.

En vano trataríamos de mostrar algunos ejemplos del uso político de la ley, pues todas o casi todas las dificultades políticas que hemos vivido a lo largo de nuestra historia reposan en ella de una y otra manera. La extraordinaria abundancia legislativa y derogada habla por sí mismo no sólo de la inestabilidad de todo orden jurídico sino también del orden político.»<sup>34</sup>

### 3.2 Etapas del procedimiento legislativo

Según el Artículo 73<sup>a</sup>, del Reglamento del Congreso del Perú, el procedimiento legislativo se desarrolla en las siguientes etapas:

- a) Iniciativa legislativa;
- b) Estudio en comisiones;

---

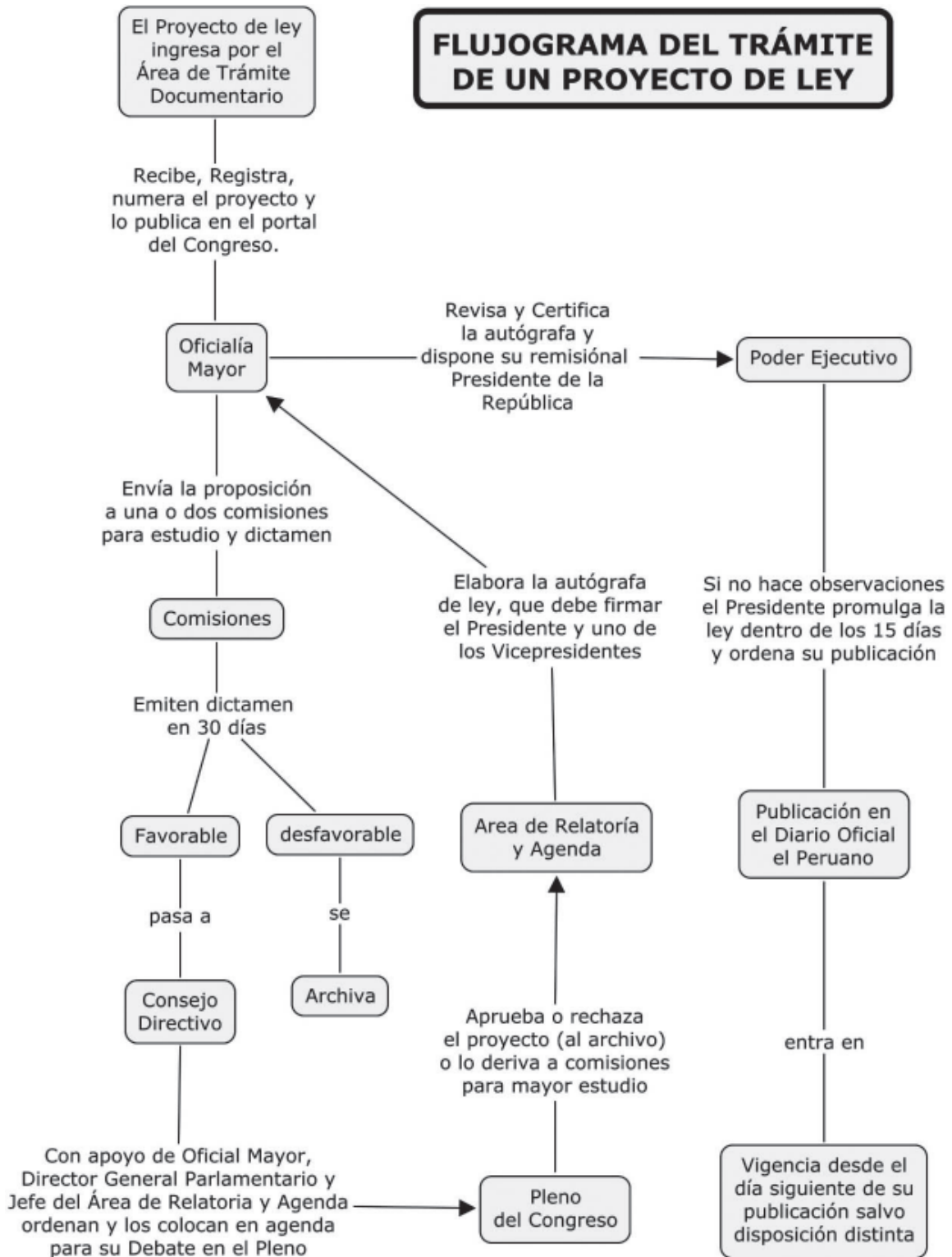
33 <http://gforno.blogspot.com/2011/09/los-problemas-de-la-ley-la.html>

34 Pease García, Henry «Por los Pasos Perdidos» - Fondo Editorial del Congreso del Perú - Lima, 2006

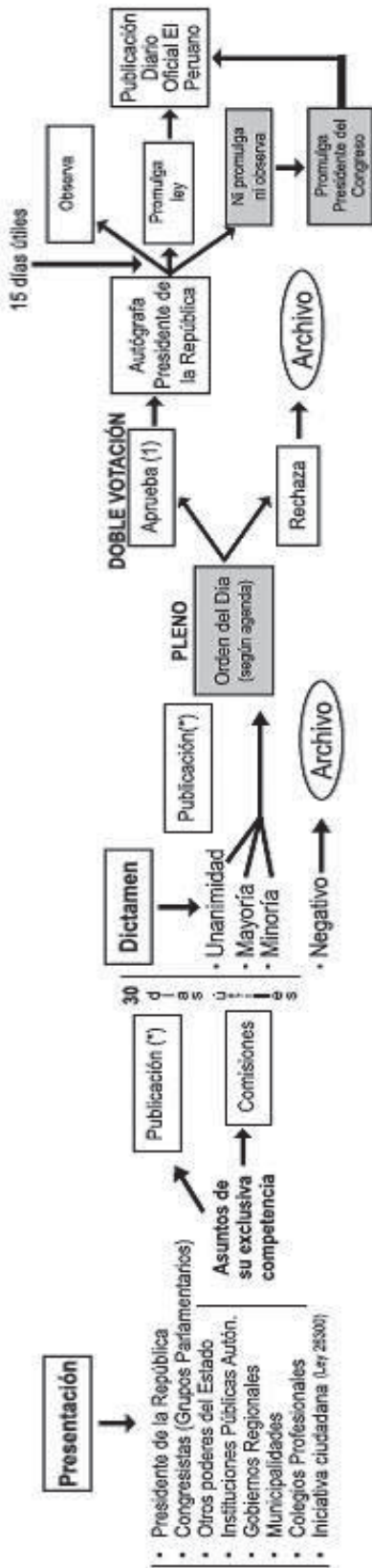
- c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;
- d) Debate en el Pleno;
- e) Aprobación por doble votación; y,
- f) Promulgación.

### 3.3 Procedimiento Legislativo

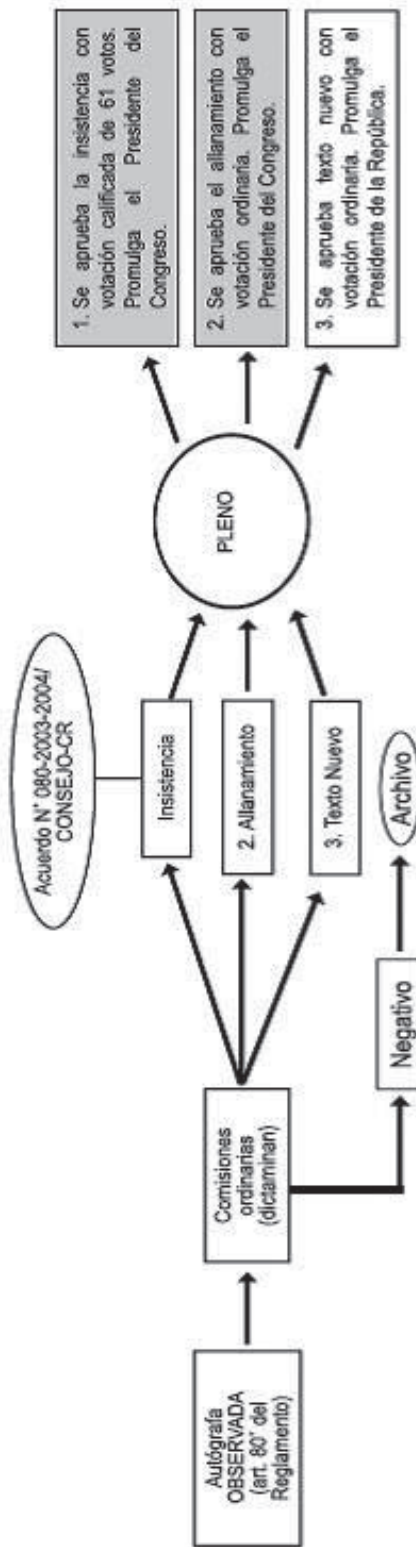
Según lo dispuesto en nuestra Constitución vigente y el Reglamento del Congreso, el procedimiento legislativo se desarrolla de la siguiente manera:



# Procedimiento para aprobar un Proyecto de Ley



## EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA OBSERVA LA AUTÓGRAFA DE LEY



(\*) Publicación que alternativamente puede hacerse en el Portal del Congreso, la Gaceta o el Diario Oficial "El Peruano".

(1) Se requiere de doble votación para leyes orgánicas, modificación de leyes relativas al Título III - Régimen Económico de la Constitución y leyes de desarrollo constitucional.

\*Tomado del Folleto del Taller ¿Cómo se Elabora un Proyecto de Ley? Publicado por el Congreso de la República.



- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución (Ver: Reglamento del Congreso: art. 72 y sgts), se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días.
- Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.
- Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.
- En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.
- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Tratándose de proyectos que tienen como origen la iniciativa legislativa ciudadana, en la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos se establece lo siguiente:

Artículo 13o.-El Congreso dictamina y vota el proyecto en el plazo de 120 días calendarios.

Artículo 14o.- Quienes presentan la iniciativa pueden nombrar a dos representantes para la sustentación y defensa en la o las comisiones dictaminadoras del Congreso y en su caso en el proceso de reconsideración.

Artículo 15o.-Si existiese uno o más proyectos de ley que versen sobre lo mismo que el presentado por la ciudadanía, se procede a la acumulación de éstos, sin que ello signifique que las facultades de los promotores de la Iniciativa o de quien lo represente queden sin efecto.

tades de los promotores de la Iniciativa o de quien lo represente queden sin efecto.

Artículo 16o.- El Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley.

Asimismo cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación.

### Conclusiones.-

La difusión de estos temas es muy importante y los hombres de Derecho estamos obligados a conocer estos temas, pues eventualmente podríamos tener la oportunidad de ser asesores y sin perjuicio de ello como ciudadanos alcanzar nuestras propuestas para mejorar los proyectos que interesan a nuestra nación.

El Perú ha avanzado significativamente a nivel legislativo, pero aun estamos en proceso, sobre todo en lo que se refiere a los procesos participativos a nivel de iniciativa legislativa ciudadana.

Es necesario superar algunas malas prácticas que a nivel del Congreso y fuera de él, atentan contra la calidad legislativa, situación se ve agravada por la falta de una Cámara de Senadores.

La calidad legislativa puede mejorar sustancialmente con una correcta aplicación de la técnica legislativa, sin embargo dicha calidad no depende solo del cumplimiento de las normas y de los procedimientos, sino también del criterio de nuestros congresistas, de su conocimiento de la realidad nacional y un adecuado asesoramiento en temas jurídicos, pues muchas veces el contenido es inconsistente como en el caso del proyecto de unión civil no matrimonial, en que se ha insistido por segunda vez sin haber superado gruesos errores que colisionan con el derecho vigente.





# DERECHO CIVIL





## LOS CONVENIOS DE ACCIONISTAS Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1365 DEL CÓDIGO CIVIL

Luis Miguel Velarde Saffer\*

Daniel Gonzales La Rosa\*\*

*«El Código Civil vigente desde el 14 de Noviembre de 1984 ha trazado un deslinde conceptual entre la Prescripción Extintiva y la Caducidad en virtud del cual considero que no debe ya existir duda en cuanto a que entre ambas instituciones jurídicas sólo existen como elementos comunes el fundamento de orden público y el transcurso del tiempo en los plazos previstos...»*,

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Leyes por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho de Contratos en la PUCP y en la Universidad del Pacífico.

\*\* Asociado del estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados. Abogado por la PUCP y Master en Leyes por la Universidad de Chicago. Este artículo fue originalmente publicado en la edición No. 41 de *Ius et Veritas*, pp. 70-90.

\* Profesor PUCP, Subdirector del Instituto Riva-Agüero

## Los convenios de accionistas y la aplicación del artículo 1365 del Código Civil

### INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos sido testigos de numerosas controversias entre accionistas (o entre éstos y terceros), referidas a la posibilidad de aplicar el artículo 1365° del Código Civil a efectos de resolver convenios societarios.

En ese sentido, en el presente trabajo analizaremos la posibilidad que una de las partes de un convenio societario pueda resolver el mismo, unilateralmente y sin responsabilidad, en base al referido dispositivo civil. Para tal efecto: (i) explicaremos los presupuestos para la aplicación del artículo 1365° del Código Civil y sus fundamentos; (ii) describiremos la naturaleza de los convenios societarios, sus principales características y clasificaciones; y, finalmente, (iii) analizaremos si los convenios entre accionistas pueden ser resueltos en base a la norma civil en comentario.

### I. El orden jurídico y la autonomía privada

El ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto de normas que regulan las conductas sociales, procurando establecer así una convivencia pacífica entre los ciudadanos. Para tal efecto, entre otros, el legislador establece mandatos de obligatorio cumplimiento y correlativamente atribuye derechos cuya observancia podrá ser exigida, creando así relaciones jurídicas. Los deberes y derechos a los que aquí nos referimos así como las hipótesis de hecho que determinan su nacimiento pueden ser de la más variada naturaleza. Piénsese en el deber jurídico general de no causar daño a nadie (*neminem laedere*), en la obligación de indemnizar a un tercero por haberle ocasionado un daño, en los deberes a observar por

los cónyuges durante su relación matrimonial, en los deberes a observar por los hijos frente a sus padres y viceversa durante la vigencia de la patria potestad, etcétera. Estos deberes, obligaciones y derechos, según corresponda, surgen directamente de la ley y tienen como finalidad establecer las bases para una convivencia pacífica.

Ahora bien, así como la ley, existen otras fuentes de las que emanan relaciones jurídicas, entre las que destaca la autonomía privada<sup>1</sup>. La autonomía privada es el poder que la ley confiere los particulares para regular sus intereses dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Tal poder ha sido recogido en los artículos 2, inciso 14 y 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, normas que elevan a rango constitucional la libertad de contratar y la libertad contractual de las personas<sup>2</sup>.

Desde el punto de vista positivo la autonomía privada se ejerce, principalmente, a través de la celebración de contratos, los cuales -para efectos de su validez y eficacia- deben cumplir con los lineamientos y directrices establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.

**Según el artículo 1351 del Código Civil «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial» (sustrayado agregado).**

Es hoy comúnmente admitido que la exigencia de la patrimonialidad encuentra la razón de su existencia en la delimitación del ámbito dentro del cual los particulares pueden ejercer -de manera plena aunque respetando ciertos límites bá-

---

1 DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Civitas, quinta edición, volumen segundo, Madrid, 2002, pp. 131 y siguientes.

2 Básicamente, la libertad de contratar puede definirse como el poder de decidir si se contrata o no y con quién contratamos, mientras que la libertad contractual es el poder de definir los términos y condiciones que regirán en las relaciones contractuales de las que cada quien decida formar parte.

sicos<sup>3</sup>- su autonomía privada. De esta manera, el legislador circunscribe el ámbito dentro del cual los particulares puedan desenvolverse, regulando sus respectivos intereses, así como las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento inexacto de los compromisos asumidos.

Ahora bien, la situación es distinta cuando se ven involucrados bienes de naturaleza extra-patrimonial. En efecto, la ley considera que tales bienes son más delicados que aquellos de naturaleza patrimonial, encontrándose por ello los particulares impedidos de negociar y/o regular sus relaciones respecto de aquellos con la misma libertad con la que pueden hacerlo cuando se trata de bienes de índole patrimonial. Ello explica no sólo que la autonomía privada se vea limitada en tales casos, sino además que -ante la vulneración de algunas de las disposiciones que los regulan (intereses extra-patrimoniales)- las consecuencias puedan ser más severas, mostrándose así una mayor, más eficaz y más intensa tutela por parte del legislador<sup>4</sup>.

La patrimonialidad de una prestación «(...) viene a indicar que, en un determinado ambiente jurídico-social, los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de aquella prestación (...)»<sup>5</sup>. En tal sentido, patrimonial vendría a ser todo aquello que resulta susceptible de apreciación pecuniaria en determinada sociedad o contexto social.

## 2. La obligatoriedad de los contratos

Como se señaló líneas arriba, la autonomía privada es el poder conferido a los particulares para regular sus intereses dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Dicho poder

se ejerce -principalmente- a través de la celebración de contratos, los que sirven para crear, regular, modificar y/o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

Las relaciones jurídicas patrimoniales y las situaciones jurídicas comprendidas en ellas son de variada naturaleza, lo cual responde a la gran diversidad de intereses que se encuentran en juego y que buscan ser realizados en cada contrato. Los contratantes buscan justamente satisfacer tales diversos intereses y/o necesidades a través del contrato celebrado. En términos de DIEZ PICAZO, los contratos «(...) son cauces institucionales de realización de fines y de intereses»<sup>6</sup>.

MESSINEO, aludiendo al rol que cumple el contrato y a los fines que se persigue alcanzar mediante su celebración, ha señalado que «El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades (...) Dichos intereses por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad»<sup>7</sup>.

Con el fin de dotar al instrumento contractual de la impronta jurídica y hacer de él un instrumento eficaz, la ley consagra con particular claridad su fuerza vinculante evitando así que su actuación pueda quedar librada al capricho de los contratantes.

A tal efecto, el artículo 1361 del Código Civil

3 Las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

4 Para un mayor desarrollo sobre la patrimonialidad de la obligación, recomendamos consultar el texto «Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación». En: *Advocatus* 10, editorial Viza, Lima, 2004, p. 180.

5 GIORGIANNI, Michele. *La Obligación*. Traducción de la edición italiana por Evelio Verdera y Tuells. Bosch, casa editorial, Barcelona, 1958, p. 44.

6 DIEZ PICAZO, Luis. *Op. Cit.*, quinta edición, volumen segundo, Madrid, 1996, p. 125.

7 MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-América, Tomo I, 1986, p. 34.

establece claramente que «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos», estableciendo así el deber de los contratantes de respetar y cumplir los términos pactados y las promesas asumidas.

Necesario complemento de esta fuerza vinculante del contrato es el conjunto de remedios y mecanismos de tutela predispuestos como una reacción frente a la violación del compromiso contractual.

En efecto, una rápida revisión del sistema contractual nos permite apreciar, por ejemplo, instituciones como la excepción de incumplimiento, la resolución del contrato, la posibilidad de solicitar el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos a causa del incumplimiento o cumplimiento inexacto de una promesa, entre otros. Estos diversos remedios dan cuenta de los «incentivos» que el legislador otorga a los contratantes para el cumplimiento de sus promesas; visto desde otra perspectiva, dan cuenta del interés del legislador de «sancionar» a aquellos que incumplan los compromisos asumidos.

La intensidad que nuestro legislador ha querido otorgarle al efecto vinculante del contrato se observa claramente en la regulación que ha brindado a las arras de retractación.

Las arras de retractación (conocidas en el derecho español como «*arras penitenciales*») constituyen un medio para que cualquiera de las partes pueda, de forma unilateral, poner fin a la relación contractual que la vincula<sup>8</sup>. Así, mediante la entrega de arras de retractación ambas partes adquieren un derecho potestativo y, a su vez, se encuentran en estado de sujeción una respecto de la otra, de forma tal que cualquiera de ellas - cumplidos determinados requisitos- podrá extinguir el vínculo jurídico que la une. Como ha sido

señalado, la entrega de arras de retractación representa para los contratantes «un medio lícito de desligarse del vínculo obligatorio sin anuencia del otro»<sup>9</sup>.

Ahora bien, nuestro legislador únicamente autoriza a los contratantes a dejar sin efecto -de manera unilateral- el vínculo contractual que los une en los contratos preparatorios<sup>10</sup>, es decir, en el contrato de opción y en el compromiso de contratar. En tal sentido, dicha posibilidad se encuentra terminantemente prohibida en los contratos definitivos.

La limitación antedicha constituye -como hemos dicho- una clara manifestación de la importancia que la obligatoriedad de los contratos reviste en nuestro sistema. En efecto, a pesar de reconocer la autonomía privada de los contratantes y, consiguientemente, su libertad de configuración contractual, el mentado precepto (obligatoriedad de los contratos) es tan relevante que ha llevado a nuestro legislador a limitar imperativamente - en los contratos definitivos- la posibilidad de que los contratantes se otorguen recíprocamente arras de retractación. Tal limitación, como se comprenderá, ha sido impuesta en aras de preservar el vínculo contractual y, por ende, la obligatoriedad de sus preceptos.

Adicionalmente, cabe señalar que la limitación antedicha no se encontraba presente en el Código Civil anterior (1936), constituyendo aquella una importante innovación en el Código Civil actual. En efecto, el artículo 1349 del Código Civil de 1936 disponía de manera general, esto es, tanto para los contratos preparatorios como para los contratos definitivos, que «*Pueden las partes estipular el derecho de retractarse. En este caso, si se retractare la parte que dio las arras, las perderá en provecho del otro contratante; si se retractare el que las recibió, las devolverá dobladas*».

---

8 HERNÁNDEZ GIL, Félix. Las Arras en el Derecho de la Contratación. Universidad de Salamanca, Derecho, Tomo III, No. 2, 1958, p. 61.

9 *Ibidem*, p. 68.

10 Artículo 1480 del Código Civil vigente.- «La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos» (subrayado agregado).



Obsérvese entonces que, a pesar de establecer la misma consecuencia que el Código Civil actual<sup>11</sup>, a saber, que dependiendo de quién se retracte las arras entregadas se perderán o deberán devolverse dobladas, el Código Civil anterior sí permitía establecer las arras de retractación en cualquier contrato. Esta situación manifiesta la especial relevancia que el precepto de la obligatoriedad de los contratos tiene en nuestro actual sistema jurídico.

### 3. Las relaciones contractuales, su carácter temporal y los factores para su clasificación

Por la amplitud del concepto de patrimonialidad, puede apreciarse que los contratantes pueden crear relaciones jurídicas de la más variada índole. Ahora bien, la configuración de tales relaciones jurídicas patrimoniales dependerá -en buena cuenta- de los intereses que las partes persigan mediante la celebración de un contrato.

Así, si por un lado alguien tiene interés en adquirir un inmueble y está dispuesto a sacrificar para ello una cierta suma de dinero, y por el otro lado el propietario de dicho bien requiere dinero y está dispuesto a disponer del inmueble para procurárselo, entonces ambas partes celebrarán un contrato de compraventa y verán satisfechos sus respectivos intereses. Lo mismo ocurrirá en caso alguien tenga interés en alquilar un inmueble y su propietario esté dispuesto a ceder su uso a cambio de determinada renta. También podría ocurrir que 2 o más personas tengan interés en desarrollar un negocio juntas, para lo cual podrían -dependiendo de las características del negocio- optar por celebrar un contrato de asociación en participación, un contrato de consorcio o, en todo caso, asociarse de alguna otra manera que estimen conveniente. Justamente esta es la gran utilidad que reporta el instrumento contractual, materializada en el artículo 1354 del Código Civil, según el cual «Las partes pueden determinar

*libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».*

Ahora bien, sin perjuicio de los diversos intereses que pueden existir, debe quedar claro que las relaciones contractuales son -por naturaleza- relaciones temporales. Ello se explica porque tales relaciones surgen a efectos de cumplir una finalidad determinada. LARENZ, refiriéndose a las relaciones jurídicas obligatorias (las que -como es sabido- son las más comunes en el ámbito patrimonial), ha señalado que «(...) la relación de obligación es, en armonía con su naturaleza, puramente transitoria (...) las relaciones de obligación, por estar encaminadas a un fin determinado, están desde un principio destinadas a extinguirse»<sup>12</sup>.

En la misma línea, aunque aludiendo a los diversos modos de extinción de las relaciones jurídicas obligatorias, BETTI ha afirmado que «Se comprende claramente que al ser, las de obligación, relaciones esencialmente temporales de cooperación entre coasociados se provea por la ley, junto a los supuestos de satisfacción del interés del acreedor (...) otras hipótesis de extinción (...)»<sup>13</sup>.

Lo expuesto permite apreciar que, atendiendo a su naturaleza y a la finalidad que persiguen, las relaciones contractuales son eminentemente temporales. Ello no supone desconocer la existencia de relaciones contractuales de corto, mediano o largo plazo. Por el contrario, se reconoce dicha realidad jurídica aunque ello no desvirtúa su temporalidad. En otros términos, sin perjuicio de la menor o mayor duración de las relaciones contractuales, al momento en que sus fines se cumplan o, en todo caso, se incumplan, tales relaciones decaerán.

Es justamente en atención a la temporalidad de las relaciones contractuales que la doctrina ha clasificado a los contratos tomando como base (i) el

<sup>11</sup> Artículo 1481 del Código Civil vigente.- «Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante. Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho».

<sup>12</sup> LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, Madrid, 1952, pp. 39-40.

<sup>13</sup> BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, tomo II, Madrid, 1970, p. 331.

tiempo; y, (ii) el momento en que resulte exigible la prestación.

En el rubro (i) se suele distinguir a los contratos de ejecución instantánea y a los contratos de duración. Estos últimos agrupan, a su vez, a los contratos de ejecución continuada<sup>14</sup> y a los contratos de ejecución periódica<sup>15</sup>, los que se distinguen atendiendo al número de prestaciones involucradas y a la fluidez con que éstas se ejecutan.

En el rubro (ii) tenemos a los contratos de ejecución inmediata y a los contratos de ejecución diferida, categorías que resultan aplicables tanto a los contratos de ejecución instantánea como a los contratos de duración.

A continuación se muestra un gráfico que permitirá comprender la calificación esbozada con mayor claridad.



#### 4 Los presupuestos para la aplicación del artículo 1365 del Código Civil y su razón de ser

##### • Presupuestos

El artículo 1365 del Código Civil dispone que «En los contratos de ejecución continuada que no

tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de 30 días. Transcurrido el plazo correspondiente, el contrato queda resuelto de pleno derecho».

Para que resulte aplicable el dispositivo transcrito, deberemos encontrar ante un contrato (a) de ejecución «continuada»; y, (b) que carezca de plazo legal o convencional, esto es, que sea a plazo indeterminado.

##### a) Los contratos de duración

En cuanto al requisito descrito en (a), el legislador -al hacer referencia a los contratos de ejecución continuada- ha querido realmente referirse a los contratos de duración<sup>16</sup>, los que -como señalamos en el acápite 3 anterior- incluyen a los contratos de ejecución continuada y a los contratos de ejecución periódica.

##### b) Los contratos de plazo indeterminado

Los contratos de duración indeterminada son aquellos que (i) no tienen plazo legal; ni, (ii) convencional establecido.

En cuanto a (i), existirán casos en que el legislador -por diversas razones- establezca plazos supletorios, los cuales aplicarán ante la ausencia de un plazo pactado por las partes. Dicho supuesto difiere de aquel en que el legislador -también por diversas razones- establezca plazos máximos para determinados contratos. Tal es el caso, por ejemplo, de los contratos de arrendamiento, del contrato de usufructo, etcétera. Es importante distinguir tales casos del que es objeto de análisis. Así, que el legislador establezca un plazo máxi-

<sup>14</sup> Se entiende por contratos de ejecución continuada a aquellos que involucran una única prestación, la que se ejecuta a lo largo del tiempo. Típico ejemplo de esta categoría lo constituyen los contratos de arrendamiento, donde el arrendador se encuentra obligado a ceder el uso de un mismo bien por el período de tiempo convenido.

<sup>15</sup> Los contratos de ejecución periódica son aquellos que involucran diversas prestaciones, las que se ejecutan en varias oportunidades (preestablecidas o intermitentes) a lo largo del tiempo. Típico ejemplo de esta categoría lo constituyen los contratos de suministro.

<sup>16</sup> MURO ROJO, Manuel. Conclusión del Contrato de Plazo Indeterminado. En: El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Lima, Gaceta Jurídica, primera edición, tomo VII, 2004, p. 174.

mo legal no tiene relación alguna con el carácter determinado o indeterminado del plazo de un contrato. Lo primero apunta exclusivamente a establecer un límite a la autonomía privada de los particulares, quienes -al fijar el plazo de su contrato- deberán observar el límite legal impuesto (y, de no hacerlo, se verán igualmente sometidos a él). En tal sentido, los términos máximos establecidos legalmente no operan en sustitución de la voluntad de los particulares, sino únicamente como un límite a su autonomía privada. Resultaría por ello inaceptable que, al no haberse establecido el plazo de vigencia de algún contrato de arrendamiento, se entendiera aplicable el plazo máximo fijado por ley.

Un claro ejemplo de un plazo legal supletorio -y no un plazo legal máximo- se encuentra en el compromiso de contratar, donde -de no existir plazo convencional establecido- se entenderá que este es de 1 año<sup>17</sup>. Como podrá intuirse, son ésta y otras hipótesis semejantes las que cuentan con un «plazo legal».

En cuanto a (ii), atendiendo a que -coherentemente- nuestro sistema jurídico únicamente sanciona con nulidad los actos jurídicos cuyo objeto es indeterminable<sup>18</sup>, los plazos convencionales pueden ser determinados o determinables.

Siguiendo a DE LA PUENTE<sup>19</sup>, sabemos que un contrato tendrá plazo determinado cuando sus términos inicial y final se encuentren establecidos con exactitud o, en todo caso, cuando se haya fijado un plazo específico a contarse desde determinado momento. En cualquiera de los casos anotados la culminación de la vigencia del contrato resulta clara e indubitable.

Por su parte, el plazo de un contrato será determinable cuando su vigencia se encuentre referida

a un evento cierto que permita conocer -de manera fehaciente- cuando ella culminará. En estos casos, al existir un mecanismo para determinar la vigencia del contrato, no se requiere acuerdo de las partes para ponerle fin.

En los 2 casos descritos en los párrafos precedentes (plazos convencionales determinados o determinables), al no ser el plazo del contrato indeterminado, el artículo 1365 del Código Civil no resultará de aplicación.

### • La razón de ser del artículo 1365 del Código Civil

El artículo 1365 del Código Civil tiene como finalidad evitar los «contratos eternos», es decir, aquellos contratos que tendrían una duración perpetua y que no podrían ser resueltos salvo que medie acuerdo de las partes en tal sentido. Es justamente en consideración de dicho interés que el legislador nacional otorga a los contratantes el derecho de resolver unilateralmente los contratos, claro está, siempre que se verifiquen los presupuestos para la aplicación del artículo 1365 del Código Civil, a saber, que nos encontremos ante un contrato de duración que carezca de plazo legal (supletorio) o convencional (determinado o determinable).

Reflexionando sobre la finalidad del artículo materia de comentario, DE LA PUENTE ha señalado que «(...) el propósito que inspira el artículo 1365 es evitar lo que ARIAS SCHREIBER denomina los «contratos eternos», o sea los contratos de duración indeterminada que sólo pueden finalizar por mutuo disenso (decisión común) (...) si una de las partes no accede al mutuo disenso, la relación jurídica creada por el contrato podría obligar perpetuamente, lo cual es injusto (...)»<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Artículo 1416 del Código Civil vigente: «El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año».

<sup>18</sup> «Art. 219.- El acto jurídico es nulo: (...)  
2.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable (...)».

<sup>19</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit., pp. 184-185.

<sup>20</sup> Ibid, tomo II, pp. 414 -415.

El artículo 1365 del Código Civil se aplica exclusivamente a los contratos de duración toda vez que éstos, y no los contratos de ejecución instantánea, incluso si estos fuesen de ejecución diferida, los únicos que podrían -al carecer de plazo- resultar perpetuos.

Como se señaló en el acápite 3 anterior, las relaciones contractuales son -por naturaleza- relaciones temporales. Sin perjuicio de ello, el legislador generalmente permite a los particulares definir libremente el plazo de vigencia de sus respectivos contratos. En tales escenarios, en la medida en que responde al ejercicio de su autonomía privada, el legislador respeta y hace cumplir tales plazos. Por el contrario, en aquellos casos en que los particulares -en el marco de un contrato de duración- no hayan establecido el plazo de vigencia (determinado ni determinable) y no exista un plazo legal supletorio aplicable al contrato en cuestión, el legislador -para evitar la configuración de un «*contrato perpetuo*»- les ha otorgado la potestad resolutoria recogida en el dispositivo materia de comentario.

En efecto, atendiendo (i) al carácter eminentemente temporal de las relaciones contractuales; (ii) a que no ha existido manifestación -de las partes- sobre el plazo por el que desean vincularse ni un plazo legal supletorio que aplique ante la ausencia de dicha manifestación de voluntad; y, (iii) a que -si el artículo 1365 del Código Civil no existiese- ambas partes requerirían necesariamente de un nuevo acuerdo para dejar sin efecto el vínculo contractual que los une, el legislador otorga a ambos contratantes la posibilidad de dejar sin efecto dicha relación contractual de manera unilateral.

De lo expuesto, se aprecia que el artículo 1365 del Código Civil constituye una puerta de salida

para aquellos contratos -de duración- donde no exista certeza sobre el plazo por el que las partes quisieron vincularse jurídicamente.

## 5. Los convenios societarios

### 5.1. La evolución del derecho y los convenios de accionistas

A lo largo del tiempo, como ocurre con todas las instituciones, el Derecho ha ido evolucionando<sup>21</sup>. Dicha evolución se ha debido a diversos factores, tales como (i) la existencia de nuevos recursos y su mayor accesibilidad; (ii) la conveniencia y viabilidad de desarrollar nuevas actividades económicas (i.e., evolución tecnológica); (iii) el surgimiento de la empresa, de los comerciantes y empresarios; entre otros. Esta evolución trajo como consecuencia el surgimiento de nuevas instituciones, las que tenían como finalidad otorgar a las personas los mecanismos que les permitiesen desarrollar tales nuevas actividades y, por consiguiente, alcanzar nuevos objetivos.

En el marco de la evolución antedicha surgen los convenios de accionistas. En efecto, originalmente no se admitían las limitaciones o pactos relativos al ejercicio del derecho de voto dado que implicaban «*un quiebre conceptual con las tradicionales doctrinas jurídicas*»<sup>22</sup>. No obstante, a la fecha, habida cuenta de las exigencias del tráfico comercial y, principalmente, de la existencia de sociedades con accionariado difundido, los convenios de accionistas son algo cotidiano. Ello, por lo demás, ha sido reconocido por el legislador nacional, quien en la actual Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley No. 28667 (en adelante, «LGS»), ha incorporado importante regulación sobre la materia, generando así mayor seguridad jurídica a quienes convienen en celebrar un acuerdo de esta naturaleza<sup>23</sup>.

---

21 El Derecho es una herramienta al servicio del hombre, razón por la que se va adaptando a sus nuevas necesidades. En términos de SALAS «(...) Es que, como siempre, la realidad precede al Derecho y el cambio viene obligado porque la libre voluntad y la imaginación humana así lo requieren superando el anquilosamiento de la norma legal». SALAS SÁNCHEZ, Julio. «Los convenios de acciones en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad». En: *Ius et veritas* No. 36, 2008, p. 64.

22 ROSSELLÓ DE LA PUENTE, Rafael y Fernando OCAMPO VÁSQUEZ. La sindicación de acciones. En: «Tratado de Derecho Mercantil». Lima, Gaceta Jurídica, primera edición, tomo I, 2003, pp. 127-128.

23 ELÍAS LAROZA, Enrique. «Ley General de Sociedades Comentada». Lima, editorial Normas Legales, tomo 264, 1999, pp. 34-38.

## 5.2. Definición y clasificaciones

Los acuerdos entre accionistas han recibido indistintamente denominaciones tan variadas como «sindicato de acciones», «pacto de accionistas», «convenio de accionistas», «contrato entre accionistas», «convención de accionistas», etcétera. Tales diversas denominaciones han sido utilizadas, unas veces caprichosamente y otras veces atendiendo a su distinto contenido y a las diversas relaciones jurídicas que aquellos crean.

Al respecto, la LGS y sus normas asociadas utilizan la acepción «convenio de accionistas» para referirse a cualquier pacto entre accionistas o entre éstos y terceros. En tal sentido, en la realidad jurídica de nuestro país, cualquiera sea el contenido del referido pacto, aquel recibirá la denominación de «convenio de accionistas», por lo que utilizaremos dicho denominación en el presente trabajo -de manera general- para referirnos indistintamente a los sindicatos, convenios y/o contratos señalados en el párrafo anterior.

La doctrina comparada presenta diversas definiciones y clasificaciones de convenios societarios. Así, tenemos que HALPERIN define a dichos convenios como: «una vinculación ocasional o duradera de determinados accionistas entre sí, para seguir en la sociedad una conducta determinada, más corrientemente impedir la enajenación de las acciones e imponer el voto en las asambleas en determinado sentido, con el propósito de mantener a un grupo en el gobierno de la sociedad»<sup>24</sup>, o aquella dada por ZALDÍVAR, quien señala que: «[la] sindicación de acciones o sindicato de accionistas es un acuerdo, contrato, pacto o convenio parasocial, con-

*certado por los accionistas de una sociedad, cuyo fin es influir en la vida y marcha de la misma*<sup>25</sup>.»

De acuerdo con Galgano<sup>26</sup>, «la esencia del contrato parasocial reside en esto: los socios disponen, por contrato separado, de los derechos que se derivan para ellos de la escritura de constitución, comprometiéndose recíprocamente a ejercerlos de modo predeterminado».

Si bien nuestro ordenamiento legal no contiene una definición expresa de lo que debe entenderse por pactos, acuerdos o convenios de accionistas, la doctrina ha desarrollado ampliamente este concepto, definiéndolo como cualquier acuerdo que las partes deseen adoptar para regular el manejo y desenvolvimiento de la sociedad. En ese sentido, el espectro en el que se desenvuelven los pactos, acuerdos o convenios de accionistas es muy amplio<sup>27</sup>, puesto que pueden responder a un sinnúmero de necesidades y situaciones de las partes, en tanto dichas necesidades o situaciones no vulnere el marco legal establecido<sup>28</sup>.

De esta manera, los pactos, acuerdos o convenios de accionistas predeterminan las pautas y lineamientos sobre cómo funcionará la sociedad en todos aquellos aspectos en los que las partes deseen ponerse de acuerdo (ejercicio del derecho de voto, políticas de administración de la empresa, limitaciones a la transferencia de acciones y derechos inherentes a las mismas, entre otros). Por tales motivos, los convenios o pactos de accionistas constituyen hoy una aplicación práctica de la teoría del Buen Gobierno Corporativo, siendo estos acuerdos actualmente reconocidos por la mayoría de Códigos de Buen Gobierno Corporativo<sup>29</sup>.

24 HALPERIN, Isaac, citado por MARTORELL, Ernesto Eduardo. Tratado de los Contratos de Empresa. LexisNexis Depalma 2002, Buenos Aires, p. 145.

25 ZALDÍVAR, ENRIQUE, citado por Muguillo, Roberto. Conflictos Societarios. Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 94-95.

26 Galgano, Francesco. «Derecho Comercial», Ed. Temis. Pág. 253.

27 Al respecto, Elías Laroza ha señalado que los convenios o pactos entre socios tienen una variedad y multiplicidad imposible de resumir. Ver: Elías Laroza, Enrique. «Ley General de Sociedades Comentada». Ed. Normas Legales. p. 34.

28 Abramovich, Daniel. «Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima». En: Ius et Veritas N° 20. Lima. 2000. p. 1.

29 Salas Sánchez, Julio. «Los Convenios de Accionistas en la Ley General de Sociedades y la Autonomía de la Voluntad». En: Ius et Veritas N° 36. Lima. 2008. p. 68.

En ese sentido, la diversidad de pactos y condiciones que pueden contener los convenios societarios, así como la libertad que la mayoría de legislaciones otorga a los particulares al momento de regular los mismos, hace que establecer una clasificación conceptual de dicha categoría jurídica resulte una labora compleja. Sin perjuicio de ello, podemos identificar 2 tipos de clasificaciones que han tenido acogida general en la doctrina societaria, a saber (i) la que clasifica a los convenios societarios en: «sindicatos de voto o mando» y «sindicatos de bloqueo»; y, (ii) otra que clasifica a dichos convenios en «pactos de relación», «pactos de atribución» y «pactos de organización».

En cuanto a la primera clasificación, el sindicato de voto puede ser definido como aquel en el que uno o varios miembros de una sociedad se comprometen entre sí o frente a terceros a ejercitar su derecho de voto de una manera definida previamente, con el fin de llevar a cabo un influjo más o menos estable en la marcha de la agrupación, caracterizándose por *«el deseo de sus miembros de influir de una manera estable y permanente en la vida de la agrupación voluntaria de personas sobre la que aquéllos actúa, no circunscrita a una única y concreta adopción de acuerdos sociales»*<sup>30</sup>.

Por su parte, los «sindicatos de bloqueo» son definidos como: *«aquellos contratos por los que varios miembros de una agrupación voluntaria de personas, ya sean personas físicas o personas jurídicas, se obligan, durante un periodo de tiempo determinado, a no transmitir sus acciones, bien a someter la transmisión de las mismas a determinadas limitaciones, ya a la autorización del sindicato, ya a un derecho de adquisición preferente reconocido a favor del resto de los sindicatos, ya a*

*la exigencia de que el eventual adquirente cumpla con determinados requisitos.»*<sup>31</sup>

Así, tenemos que la finalidad de los sindicatos de bloqueo es impedir o someter a control la entrada de nuevos socios en la sociedad, de manera que los sindicatos de voto sean eficaces. En efecto, si bien la libertad de las partes les permite configurar sindicatos de bloqueo que no estén acompañados de sindicatos de voto, lo cierto es que en la práctica actual empresarial, el sindicato de bloqueo es comúnmente utilizado para asegurar la disciplina establecida por medio de los sindicatos de voto<sup>32</sup>.

De otro lado, en relación a la segunda clasificación antes indicada<sup>33</sup>, tenemos que los pactos de relación se caracterizarían por su neutralidad frente a la sociedad. En ellos prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad. Ejemplos de este tipo de pactos serían aquellos en los que se pactan derechos de adquisición preferente, derechos de venta conjunta, entre otros.

Por su parte, los pactos de atribución corresponden a aquellos que se conciertan con el fin de procurar atribuir ventajas a la propia sociedad, con la correspondiente asunción por parte de sus firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella (préstamos, reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas, etc.).

Por último, los pactos de organización serían aquellos en los que los socios expresan su voluntad de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. El espectro de esta clase de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de normas estatutarias; pactos sobre la composi-

---

30 PÉREZ MORIONES, Aránzazu, citada por ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel. Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima. En: *Ius et Veritas* No. 20, Lima, 2000, p. 151.

31 Ídem.

32 PÉREZ MORIONES, Aranzazú. «Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima». Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. pp 44-45.

33 PAZ ARES, Cándido. «El Enforcement de los Pactos Parasociales». pp. 19-20. En: [http://www.uria.com/esp/actualidad\\_juridica/n5/03Candido.pdf](http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n5/03Candido.pdf).

ción del órgano de administración; pactos sobre la políticas a desarrollar por la compañía, entre otros.

Como podemos apreciar, la infinitud de temas que pueden regularse mediante un convenio societario nos obliga a esbozar una definición tan general y amplia, como el margen con el que cuentan los particulares al momento de regular los convenios societarios de los que son parte. En ese sentido, podemos definir a los convenios societarios como acuerdos celebrados por accionistas o socios de la sociedad entre ellos, o entre ellos y terceros, con el fin de regular los más diversos aspectos referidos a la actuación de las partes en la sociedad del caso en concreto.

Por lo demás, la amplitud de la definición antedicha concuerda con la escasa regulación que -en la legislación nacional- existe sobre la materia (ver acápite 5.5 siguiente), lo cual justamente busca privilegiar la autonomía privada de los contratantes.

### 5.3. Naturaleza jurídica

Sin perjuicio de la amplitud de aspectos que pueden regularse en convenios societarios, somos de la opinión que dichos convenios tienen contenido patrimonial y, por tanto, califican como contratos en sentido técnico-jurídico.

En efecto, piénsese en los sindicatos de bloqueo descritos en la sección precedente. No cabe duda que al establecer dicho tipo de convenios reglas referidas al ejercicio del derecho de propiedad sobre las acciones de sus participantes, tiene claramente contenido patrimonial.

Del mismo modo, no cabe duda que en la actualidad el derecho de voto constituye un objeto de

transacción económica, el cual puede ser sacrificado o limitado por la consecución de un interés que su titular pondere como superior. En dicho escenario, los sindicatos de voto también tendrían contenido patrimonial y, por tanto, serían considerados como contratos por nuestro ordenamiento jurídico.

Al margen de las clasificaciones teóricas de los convenios de accionistas, si se consideran las diversas cuestiones sobre las que aquellos pueden versar (el ejercicio del derecho de voto en una compañía, su gestión y administración, la transferencia de las acciones o participaciones y/o la adquisición de acciones, asunción de obligaciones frente a la sociedad, entre otros<sup>34</sup>), se verá rápidamente que todas ellas versan siempre sobre intereses de índole patrimonial, ratificándose así la conclusión antedicha<sup>35</sup>.

En ese sentido, los convenios de accionistas sí tienen carácter patrimonial y, por ende, al ser «acuerdos entre dos o más partes destinados a crear, regular, modificar y/o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales»<sup>36</sup>, califican en sentido técnico-jurídico como contratos. Decimos ello habida cuenta del carácter amplio y flexible del concepto de patrimonialidad desarrollado en la sección primera del presente trabajo.

En consecuencia, al calificar los convenios de accionistas como contratos, en principio, las normas del Código Civil le son aplicables supletoriamente. Sin embargo, dado que dichos convenios societarios son regulados por una normativa específica (la normativa societaria), las normas del Código Civil deberán aplicarse a dicho tipo de convenios (de ser posible) respetando su naturaleza societaria, así como las características señaladas en la sección siguiente.

34 BEUMONT CALLIRGOS, Ricardo. «Comentarios a la Ley General de Sociedades». Lima, Gaceta Jurídica, segunda edición, pp. 56-59.

35 En la misma línea, Carlos CORNEJO GUERRERO expresa que: «el sindicato de accionistas se acerca más a un acto patrimonial que a uno extra-patrimonial, por cuanto su conformación obedece indubitablemente a intereses de orden económico o, en todo caso, su contenido (la relación jurídica) guarda relación con dichos intereses. «El sindicato de bloqueo de acciones». Cultural Cuzco S.A. Editores Lima 1997. P. 134.

36 Artículo 1351 del Código Civil.

## 5.4. Características

### i) Vocación de permanencia en el tiempo

La doctrina<sup>37</sup> reconoce que los convenios o pactos de accionistas tienen vocación de permanencia en el tiempo, razón por la cual éstos tienen, en la mayoría de casos, una duración prolongada.

En ese sentido, seguimos a Roselló y Ocampo quienes explican que:

*«Resulta evidente, por tanto, que la existencia del referido mecanismo 'complejo y completo' sólo se justifica, en términos prácticos, por cierta tendencia o vocación de permanencia del convenio en el tiempo. Carecería de sentido dotar de una estructura propia y de instrumentos de interacción especiales al convenio, mediante la constitución de un sindicato, si sólo se tratase de un acuerdo cuya ejecución va a agotarse en un momento o en un solo acto.»*<sup>38</sup> (el resaltado es nuestro).

En la misma línea, los autores antes citados señalan que:

*«(...) estos acuerdos [los convenios o pactos de accionistas] cubren aquellas legítimas pretensiones que, de una forma u otra, se dirigen a (...) asegurar el desenvolvimiento de una determinada política de actuación empresarial, velando por la estabilidad y el ordenado funcionamiento de una gestión operativa de la compañía, de aspiración duradera (...).»*<sup>39</sup>(el resaltado es nuestro).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, debemos precisar que la característica señalada en el presente acápite puede ser obviada por los particulares. En efecto, no existe impedimento alguno para que las partes de un convenio para-

societario puedan incluir un plazo determinado de manera que, una vez vencido dicho plazo, el convenio se extinga. Asimismo, las partes pueden incluir un plazo determinable, en función a una finalidad específica, sin que por ello pueda considerarse que el convenio de accionistas es ilegal o ha quedado desnaturalizado.

De esta manera, la «vocación de permanencia» de los convenios de accionistas debe ser entendida como una característica usual en dichos pactos, los cuales al incluir (en la mayoría de casos) determinadas reglas concernientes a la marcha de la sociedad y/o al ámbito de actuación de los particulares respecto de la empresa, tengan la vocación de mantenerse en el tiempo (generalmente por el plazo en el que las partes se mantengan como accionistas de la sociedad o esta última mantenga sus actividades económicas). No obstante, dicha característica no debe entenderse como un límite a la autonomía privada de las partes, las cuales podrán libremente incluir un plazo de vigencia determinado o determinable, a efectos de conseguir de la mejor manera la finalidad común que persiguen al celebrar el mismo.

### ii) Conexidad con el pacto social

Atendiendo al contexto en el que se desenvuelven los convenios de accionistas, así como a las materias que regulan, resulta clara la existencia de una conexión entre dichos acuerdos y el contrato de sociedad. En esa línea se ha señalado que *«(...) No existe contrato parasocial sin un contrato de sociedad al que se refiera»*<sup>40</sup>.

En efecto, siguiendo a MOLINA SANDOVAL podemos afirmar que los pactos de accionistas mantienen una *«conexión' con el contrato social, conexión económica (...) un acto contractual parasocial, que si bien es ajeno al contrato social,*

---

37 Ver Serra Marlot, citado por Salas Sánchez, Julio. Op. Cit. p. 77. Asimismo, ver Elías Laroza. Op. Cit., p. 39.

38 Roselló, Rafael y Fernando Ocampo. Op. Cit. p. 138.

39 Roselló, Rafael y Fernando Ocampo. «La Sindicación de Acciones». En: Tratado de Derecho Mercantil. Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Gaceta Jurídica. Lima. 2003. p. 141-142.

40 ROSSELLÓ DE LA PUENTE, Rafael y Fernando OCAMPO VÁSQUEZ. Op. Cit., p. 131.



es accesorio al mismo y está ligado por una fuerte 'conexidad'.<sup>41</sup>

Para tal efecto, se entiende por contratos conexos a aquellos que se encuentran íntimamente vinculados y, por ende, se influyen recíprocamente de diversas maneras.

Sobre dicho tipo de contratos, la doctrina ha desarrollado el concepto de contratos conexos, dividiéndolos en 2 categorías, a saber: contratos conexos donde existe (i) dependencia mutua o reciprocidad; y, (ii) subordinación unilateral<sup>42</sup>. En efecto, se ha señalado que «Esta conexión entre contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de un principal), recíprocamente (contratos dependientes entre sí por una operación económica)»<sup>43</sup>.

De esta manera, existirá mutua dependencia entre los contratos cuando -a pesar de ser autónomos aunque interdependientes entre sí- ambos constituyan una unidad económica y, por ende, cada uno sea causa necesaria del otro.

Por otro lado, existirá una conexidad subordinada cuando únicamente uno de los contratos dependa del otro. En términos de BORDA «Al estudiar los contratos combinados, hemos visto que a veces hay entre ellos una relación de subordinación. Uno de ellos es principal, es decir, puede existir por sí solo; el otro es accesorio y su existencia no se concibe sin la principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de efectos el accesorio»<sup>44</sup>.

De lo expuesto, puede apreciarse que mientras en la primera clase de conexidad (recíproca) exis-

te mutua dependencia entre los contratos, en la segunda clase (conexidad subordinada) dicha dependencia únicamente es de un contrato respecto del otro.

El carácter subordinado de los convenios de accionistas respecto del contrato de sociedad es evidente. Los primeros tienen sentido y mantendrán su vigencia única y exclusivamente si el segundo, a su vez, lo hace. No cabe la posibilidad de celebrar un convenio de accionistas si no hay sociedad, así como tampoco puede celebrarse un convenio de accionistas por un plazo superior al de vigencia de la sociedad. Culminada la vigencia de la sociedad, necesariamente decaerá el contrato subordinado a ella (convenio de accionistas).

En ese sentido, la existencia del convenio de accionistas es posible, únicamente, de existir un contrato principal de sociedad que lo sostenga y al cual se halle indefectiblemente ligado. Como notas resaltantes de lo anterior podemos señalar, entre otras: (i) la prevalencia de las disposiciones contenidas en el pacto social (el cual incluye el estatuto social) en caso de contradicción con los términos del convenio de accionistas; y, (ii) el que la relación que existe entre el convenio de accionistas y el contrato social es de naturaleza funcional, pues si bien son actos jurídicos independientes, los relaciona un objeto común, cual es la sociedad.

### iii) Carácter para-social

Reconociendo el carácter contractual de los convenios de accionistas, éstos han sido comúnmente denominados por la doctrina como contratos parasocietarios<sup>45</sup>. Se entiende por contratos

41 Ver Molina Sandoval, Carlos, citado por Salas Sánchez, Julio. Op. Cit. p. 86.

42 MESSINEO, Francesco. «Doctrina General del Contrato». Traducción a cargo de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volter. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, tomo I, 1986, pp. 402-403.

43 LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales y contratos conexos. En: «Contratación Contemporánea». Bogotá, editoriales Temis y Palestra, tomo II, 2001, p. 125.

44 BORDA, Guillermo. «Manual de Contratos». Editorial Perrot, Buenos Aires, edición duodécima, tomo V, 1985, pp. 31-32.

45 SALAS SÁNCHEZ, Julio. «Los Convenios de Accionistas en la Ley General de Sociedades y la Autonomía de la Voluntad». En: *Ius et veritas* 37, 2008, p. 70.

parasocietarios a aquellos que tienen como finalidad «(...) regular aspectos determinados de la sociedad o de las relaciones de los socios con ésta, sin formar parte del contrato social»<sup>46</sup>.

En efecto, a través de los contratos parasocietarios, los socios o accionistas de una compañía regulan diversas cuestiones vinculadas a la sociedad que integran y a los derechos y/o deberes que aquella situación les genera, tales como el ejercicio del derecho de voto, el bloqueo de determinadas decisiones, el reparto de utilidades, la designación y funcionamiento de los órganos de gobierno y de la administración de la compañía, entre otros, sin que tales pactos integren propiamente el pacto social de la sociedad.

### 5.5. Legislación aplicable

Los convenios de accionistas se encuentran regulados en diversos artículos de la LGS, que a la letra señalan lo siguiente:

#### «Artículo 8.- Convenios entre socios o entre éstos y terceros

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.

Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron».

#### «Artículo 55.- Contenido del estatuto

(...)

Adicionalmente, el estatuto puede contener:

(...)

b. Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad

(...))»

#### «Artículo 82.- Matrícula de acciones

(...)

En la matrícula se anotan también (...) los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas. (...))».

Por otro lado, en el ámbito registral, el Reglamento del Registro de Sociedades dispone:

#### Artículo 3.- Actos inscribibles

(...)

l) Los convenios societarios entre socios que los obliguen entre sí y para con la sociedad, siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas.

(...)

En línea con lo señalado en las secciones referidas a la definición y naturaleza jurídica de los convenios de accionistas, las disposiciones legales en referencia han sido redactadas por el legislador de manera general, procurando dejar a las partes un amplio marco de libertad que refuerza su autonomía privada y que les permite establecer las normas y reglas que estimen pertinentes para regular sus relaciones al interior de y frente a la sociedad.

En ese sentido, podemos afirmar que precisamente la falta de regulación significa que la intención del legislador ha sido la de abrir por completo, salvo los límites ineludibles a la autonomía privada, la posibilidad de que las partes hagan uso de su libre voluntad<sup>47</sup>.

### 6. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1365 DEL CÓDIGO CIVIL A LOS CONVENIOS DE ACCIONISTAS

Como se señaló en la introducción del presente artículo, existe cierta controversia en la práctica corporativa actual referida a la posibilidad de apli-

---

46 ROSSELLÓ DE LA PUENTE, Rafael y Fernando OCAMPO VÁSQUEZ. Op. Cit., p. 131.

47 Salas Sánchez, Julio. Op. Cit. p. 94.

car el artículo 1365° del Código Civil para resolver convenios de accionistas que no cuenten con un plazo convencional determinado o determinable<sup>48</sup>.

En ese sentido, a efectos de centrar el análisis de la controversia en cuestión y toda vez que no existe un plazo legal supletorio aplicable a los convenios de accionistas, queremos precisar que la discusión sólo tiene sentido en aquellos convenios que no tienen (i) un plazo expresamente pactado; o; (ii) un plazo determinable en función a una finalidad específica perseguida por las partes del mismo.

En efecto, tomando en consideración la primacía de la autonomía privada en materia de convenios societarios, antes de analizar la posibilidad de aplicar el artículo 1365° del Código Civil deberá interpretarse la voluntad de las partes por medio de una lectura conjunta de los términos y condiciones del convenio de accionistas respectivo, así como de las circunstancias concomitantes a su celebración, a efectos de determinar si -ante la carencia de un plazo determinado- el convenio en cuestión cuenta con un plazo determinable.

Piénsese por ejemplo en el caso de un convenio societario en el que las partes hayan acordado que el mismo tendrá un plazo de vigencia de «X» años contados desde su celebración. En tal supuesto, la discusión sobre si el artículo 1365° del Código Civil resulta o no aplicable carece de todo sentido. Del mismo modo, es totalmente improductivo evaluar si el mencionado artículo resulta o no aplicable a un convenio de accionistas en el que las partes hayan acordado que ejercerán su derecho de voto en junta general de accionistas, de manera conjunta y coordinada, a efectos de favorecer el desarrollo de un proyecto determinado hasta su completa ejecución; en este tipo de casos, nadie debería dudar de que el plazo del convenio de accionistas se identifica con el del proyecto en cuestión y, por ende, que el primero se mantendrá vigente hasta que el segundo culmine.

Efectivamente, toda vez que en los citados ejemplos el convenio de accionistas tendría un plazo convencional determinado o determinable, según corresponda, el artículo 1365° del Código Civil no resultará aplicable. Siendo ello así, el análisis sobre la posibilidad de aplicar el artículo 1365 del Código Civil a un convenio de accionistas solo deberá ser realizado en aquellos casos en los que las partes no hayan manifestado expresamente su voluntad sobre la duración del convenio y la misma no pueda ser inferida de los términos y condiciones del convenio y/o de las circunstancias que rodearon su celebración.

Habiendo centrado el objeto de nuestro análisis, corresponde señalar que somos de la opinión que el artículo 1365° no resulta aplicable a los convenios de accionistas que no cuenten con un plazo convencional determinado o determinable por diversas razones, las que desarrollamos a continuación.

#### · **La conexidad existente entre los convenios de accionistas y el contrato de sociedad**

Como señalamos en la sección referida a las características de los convenios de accionistas, éstos mantienen una conexidad subordinada con el contrato de sociedad en el marco de la cual se celebran, de manera que ante la ausencia de acuerdo de los contratantes sobre el plazo (determinado o determinable) de vigencia del convenio de accionistas celebrado, deberá entenderse que el mismo se identifica con el plazo por el cual la sociedad exista legalmente.

En efecto, la naturaleza jurídica de los convenios de accionistas es la de un contrato estrechamente vinculado a un contrato de sociedad (de ahí la conexidad), y no la de un contrato extra-social, como ocurre -por regla general- con los demás contratos que pueda celebrar la sociedad o sus accionistas. Dicha conexidad determina que los convenios de accionistas sean accesorios al contrato de sociedad en el marco del cual se celebran.

---

48 Como señalamos antes, los convenios de accionistas no tienen un plazo legal supletorio en nuestro país.

De esta manera, si se atiende a la importante conexión existente entre los convenios de accionistas y el contrato de sociedad, no se verá razón alguna para concluir que -al no haberse establecido el plazo de vigencia del convenio ni éste poderse inferir de otras circunstancias- los contratantes hayan querido que el mismo difiera del de la Sociedad.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de la diversidad de materias que podrían ser reguladas en un convenio de accionistas, éstas giran normalmente en torno a la situación de los contratantes en la Sociedad, así como a los derechos y deberes que dicha situación les acarrea. Tómese como ejemplo el ejercicio del derecho a voto. Si los accionistas regulan en qué sentido votarán en uno u otro caso, y dicho derecho exclusivamente puede ejercerse en el marco de la Sociedad ¿por qué pensar que ellos quisieron que tal regulación se mantenga vigente por un período inferior a aquel en que dicho derecho (de voto) puede ser ejercido? En otros términos ¿por qué pensar que -tratándose de derechos que podrán ser ejercidos durante toda la vida de la Sociedad- los accionistas quisieron que sus acuerdos respecto de los mismos tengan un plazo inferior? Como señalamos antes, por alguna razón los contratantes podrían haber querido que el plazo de vigencia de su convenio de accionistas no se identifique con el de la sociedad, pero si no lo manifestaron expresamente (plazo determinado) y ello no se desprende de los términos y condiciones del acuerdo en cuestión (plazo determinable), ¿por qué pensar que habrían querido que tal plazo difiera del de la sociedad? Esta misma lógica resulta de aplicación a todas las materias reguladas en un convenio de accionistas.

De esta manera, si se atiende: (i) a la conexidad existente entre el convenio de accionistas y la sociedad en el marco de la cual se celebran; y, (ii) al ámbito y período dentro del cual los derechos y obligaciones derivados de un convenio de accionistas pueden ejercerse y deben cumplirse, deberá necesariamente concluirse que -salvo pacto distinto- el plazo de dicho convenio

societario se identifica con el de la sociedad.

La línea de razonamiento esbozada ha sido recogida por autores como CAAMAÑO, quien -refiriéndose a los convenios de accionistas- ha señalado que «Para cerrar el concepto, tratándose de un contrato accesorio, atípico, informal y de organización, **el tiempo del mismo va a estar dado por el plazo que rija el estatuto social o en su defecto un plazo contractual menor o igual, pero nunca mayor, si no estaríamos desvirtuando las características anteriores y crearíamos un nuevo contrato dentro de este, con cualidades distintas**»<sup>49</sup>. Puede notarse que el referido autor establece como solución prioritaria aquella consistente en identificar el plazo de los convenios de accionistas con el de la sociedad, dejando en un segundo plano -de existir circunstancias que así lo demuestren (i.e., el interés de desarrollar un proyecto específico) o, en todo caso, de existir pacto expreso en tal sentido- la posibilidad de que el plazo de un convenio de accionistas sea inferior al de su respectiva sociedad.

De acuerdo con lo antes expresado, podemos concluir que la relación de conexidad que los convenios de accionistas mantienen con el contrato de sociedad determina que, ante la ausencia de pacto de las partes respecto de la duración del convenio (plazo determinado o determinable), tal plazo necesariamente se identifique con el de la sociedad.

#### · **La diversa naturaleza de los convenios de accionistas**

**El artículo IX del Título Preliminar del Código Civil señala que dicho cuerpo normativo será aplicable -de manera supletoria- a las situaciones y relaciones jurídicas reguladas por otras leyes,** salvo cuando tal aplicación sea incompatible con la naturaleza de dichas situaciones o relaciones jurídicas.

El legislador, consciente del carácter general de las normas del Código Civil, desea que este sirva

---

49 CAAMAÑO, Carlos. Sindicación de Acciones. [En Línea] Revista Electrónica de Derecho Comercial. [Consulta: 04 de agosto de 2010], p.11.

como un mecanismo para suplir los vacíos normativos que puedan identificarse y que involucren situaciones o relaciones jurídicas ajenas al Derecho Civil. No obstante, de manera coherente, el propio legislador ha establecido como límite para dicha aplicación supletoria la diversa naturaleza del ámbito al cual tales normas pretenden ser aplicadas. Dicho límite se manifiesta de una manera bastante nítida en el caso bajo análisis.

Como se indicó anteriormente, una de las principales características de los convenios de accionistas es la estrecha vinculación que mantienen con el contrato de sociedad en el marco del cual se celebran, lo que da cuenta de la conexidad existente entre ambos actos jurídicos. Si se atiende a esta especial característica, y se toman en consideración las ideas esbozadas en el acápite anterior (*i.e.*, que los derechos y obligaciones derivados de un convenio de accionistas pueden ser ejercidos, normalmente, durante toda la vida de la sociedad), deberá necesariamente concluirse que contravendría la naturaleza y racionalidad propia de un convenio de accionistas el que pueda ser resuelto (en cualquier momento) simplemente porque los contratantes no establecieron un plazo determinado o, en todo caso, determinable para dicho acto jurídico. No desarrollaremos de manera más extensa este argumento porque creemos que, con lo señalado en el acápite anterior, el punto queda bastante nítido.

Otra de las características fundamentales de los convenios de accionistas es su «vocación de permanencia». Hemos expresado antes que las materias reguladas por los convenios de accionistas pueden ser de la más variada naturaleza, pero ello no supone obviar que (*i*) tales pactos deberán ser observados -salvo disposición en contrario- durante la vida de la sociedad; y, (*ii*) que carecería de sentido generar toda una estructura de gobierno (como se suele hacer a través de los convenios de accionistas) para que se agote en un solo momento o para que la misma pueda ser terminada por una de las partes de manera unilateral y en cualquier momento. Ambas consideraciones permiten apreciar que los convenios de accionistas tienen sentido y cumplen un rol vital a lo largo del tiempo.

De esta manera, interpretar que ante la ausencia

de un pacto de las partes, el convenio societario podría resolverse unilateralmente por cualquiera de ellas mediante una mera carta notarial remitida con una anticipación de un mes, importaría contravenir los elementos que caracterizan e inspiran la naturaleza de los convenios de accionistas.

En efecto, si siguiéramos esa interpretación, dos personas que acaban de constituir (50/50) una compañía para desarrollar un negocio podrían el día «1» celebrar un convenio de accionistas a efectos de establecer las disposiciones que ambos deberán observar para la buena marcha de su empresa. No obstante ello, por el solo hecho de que tales accionistas no pactaron un plazo expreso para la vigencia de su convenio y no hay una finalidad específica (fuera del desarrollo de las actividades económicas de la sociedad) que se persiga, el día «2» cualquiera de ellos -mediante el envío de una simple carta notarial con 30 días de anticipación- podría poner término al convenio de accionistas celebrado.

En ese mismo sentido, imagínese que dos (2) accionistas que comparten el control de la sociedad (cada uno con un porcentaje del 35% del capital social) celebran un convenio de accionistas en el cual pactan un derecho de adquisición preferente recíproco y que la presidencia del directorio de la sociedad será rotativa por plazos anuales entre las personas designadas cada vez por dichos accionistas. En dicho escenario, si los accionistas guardaron silencio respecto del plazo del convenio y éste no se desprende de sus términos y condiciones, ¿podría interpretarse que una vez vencido el primer periodo de un año en el que uno de los accionistas designó al presidente del directorio, el mismo accionista podría resolver el convenio de accionistas en base al artículo 1365° del Código Civil? Del mismo modo, en caso uno de los accionistas deseara transferir su participación en la sociedad, ¿podría afirmarse que el accionista en cuestión podría remitir una comunicación al otro accionista invocando la aplicación del artículo 1365° y, pasados 30 días, transferir sus acciones a cualquier tercero sin respetar el derecho de preferencia pactado?

Consideramos que interpretaciones como las anteriores no sólo contradicen la naturaleza y características de los convenios de accionistas, sino

la misma voluntad implícita de las partes. En efecto, en los ejemplos anteriores, podríamos afirmar -sin temor a equivocarnos- que ninguno de los accionistas hubiese celebrado el respectivo convenio de accionistas si hubiese conocido de antemano que su contraparte podría resolver el mismo mediante una comunicación notarial enviada con 30 días de anticipación.

De esta manera, se puede apreciar que el artículo 1365° del Código Civil está pensado para instituciones distintas de los convenios de accionistas. Dicho dispositivo busca evitar los denominados «contratos perpetuos», es decir, aquellos contratos que tendrían una duración permanente si las partes -de común acuerdo- no deciden ponerle fin. Es justamente dicha finalidad (evitar la perpetuidad) la que -por obvias razones- resulta incompatible con la «vocación de permanencia» propia de los convenios de accionistas (la que, por lo demás, se ve aun más acentuada por la conexidad contractual existente entre los convenios de accionistas y el contrato de sociedad en el marco del cual se celebran).

En este orden de ideas, creemos que el artículo 1365° del Código Civil no puede ser aplicado a los convenios de accionistas debido a la incompatibilidad (latente) existente entre ambas instituciones; en otros términos, creemos que el mentado dispositivo no puede aplicarse a los convenios de accionistas dado que resulta incompatible con su naturaleza.

Por otro lado, es importante indicar que una interpretación sistemática de las disposiciones relativas a Contratos contenidas en el Código Civil permite apreciar que el sistema está diseñado para preservar el vínculo contractual antes que facilitar y/o propiciar su rompimiento sin causa justa. Ello se aprecia con bastante nitidez de la regulación de las arras de retractación, tema que comentamos en el acápite 2 precedente. Igualmente, se aprecia también en la regulación que el Código Civil ha dado para la resolución contractual, cuya utilización supone el cumplimiento de variados requisitos, tales como (i) que quien invoca la resolución actúe de buena fe y se encuentre al día en el cumplimiento

de sus obligaciones; (ii) que el incumplimiento invocado sea esencial; entre otros.

Lo expuesto permite válidamente afirmar que el artículo 1365° del Código Civil es un artículo que podríamos denominar «de excepción», en tanto constituye una excepción a la obligatoriedad de los contratos. Ello es importante porque, a pesar de que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil<sup>50</sup> únicamente prohíbe -de manera expresa- la analogía, la doctrina ha sido unánime al señalar que dicho dispositivo también prohíbe la interpretación extensiva de las normas que establezcan excepciones o restrinjan derechos, lo que constituye un argumento adicional -aunque indirecto- para reafirmar la inaplicabilidad del artículo 1365° del Código Civil a los convenios de accionistas.

En consecuencia, el artículo 1365° del Código Civil no es una norma aislada que deba interpretarse en solitario, sino que forma parte de un sistema que propugna abiertamente una posición favorable al principio de conservación del vínculo contractual. Si a ello añadimos los fundamentos desarrollados respecto de las características específicas de los convenios de accionistas (conexidad con el pacto social y vocación de permanencia), podemos concluir que los convenios de accionistas mantienen una naturaleza distinta de los «*contratos de ejecución continuada*» referidos en el artículo 1365° del Código Civil, lo cual impide su aplicación supletoria a aquellos pactos de accionistas que no cuenten con un plazo determinado o determinable.

No quisiéramos terminar sin antes precisar que lo expresado en el presente trabajo no deberá interpretarse como una limitación a la autonomía privada de las partes contratantes, de manera que éstas podrán libremente pactar que su convenio pueda ser resuelto por la decisión unilateral de cualquiera de ellas mediante una comunicación remitida con cierta anticipación. Sin embargo, en dicho caso, la terminación unilateral del convenio procederá del pacto de los particulares y no de la aplicación supletoria del artículo 1365° del Código Civil.

---

50 «Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

## SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Javier Rolando Peralta Andía \*

*«...cómo se ha comprobado en muchos casos,(...) la decisión del último juez no es siempre la más justa, ni la más conforme con el derecho.*

*Esto plantea el desideratum entre mantener la vigencia de una sentencia fruto del error o de la prevaricación del juez, o prolongar la incertidumbre en las relaciones jurídicas y patrimoniales, sin límite de tiempo, hasta alcanzar una sentencia justa».*

\* Fiscal Provincial Titular de Familia. Magister en Derecho Civil y Comercial. Doctor en Derecho. Catedrático de la Universidad Privada de Tacna

## Sobre la responsabilidad civil del abogado

### SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.- 1. EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA: 1.1 El abogado. 1.2 Ejercicio profesional. 1.3 Formas de organización. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO: 2.1 Conceptualización. 2.2 Elementos de la responsabilidad del abogado. 2.3 Modelos resarcitorios del daño. 3. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD: 3.1 Responsabilidad contractual. 3.2 Responsabilidad extracontractual. 3.3 Responsabilidad del abogado por error en el proceso.- CONCLUSIONES.

### INTRODUCCIÓN

Dentro de una concepción todavía clásica de la profesión, en el ejercicio profesional de la abogacía la dicotomía consiste en «ganar» o «perder» un proceso y, si se llegara a perder el caso, desde la perspectiva del cliente y la concepción más actualizada del Derecho, existe responsabilidad profesional para el abogado. ¿Se trata de una responsabilidad contractual, extracontractual o de ambas a la vez? ¿El cliente perdedor puede exigir al letrado el pago de una indemnización? Entonces, el objeto de este artículo es saber en qué tipo de responsabilidad incurren los abogados cuando pierden un proceso judicial y cómo se afronta dicha responsabilidad.

Los abogados como cualquier otro profesional están sometidos al imperio de la ley, a la responsabilidad civil y, desde luego, para responder también por los daños que pudiera ocasionar a su cliente, dada su falta de profesionalismo o pericia en el tratamiento de un determinado caso o por la posible actuación culposa o dolosa en el manejo del caso. Creo entonces que el momento actual es propicio para abordar esta problemática de la responsabilidad civil del abogado, no sólo porque los justiciables que han perdido su proceso ya lo vienen advirtiendo, sino también por en otros casos ya se han planteado demandas de esta naturaleza.

### 1. EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

**1.1 El Abogado.-** Esta palabra proviene del término latino *advocatus*, «llamado en auxilio», viene a ser aquella persona que ejerce profesionalmente la defensa jurídica de una de las partes en juicio, así como los procesos judiciales y administrativos ocasionados por ellas. Genéricamente, se puede definir al abogado como una: «persona con título profesional habilitado conforme a la legislación de cada país, que ejerce el Derecho, en asistencia de terceras personas, siendo un auxiliar activo e indispensable en la administración de la Justicia de un país».

Así también, está en capacidad de ofrecer asesoría y consejos en el plano legal, en áreas como el derecho civil, mercantil, laboral, penal, constitucional, administrativo o de otra índole, por citar algunos ejemplos. Debe hacerse notar que el desempeño de esta carrera implica, en buena parte de los países del mundo, no sólo capacidad y profesionalismo, sino también sentido ético-social, por eso es requisito que el profesional cuente con una autorización otorgada por el Estado o que esté asociado al gremio que los agrupa, como es el caso de la adscripción al Colegio de Abogados correspondiente.

Es más, el abogado es el profesional cuyo objetivo fundamental es colaborar en la defensa del valor de la justicia; cuenta con una sólida formación teórica y está altamente capacitado para el diseño jurídico de los más variados emprendimientos locales, nacionales e internacionales. Interviene en la solución de conflictos judiciales y extrajudiciales, en la defensa libre, la asesoría privada o pública, el Ministerio Público, la magistratura, la enseñanza y la investigación entre otros.

**1.2 Ejercicio profesional.-** El abogado desempeña una misión esencial en una sociedad fundada en el respeto a la justicia. Su misión no se



limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la Ley. En un estado de derecho, el abogado debe servir a los intereses de la justicia, así como proclamar y defender los derechos y libertades. El abogado como profesional prototipo, se caracteriza por su orientación hacia el ideal de servicio, que antepone los intereses del cliente y de la sociedad a los suyos propios y por su sujeción a los principios deontológicos.

El abogado es también un elemento esencial para la consecución de la justicia y, al igual que el Juez, es un ministro del templo de la justicia. La excelsa función social que desempeña el abogado le impone la sujeción a una serie de exigencias éticas que van más allá de las impuestas a los demás ciudadanos sujetos a la ley, tales como: dignidad, integridad, independencia, desinterés, diligencia, secreto profesional, etc. Estas exigencias quedan reflejadas en el juramento que prestan los abogados en cada país teniendo en cuenta el carácter semipúblico de las mismas, están sujetos a múltiples deberes y la vulneración de éstos puede dar lugar incluso a sanciones penales, civiles y disciplinarias.

**1.3 Formas de organización.-** Generalizando, podría decirse que las formas de organización que los abogados se han dado son básicamente tres. En primer lugar, la forma más usada es la de los abogados que ejercen solos o en pequeños grupos. En segundo lugar, aun cuando es una fórmula que se bate en retirada, está la de las comunidades de techo, donde básicamente los abogados comparten la propiedad de un inmueble o contribuyen comunitariamente a los gastos generales y cada uno lleva sus propios clientes. En tercer lugar, los estudios de abogados más grandes, que en la actualidad bordean los 4000 abogados, siendo verdaderas empresas transnacionales. La mayor parte de los mega estudios (más de 1000 abogados) tienen su origen en los Estados Unidos o en el Reino Unido.

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

**2.1 Conceptualización.-** La 'responsabilidad' es una noción en virtud del cual se atribuye a una persona, en este caso a un abogado, el deber de

asumir las consecuencias de un evento dañoso por lo que queda obligado a resarcir a la víctima de los daños y perjuicios.

Se puede definir la responsabilidad civil, afirmando que ella consiste en reparar, por medio de una indemnización pecuniaria, el daño que se ha causado a otros, de manera que ser civilmente responsable significa «estar obligado a reparar por medio de una indemnización, un perjuicio sufrido por otras personas». A ello cabe agregar que la obligación de reparar nace, cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente, pues los individuos están sometidos a un ordenamiento jurídico, con el doble alcance de observar el deber de cumplir las normas o de atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento, que consiste en este caso, en la indemnización de daños y perjuicios.

La doctrina y el derecho comparado de los últimos tiempos sobre la responsabilidad civil han sido muy fecundos, lo que se explica no solo por el surgimiento de los tipos y sistemas siguientes: Subjetiva y objetiva, directa e indirecta, principal y subsidiaria, contractual y extracontractual, así como las responsabilidades especiales: «responsabilidad civil de los médicos», «la responsabilidad civil de los arquitectos», «la responsabilidad civil de los aseguradores», «la responsabilidad de los fabricantes», «la responsabilidad del Estado», «la responsabilidad civil por daños causados en la realización de trasplantes», «la responsabilidad civil del abogado» y «los nuevos perfiles de la responsabilidad del abogado» entre otras.

**2.2 Elementos de la responsabilidad civil del Abogado.-** En la actualidad sólo se mencionan cuatro elementos, a saber: la antijuricidad, la dañosidad, el factor de atribución y la causalidad. La responsabilidad profesional del abogado requiere de la concurrencia de los mismos elementos tanto para responsabilidad contractual como extracontractual, desde la perspectiva de la teoría de la unificación de la responsabilidad civil.

Antijuricidad.- Viene a ser un elemento importante de la responsabilidad que consiste en una conducta o un acto contrario al derecho. Así,

esa antijuricidad a la que se había definido como el obrar contrario a derecho, no guarda diferencias sustanciales con aquella en la que puede incurrir un abogado. No obstante, sabemos que los profesionales en general poseen ciertas reglas que competen exclusivamente al fuero al que ellos pertenecen, por lo que no es erróneo decir que esta antijuricidad también se verá engendrada en el hecho de que éstos violen algún principio propio de su actividad.

No puede dejarse pasar por alto la existencia de deberes que hacen a la esencia de la abogacía, entre los cuales sería necesario resaltar los siguientes: el de patrocinio y defensa del cliente, obrando con lealtad, buena fe y probidad, lo cual lo obliga entre otras cosas a no abandonar intempestivamente los juicios, a no patrocinar simultáneamente a ambos litigantes en un mismo juicio, etc. En definitiva, éstas son pautas que solamente el profesional puede contrariar, ya que de hacerlo cualquier otra persona que no se incluya en la categoría de referencia, mínimos serán los efectos que tal incumplimiento cause. Esta antijuricidad puede ser enervada por las llamadas causales de justificación, las que en el campo que se está tratando sí posee ciertas particularidades, especialmente en lo que hace al consentimiento del damnificado.

**Dañosidad.**- El daño es la consecuencia de una situación de incumplimiento que afecta en este caso patrimonial y/o extrapatrimonialmente al cliente. Obvio es, que para que este daño adquiera la calidad de reparable debe reunir requisitos mínimos: el menoscabo de un interés propio o intereses colectivos; la certeza y la subsistencia del mismo. Este es un aspecto peculiar de la responsabilidad del Abogado, ya que si bien la frustración de un negocio jurídico debido a un deficiente asesoramiento atribuible a aquél, o la pérdida de un juicio por omisiones o errores que le sean imputables, configuran un daño cierto; la indemnización, sin embargo, no puede consistir en el importe de la operación no concretada o en el monto de la suma reclamada, en la demanda desestimada, por ser éstos resultados que de todas maneras dependían igualmente de otras circunstancias ajenas al profesional, y no se podrá conocer nunca si en otras condiciones el negocio se hubiera o no concluido.

Se menciona precisamente como ejemplo clásico de la pérdida de una «oportunidad», el caso del abogado o procurador que dejan prosperar un juicio, o no interponen los recursos pertinentes contra una sentencia adversa, agregando que sin duda el resultado de un pleito es siempre incierto, pero que en la concurrencia de factores pasados, futuros y necesarios, hay indiscutiblemente una consecuencia actual y cierta, y es que a raíz del acto imputable se ha perdido una «ocasión», oportunidad o probabilidad, por la que debe reconocerse el derecho a exigir una reparación.

**Factor de atribución.**- El compromiso del abogado es una responsabilidad por hecho propio, razón por la cual el factor de imputación habrá de ser, en principio, subjetivo: la imputabilidad por culpa o dolo del agente del daño. Sin embargo, en ello ha de influir preponderantemente el contenido de la prestación a cargo del letrado, ya que lo que acabamos de exponer vale exclusivamente para las obligaciones llamadas «de medios», en tanto que en las obligaciones de «resultado», conforme a lo ya anticipado, el factor de atribución deviene objetivo. Empero, en la responsabilidad profesional lo más corriente es que el obrar generador de la misma sea generalmente culposa, por lo que centraremos este estudio en la responsabilidad por culpa.

Por un lado, la responsabilidad por culpa del abogado es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella le impone y requiere, por lo tanto, para su configuración, se da los mismos elementos comunes de cualquier responsabilidad civil; pero para determinar el contenido de la prestación asumida por el abogado frente a su cliente, se hace necesario diferenciar la actuación que él mismo puede cumplir como letrado patrocinante o como abogado consultor o patrocinante, o como defensor en un proceso determinado. Esto deberá hacerse tomando en cuenta la clasificación de obligaciones de «medios» o de «resultados». Por otro lado, responsabilidad por dolo del abogado, aunque es menos probable que la anterior, también puede darse este tipo de responsabilidad cuando el abogado da consejos dolosos e ilícitos a su cliente y que pueden derivar en perjuicios para terceros.

**Causalidad.**- Siguiendo entonces con el tratamiento de cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, se hace hincapié en la relación causal adecuada siempre desde la óptica de la actuación del abogado. En este caso, se acepta que la prueba de la existencia de la relación causal entre la conducta y el daño queda a cargo del damnificado; pero que ello por excepción no es así en las llamadas «presunciones de causalidad», en las que es en cambio el sindicado como responsable, quien para poder eludir su responsabilidad, debe demostrar la inexistencia del vínculo causal, o sea, que el hecho provino de otra causa; ajena a su respecto: un caso fortuito, el hecho de un tercero extraño, o el comportamiento de la propia víctima. Lo cual importa en definitiva reconocer que si en tales supuestos no existe responsabilidad lo es porque no hay relación entre el hecho y el daño.

**2.3 Modelos resarcitorios del daño.**- La indemnización persigue el resarcimiento económico de quien sufrió un daño, consiste desde luego en la reparación de la víctima. El término tiene un sentido de resarcimiento o reparación pecuniaria o material por un daño o perjuicio sufrido, no obstante se utilizan indistintamente los conceptos de indemnización, reparación y resarcimiento. La finalidad que se propone la indemnización es colocar a la víctima dentro de lo que humanamente es posible, en la misma situación que tendría de no haber ocurrido el daño.

Existen dos tipos de modelos: a) El resarcimiento dinerario o por equivalente, que consiste en la compensación económica de la víctima, con razón se afirma que «el binomio patrimonial-resarcimiento por equivalente mantiene el rol del modelo normativo y sistemático óptimo» b) Resarcimiento en forma específica o *in natura* a través de la reconstitución, en línea de principio, de la situación material anterior a la producción del daño, como la publicación de una sentencia condenatoria.

Los modelos resarcitorios no son excluyentes. «Si la reparación *in natura* compensa sólo una parte del daño, la víctima tiene derecho al equivalente monetario residual»

### 3. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

**3.1 Responsabilidad contractual.**- Algunos autores estiman que la relación entablada entre el abogado y el cliente es de índole contractual, no existe consenso acerca de cuál es el tipo de contrato que vincula a los mismos, existiendo al respecto varias opiniones que pasamos a considerar.

**Teoría del Mandato.**- Se ha considerado que la relación jurídica entre el abogado y su cliente es la de un contrato de mandato; opinión que ha sido receptada en algunos fallos, cuando al primero le ha sido otorgado un poder para que ejerza en adelante su representación en juicio. Pero esto ha sido descartado en la actualidad, sobre todo por el hecho de que no quedan dudas de que el servicio que presta el profesional debe ser y es remunerado.

**Locación de Servicios.**- Buena parte de la doctrina entiende que en este tipo de relaciones existe una locación de servicios, con la única particularidad de que el trabajo que se brinda es de índole intelectual y no material. Esta es una postura que cuenta con muchas adhesiones en los autores, e incluso Carlos Ghersi en su obra aclara que según su opinión este contrato será una locación de servicios y en ocasiones muy particulares podría llegar a ser una locación de obra, figura contractual que trataremos de inmediato.

**Locación de obra.**- Para otros se trataría de un contrato de obra intelectual, porque el abogado promete la ejecución de un contrato mediante un precio calculado de acuerdo a la importancia del mismo, sin que exista ninguna relación de dependencia entre él como «locador de obra» y su cliente como «comitente». A esta postura la mayor objeción que se le formula es la de que «un abogado no pacta una obra en sus resultados». Sin embargo, un autor de gran prestigio como es Spota, a pesar de estas críticas, es partícipe de esta argumentación soslayada por la presente posición que se está tratando y afirma lo siguiente: «El abogado puede prometer la defensa de su patrocinado en un juicio o en varios, con esto no quiere decir que se garantiza el resultado»; sin embargo creemos que es posible concluir el resultado de una obra.

**Contrato atípico.**- Para otros, el contrato que

vincula al profesional con su cliente no es de trabajo, locación de obra, de servicios, ni de mandato, sino que en verdad estamos en presencia de un contrato atípico, al cual no se le puede aplicar con propiedad ninguna de aquellas denominaciones clásicas. Y así lo entendieron distintos fallos jurisprudenciales, por ejemplo: «La relación entre el Letrado patrocinante y su patrocinado, asesor o consultor y su cliente, entraña un contrato atípico no subsumible en los moldes tradicionales, de modo que deben apartarse los esquemas del contrato de trabajo, la locación de obra o de servicios o el mandato».

**Contrato multiforme.**- La doctrina hoy mayoritaria, a la que se suma Trigo Represas, interpreta que la prestación de servicios profesionales asume a veces el carácter de locación de servicios, otras la de locación de obra, e incluso en otras oportunidades, la del mandato. Por lo que se ha dado en sostener que dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto, y por ende sería un contrato multiforme o variable.

La responsabilidad contractual supone ciertas condiciones, a saber: existencia de un contrato, violación de una obligación prometida por el deudor del hecho del contrato. Quien reclama por violación contractual debe probar esas condiciones previas y quedará sujeto al régimen de prueba, de la prescripción, de la reparación, Artículo 1321° del Código Civil.

**3.2 Responsabilidad extracontractual.**- Llamada también «*aquiliana*» es la que se origina sin necesidad de una relación obligatoria contractual. Fernando de Trazegnies refiere que es una institución eminentemente civil que persigue no la sanción del causante del daño, sino la reparación de la víctima, busca que ésta no se encuentre desamparada, su preocupación central no está en el culpable ni en la falta, sino en la víctima y el daño. Por su parte, Taboada Córdova, expresa, que cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria de naturaleza contractual, sino simplemente del deber jurídico o genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

Se trata de una responsabilidad originada fuera de un contrato donde un Abogado causa un daño a una persona que puede ser su cliente, por lo cual, tiene la obligación de reparar o resarcir a la víctima el daño causado. Luego, los sujetos que intervienen en este tipo de responsabilidad son: a) La víctima o el perjudicado, es aquél que sufre un daño o desmedro ya en su persona o en su patrimonio que podría ser su patrocinado o cliente, que reclama el resarcimiento al Abogado que lo patrocina o asesora por el daño que le ha causado. b) El responsable, esto es, la persona del abogado que causa el daño, sea con dolo o con culpa en contra de la víctima. Por tanto, queda obligado a pagar un determinado monto para resarcir el daño que ocasiona, por consiguiente, el aspecto central de la responsabilidad extracontractual es la reparación del daño causado.

El Artículo 1969° del Código Civil, preceptúa que «Aquel que por culpa o dolo causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo». Así, la responsabilidad *aquiliana* es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño sufrido por la víctima o sus herederos, es decir, cuando un cliente o patrocinado ha sufrido un daño causado por el abogado sin justificación el derecho quiere que los aspectos materiales de ese daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica hacia el profesional que lo patrocinó. Sin duda, esta responsabilidad se pretende implantarla con una legislación adecuada, aunque ya se aplica con el numeral mencionado.

**3.3 La responsabilidad del abogado por error en el proceso.**- La Responsabilidad Civil del Abogado por error en el proceso tiende a ser objetiva, a estimarse en todo caso, ante cualquier situación que pueda entenderse como conducta impropia.

Al abogado se le impone el deber y la obligación de la diligencia profesional. El cumplimiento del encargo del cliente supone que haya utilizado con pericia todos sus conocimientos en los procesos, vías, instancias y trámites que se hayan sustanciado hasta la completa resolución del proceso. Otra cosa será la resolución final de ese encargo. Si la resolución última viene de otro órgano, difícilmente se le podrá exigir responsabilidad al abogado en relación al sentido final de esa resolución.

ción. Eso sí, habrá que llegar a esa resolución con el procedimiento más adecuado posible, el que sea más acorde con el cumplimiento perfecto del contrato, y tras la aplicación por parte del abogado de los correctos argumentos de hecho y fundamentos de derecho.

Si se produce el error, el siguiente paso consistirá en la concreción del daño, en la identificación de esa lesión patrimonial en la persona del cliente que motiva la responsabilidad del abogado y el deber de indemnización. La jurisprudencia se divide en dos posturas. La primera, que ha acuñado un concepto que impide el paso directo a la valoración del daño como el causado por el éxito del proceso que trae causa. Se trata del concepto de la oportunidad procesal perdida; es decir, esta jurisprudencia en España tan sólo imputa al abogado negligente la pérdida de la oportunidad de satisfacción de los intereses de su cliente. En resumen, no le imputa la pérdida de los intereses en litigio sino que su cliente no pueda discutirlos ni reclamarlos judicialmente y, una segunda, que se aproxima al daño material causado por el error en el proceso.

La segunda postura jurisprudencial es la que admite incursiones en los conceptos intelectuales de prosperabilidad de la acción principal. Se tiende, pues, a un concepto cada vez más cercano a la culpa objetiva, al daño directo o material, y a que todo daño debe indemnizarse. La consolidación de la aplicación del daño directo o daño material se produce en la sentencia.

## CONCLUSIONES

1ra. La falta de preparación del abogado, su inexperiencia, su desatención o su dolo pueden generar a su cliente daños y perjuicios al verse condenado en un litigio cuando en justicia y legalidad le debía corresponder el éxito judicial o triunfo.

2da. Un perfil configurativo de la responsabilidad profesional del abogado es obviamente, tomarla desde la óptica de la responsabilidad civil en general, con el estudio de los temas vinculados a la responsabilidad civil del abogado, sea de naturaleza contractual o extracontractual y sin

desatender las particularidades que esta función posee en la sociedad de nuestros tiempos.

3ra La tendencia hacia la responsabilidad objetiva y ante toda lesión patrimonial alegada es cada vez más acuciante en la responsabilidad del abogado. La protección al cliente es también cada vez mayor, tanto que se ha producido *de facto* la conversión de la carga de la prueba. El cliente sólo debe probar el daño (con la sentencia del proceso) para provocar que tengan que ser los abogados los que acrediten su cumplimiento diligente.

4ta. Nuestro colectivo debe entender que la responsabilidad civil del abogado por error en el proceso tiende a ser objetiva y de naturaleza contractual, y la distribución de competencias y responsabilidades seguirá la misma evolución que ha tenido la responsabilidad por vicios constructivos o la responsabilidad civil de los médicos.

## BIBLIOGRAFÍA

1. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de de la UPT.
2. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 202.
3. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La evaporación de la responsabilidad profesional. En Revista del Magíster en Derecho Civil. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997.
4. CASEAUX TRIGO, Represas. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo 2. Edición 1977.
5. GHERSI, Carlos A. Responsabilidad Civil del Abogado.
6. LLAMBÍAS, Jorge J. Código Civil anotado. Tomo II-B, Edición 1984.
7. SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Tomo V. Edición: 1979.
8. TRIGO REPRESAS, Félix A. Responsabilidad Civil del Abogado. Edición 1996.
9. <http://lawiuris.wordpress.com/2008/03/07/la-responsabilidad-civil-del-abogado/>  
10. [http://www.tuabogadodefensor.com/01ecd193df140f315/Responsab\\_profesionales/Respon\\_Aboga.html](http://www.tuabogadodefensor.com/01ecd193df140f315/Responsab_profesionales/Respon_Aboga.html)





# DERECHO TUTELAR







## El Derecho del Trabajo en Alemania un modelo laboral lleno de avatares en una reforma laborativa que se asienta e implanta con fuerza, seriedad, eficiencia y eficacia en toda la Unión Europea

Jorge Luis Mayor Sanchez

*«...resulta insoslayable en el ámbito de la capacidad de intervención como auxiliar de la administración de justicia, que la policía científica tiene una tarea no solo incompleta sino lo que es más grave, no iniciada en términos cualitativos».*

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca - España  
Docente de Derecho del Trabajo de la Academia de la Magistratura del Perú  
Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo - Lima Este  
Email: jorgel.mayors@pucp.pe

## El Derecho del Trabajo en Alemania un modelo laboral lleno de avatares en una reforma laborativa que se asienta e implanta con fuerza, seriedad, eficiencia y eficacia en toda la Unión Europea

### SUMARIO.

I. Consideraciones previas. II. El Sistema flexible del mercado de trabajo. III. Las suspensiones temporales y la reducción de jornada son algunas herramientas para evitar los posibles despidos en Alemania. IV. Alemania exhibe fortaleza laboral y vende un modelo difícilmente aplicable en España. V. Formación dual y bajo desempleo. VI. Gauck avala la formación dual. VII. Alemania rezuma empleo. VIII. Alemania también tuvo un paro como el de España. IX. Vales de formación. X. Duras sanciones. XI. Sistema de desempleo. XII. Seguimiento de la empleabilidad. XIII. Un milagro alemán sin despidos. XIV. Reducción de jornada. XV. Austeridad fiscal. XVI. Flexibilidad, negociación colectiva en las empresas, fomento del trabajo a tiempo parcial y la formación profesional con prácticas, claves del modelo laboral germano. XVII. Flexibilidad a la alemana. XVIII. El convenio de empresa manda. XIX. El Trabajo a tiempo parcial y por horas. XX. Los Minijobs. XXI. Temporalidad, pero solo juvenil, XXII. Formación profesional dual. XXIII. El secreto del bajo desempleo juvenil en Austria está en la inmersión laboral con 15 años. XXIV. «Guerras de ofertas» entre empresas. XXV. Plazas garantizadas. XXVI. Implantar el modelo en otros países. XXVII. El contrato de aprendizaje en Europa: cuando el sueldo va en función de la edad. XXVIII. El reto del modelo dual alemán. XXIX. Francia, un contrato para todos. XXX. Reino Unido: cobran más los mayores. XXXI. Italia, polémica. XXXII. Holanda, cambios por la crisis. XXXIII. El empleo a tiempo parcial, y no los «minijobs», principal motor del mercado laboral alemán. XXXIV. La patronal propone un nuevo contrato para jóvenes para dinamizar el mercado laboral. XXXV. Conclusiones.

### I. Consideraciones previas.

Tanto a nivel empresarial como sindical bajo el patrocinio y auspicio del propio gobierno alemán se ha ido generando un sistema de flexibilidad laboral y de contratación de trabajo efectivo con la finalidad de frenar la destrucción de empleo en tiempos de crisis que golpea con fuerza a toda la Unión Europea y a toda Alemania.

Pero toda Europa y el mundo se pregunta: ¿En qué consiste? ¿Qué es el «modelo laboral alemán»? Este modelo salió a la palestra y a la luz del marco normativo de las relaciones laborales con un único objetivo al que aspira el mercado de trabajo alemán, y aunque Alemania mantendrá el desempleo en unas cifras que podrían bordear alrededor del 7,7% en octubre del presente año en que su economía caerá a una cifra preocupante de algo de alrededor de más de un 6% según las cifras oficiales.

Y es que los datos de la reforma laboral alemana avalan la eficacia del sistema laboral del gigante germano, dado que Alemania, en el mismo año en que su economía caerá más de un 6% por el desplome del comercio mundial (es uno de los países más exportadores del mundo), **está consiguiendo mantener el desempleo en unas cifras del 7,7% para octubre del 2014**. En los últimos cuatro meses, el número de desempleados ha caído de forma consecutiva, llegando hasta las 118.000 personas en el pasado mes de octubre del 2013 (son poco más de 3,2 millones, menos que en España con una población el doble de grande). Y todo ello en el año del mayor declive de su economía en décadas.

## II. El Sistema flexible del mercado de trabajo.

La flexibilidad es la clave del sistema laboral alemán. Cuando por ejemplo una fábrica de cualquier sector o rubro debe reducir su producción por una caída en la demanda, se permite la posibilidad de suspender temporalmente los empleos excedentes, dejando así que los trabajadores mantengan su puesto en espera de una recuperación progresiva del mercado. Lo que podría entenderse como una especie de Expediente de Regulación de Empleo Temporal, aunque su tramitación es mucho más ágil ya que no requieren tantos trámites administrativos. Con la suspensión temporal de empleo al estilo alemán, la empresa llega en su momento a pagar el 10% del salario y la administración, es decir, el Estado el resto. Los trabajadores tienen que hacer, por su parte, cursos de reciclaje para adaptar sus capacidades y mejorar acorde a los niveles y a las exigencias del mercado laboral alemán y los estándares extranjeros, algo que en muchos países de la Unión Europea no está teniendo hasta ahora mucho éxito en los cuales a los trabajadores desempleados se les procede a brindar cursos de formación por los que cobran cierta cantidad mínima de euros o en algunos casos no cobran nada durante los períodos de outplacement laboral.

## III. Las suspensiones temporales y la reducción de jornada son algunas herramientas para evitar los posibles despidos en Alemania.

La reducción de jornada, es la otra gran fórmula para evitar el despido masivo de trabajadores en contextos de crisis económica. En Alemania se habían acogido progresivamente a él y en el último lustro un millón y medio de trabajadores a esta novedosa fórmula, reduciendo su jornada y su sueldo en la proporción de un tercio. Mucho mejor que el «todo o nada» al que nos tiene acostumbrados el mercado laboral en la parte sur de Europa: trabajadores que cumplen ocho horas de jornada diaria con una muy alta productividad y una serie de tareas que podrían resolverse en menos tiempo y empresas rentables que optan por evitar o reducir los despidos teniendo como posibilidad la factibilidad de negociar acuerdos intermedios.

Por último, la indexación de los salarios a la productividad y no a la inflación es otro de los secretos del mercado laboral alemán y, en general, de todo el norte de Europa.

## IV. Alemania exhibe fortaleza laboral y vende un modelo difícilmente aplicable en España.

La clave de su fortaleza es la «formación dual», instalada desde hace siglos en Alemania, y que combina la formación profesional con las prácticas en empresas de todos los jóvenes que conforman e integran la nueva masa de fuerza laboral cada año.

No busca cómo exportar esta formación dual, ya que sabe que no es trasladable tal cual, sino que en su momento se trata de ver cómo es posible implementarla en otros países del mundo.

## V. Formación dual y bajo desempleo.

El equipo de la actual de gobierno de la actual canciller alemana Ángela Merkel suele exhibir entre sus grandes logros la **reducción de las altas cifras de desempleados**, que ha pasado del récord histórico de casi cinco millones que tenía Alemania a principios de 2005, año en que llegó al poder la canciller, hasta los actuales 2,8 millones en que realmente descendió.

Parte de ese éxito se atribuye a la Agenda 2010 o reformas estructurales de su antecesor, el canciller socialdemócrata Gerhard Schröder, y el reverso de la medalla es la precarización del mercado laboral —ocho millones de personas trabajan actualmente en Alemania percibiendo sueldos mínimos—.

Pero, por encima de aspectos coyunturales o menos positivos se da por mayoritariamente aceptado que la clave de la buena salud laboral germana es el **sistema de formación dual**, que combina la formación profesional con las prácticas activas en todas las empresas.

Es una fórmula «**anclada en el tejido empresarial y laboral alemán** desde hace siglos», tal como en su momento lo señalara el secretario ejecutivo de la Asociación de Cámaras de Co-

mercio e Industria Alemana (DIHK), Achim Derck, al analizar el gozo y la salud de la economía laboral alemana.

La formación dual no es trasladable o exportable sin un tejido industrial parecido al alemán. El sistema se aplica en prácticamente **todos los sectores de la formación profesional**, desde los grandes consorcios de la automoción y la metalurgia pasando a la pequeña empresa, comercio e incluso incursionando en la pedagogía escolar, hasta un total de 350 especializaciones. **No tiene «fecha de nacimiento» conocida**, explicaba en su momento Dercks, sino que es una tradición secular del pueblo alemán que sitúa el aprendizaje práctico en centros de trabajo y se considera que se consolidó como parte inherente del sistema laboral alemán a principios del siglo XX.

**No es trasladable o exportable, tal cual, a otros países** como España, Portugal o Grecia, ya que, carecen de un tejido industrial parecido al alemán, ni tampoco a Italia, más desarrollada en ese sentido, pero cuyo modelo tendría reparos en ser inmediatamente aceptado.

Alemania, como potencia exportadora, **no pretende «exportar»** tal cual esa experiencia, como hace con los electrodomésticos, automóviles o tecnología 'Made in Germany', sino ver cómo implementarla en las realidades económicas, laborales y sociales de sus socios comerciales.

Son una serie de **iniciativas bilaterales** en conjunto con sus socios europeos, redobladas ante un repunte del desempleo juvenil que castiga de forma desigual a la zona euro -del 62% de Grecia o el 56% de España al otro extremo como es el 7,5% de la fuerza laboral juvenil de Alemania-.

En política laboral son **medidas puntuales**, en medio de la advertencia de que no puede esperarse de Alemania que dé empleo a todos los jóvenes europeos, por encima de las alertas de los expertos a la elite de la Unión Europea del polvorín social que eso implicaría a corto plazo en la economía de la eurozona para empezar.

#### VI. Gauck avala la formación dual.

El presidente de Alemania, Joachim Gauck, ha

aconsejado también a los países del sur de Europa a adoptar sistemas parecidos a la fórmula de formación dual alemana. Gauck ha expresado su comprensión hacia las protestas contra el desempleo juvenil en Europa y ha manifestado que no le gustaría ver a sus nietos en la misma posición por ejemplo de los jóvenes españoles, del sur y de los de la cuenca del mar mediterráneo europeo sin trabajo. «Tengo nietos de esa edad y cuando pienso que podrían encontrarse en esa **situación sin perspectivas**, como muchos jóvenes en toda Europa es para afligirse». Además, Gauck apremia, a los países de la Unión Europea a **invertir en capacitación profesional** para lograr mejoras en las perspectivas de los jóvenes a corto plazo.

#### VII. Alemania rezuma empleo.

Otros **82.000 parados menos en Alemania para el mes de febrero 2014**, es el dato más destacable del informe oficial publicado por la Oficina Federal de Empleo de Nürnberg y que abunda en el goteo de datos récord de empleo que el país lleva registrando en los últimos dos años. El número de desempleados queda en 3,028 millones y **la tasa de paro desciende en un 0,2% hasta el 7,2%** actual. En marzo de 2011, la tasa era del 7,6%.

«La actual fase de debilidad coyuntural no ha dejado prácticamente huella en el mercado laboral alemán. El desempleo ha bajado ante la incipiente animación primaveral», ha explicado en su momento Frank-Jürgen Weise, presidente de la Agencia Federal de Empleo, antes de que la ministra de Trabajo, Ursula van der Leyen, ofreciera la versión del gobierno federal. Añadió que **«el empleo y el trabajo que cotiza en las cajas de la seguridad social sigue en alza** y confirmando que la demanda de mano de obra continúa siendo elevada».

Sorprende especialmente el reluciente dato de **desempleo juvenil que se sitúa cómodamente ahora por debajo del 5%** en el nivel más inferior de la comparación con el conjunto de toda la Unión Europea. La cuota de jóvenes de menos de 25 años trabajando aumentará a demás en los próximos meses, según las proyecciones del Instituto de Estudios Económicos –

IEE- porque alrededor del 25% de los 293.000 jóvenes sin trabajo afirman tener perspectivas de ser contratados a corto plazo, en su mayoría, inmediatamente después de terminar sus estudios. Esta demanda inmediata afecta principalmente a **ingenieros, médicos y sobre todo a informáticos**. Según este mismo Instituto, el advenimiento de la computación en nube, que se estima generará 15 millones de empleos en Europa de aquí al 2020, 800.000 directamente vinculados a la nube, impactará como un ciclón en el mercado laboral alemán, ávido de miles de programadores.

### VIII. Alemania también tuvo un paro como el de España.

En su momento el ex canciller Gerhard Schröder emprendió una férrea política laboral que puso en manos de los desempleados las armas para que buscaran empleo flexibilizó el mercado laboral para aumentar la productividad.

Alemania no siempre ha sido la economía que es hoy. Como España y el resto de los países de Europa occidental ha tenido momentos de bonanza y de escasez, épocas de crecimiento, pero también caídas del PIB, desempleo, desconfianza de los mercados internacionales y desplome del sector de la construcción, motor económico durante años también en ese país. Y como España también Alemania fue durante unos años, cincuenta y sesenta, receptor de mano de obra por su crecimiento y generosos salarios. Pero también, como en España, todo se derrumbó por una sobreenvenida crisis.

Alemania consiguió pasar en diez años de una economía débil, la «enferma de Europa» como llegó a llamarse, para pasar a ser el motor de Europa. Pero antes el socialista Gerhard Schröder tuvo que tomar medidas muy impopulares en su entorno político que no fueron valoradas hasta muchos años después por el electorado alemán. Flexibilizar el mercado laboral fue su receta para aumentar la productividad.

¿Qué situación económica tuvo que afrontar el canciller socialista? ¿Qué medidas puso en marcha? ¿Cuáles fueron sus efectos? En los años noventa del pasado siglo XX, con la reunificación

alemana entre el Este y el Oeste, el crecimiento alemán frenó en seco. En menos de diez años, la República Democrática Alemana pasó de pleno empleo a tener un 19,5% de paro. ¿La causa? Los altos salarios reales, que combinados con un descenso de la productividad provocaron altos costos laborales. De ahí a la caída del potente sector constructor medió un paso. «Pero para Alemania la reunificación también supuso un reto: incorporar a más de 10 millones de alemanes y no bajar la calidad de vida de sus habitantes, lo que implicó gasto y déficit», según explica un informe elaborado por la cátedra de Relaciones Laborales del IESE.

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de Norteamérica, toda Europa se sumió en un retroceso en la producción y el país germano no fue una excepción. **El desempleo se situó en su momento en un 7,7%**, y las perspectivas del entonces canciller Schröder de ser reelegido, disminuían a la vez que el malestar general aumentaba. Después de casi dos décadas de estancamiento laboral, Alemania necesitaba un cambio legislativo. Una comisión presidida Peter Hartz comenzó a diseñar las reformas laborales que años más tarde llevarían a Alemania a los puestos de mayor competitividad de Europa.

De la **Comisión Hartz** surgieron cuatro leyes laborales. Entre las primeras medidas que se acometieron fue: 1) Una profunda reforma del servicio público de empleo para descongestionarlo como también lo estaba haciendo España. Así, se diseñó un nuevo sistema de gestión y control. 2) En 2007 **se redujo la cuantía de las prestaciones por desempleo**. 3) También se crearon centros de atención al cliente y un mercado laboral virtual con una base de datos para realizar los procesos más rutinarios y comunes; los casos especiales los realizaban los funcionarios. 4) El resultado fue más eficacia y un proceso de intermediación más corto para el desempleado. IX. Vales de formación.

El Gobierno alemán puso en marcha una **ambiciosa política laboral**, de la que años más tarde recogería sus frutos. En la formación permanente estuvo gran parte del secreto del bajo desempleo que luego vendría y azotaría a toda Euro-

pa. Se pusieron en marcha subvenciones de formación profesional permanente; los desempleados recibieron vales con los que dirigirse a empresas en las cuales recibían dicha formación y a cambio estas empresas se beneficiaban de deducciones fiscales.

Como ahora se ha hecho en el sur de Europa, **se favoreció con subvenciones el autoempleo, una de las medidas más populares.** La ayuda equivalía a la última prestación por desempleo percibida y a un importe equivalente a las cuotas a la Seguridad Social durante un máximo de tres años, todo con el objetivo de ayudar a crear empresas. ¿Qué ocurrió? Las personas que habían percibido la subvención, mantenían su trabajo durante 28 meses, periodo superior al de los que no habían percibido dicha ayuda.

También se puso en marcha el denominado **talón de intermediación.** Permitió al desempleado elegir una o varias agencias privadas de colocación y encomendarles su intermediación laboral. El talón estaba valorado en 2.000 euros. **La mitad de esta cantidad se pagaba al iniciar la relación laboral,** sujeta a cotización a la Seguridad Social, y la otra mitad solo se percibía si la relación laboral acababa con éxito (contrato por más de seis meses). Esta medida restó trabajo a las agencias estatales y un más rápido acceso al mercado de los desempleados.

#### X. Duras sanciones.

Al mismo tiempo que se adoptaron todas estas medidas **se endurecieron las sanciones.** Se llegó a la suspensión temporal del pago de la prestación por rechazar una oferta laboral, lo que se tradujo en una oleada de recursos y demandas. Pero la medida se tradujo en la reducción del fraude en el cobro de prestaciones.

También se puso en marcha **la Agencia de Servicios de Personal** encargada de contratar a desempleados de forma temporal con la finalidad de cederlos después a otras empresas para así conseguir una contratación a largo plazo. En el tiempo en el que los desempleados acudían a esta Agencia, contaban con actividades formativas constantes; **sus contratos no pueden durar me-**

**nos de 6 meses y no aparecen en las listas de desempleados.** Los más beneficiados fueron los jóvenes aunque, en general, no tuvo muy buena acogida porque se consideró que el acceso al mercado de trabajo se atrasaba considerablemente.

Pero los jóvenes no fueron el único objetivo de las medidas, también los mayores de 55 años. Para ellos se aprobaron **bonificación en las cotizaciones para las empresas que los contrataban.**

#### XI. Sistema de desempleo.

**¿Y el seguro de paro alemán? Está basado en el principio de solidaridad,** los trabajadores que cotizan pagan las cuotas de desempleo de los que se han quedado sin trabajo. En la actualidad en el sistema alemán hay dos clases de prestaciones: a) contributivas (Arbeitslosengeld) y b) asistenciales (Arbeitslosengeld). Este último entró en vigor el 1 de enero de 2005 y con él se obligó al desempleado a aceptar ofertas de empleo sí o sí.

Estas ayudas son gestionadas por la **Agencia Federal de Empleo,** los municipios y las entidades privadas colaboradoras y se conceden a los mayores de 15 años y a los menores de 65 que estén capacitados para la realización de un trabajo, tengan necesidad económica y su residencia habitual en Alemania sí o sí sin argumento o excusa alguna.

**Los desempleados no podrán rechazar ningún trabajo,** con la única excepción de que su salud se lo impida o sus deberes familiares no lo hagan compatible (cuidar a sus hijos o familiares que requieran cuidados especiales). Además, si la persona tiene menos de 25 años, se le ofrece o un puesto de aprendizaje, o un trabajo temporal o un empleo.

#### XII. Seguimiento de la empleabilidad.

Para saber si la situación de necesidad de la persona requiere de este tipo de prestación se examinan minuciosamente varios factores. Los ingresos, las cuotas de la Seguridad Social, gastos de desplazamiento, bienes, capital. Y todo ello

conlleva **un trabajo de seguimiento y asesoramiento por parte de la Agencia de Empleo**.

Estas agencias realizan contratos de inserción laboral por periodos de seis meses con los beneficiarios, que llevan aparejados la asignación de un asesor de empleo individual, que es el que determina las prestaciones que corresponden a cada persona, y establece un diagnóstico de la situación del trabajador y sus posibilidades (acuden a su casa y examinan las condiciones de vida). Todo esto no se lleva de forma individual por las **Agencias de Empleo**, sino que existe una colaboración con municipios, sindicatos y organizaciones benéficas, elaborando un exhaustivo control de investigación para evitar fraudes sociales y laborales.

### XIII. Un milagro alemán sin despidos.

La solución de Alemania para acabar con el paro: salarios de 400 euros. En el año 2003, Alemania creó la figura de los «mini jobs» y redujo sus tasas de desempleo drásticamente

Como resultado de ello una persona con un «mini empleo» solo tendrá derecho a una pensión básica de 139,95 euros tras 45 años trabajados.

En 2003, **Gerhard Schroeder**, por entonces Canciller, encontró la fórmula mágica para terminar con el mal del desempleo alemán. Si el problema era que había muchos alemanes para pocos puestos de trabajo, la solución estaba muy clara: había que trocear esos empleos y repartirlos entre los que no tenían trabajo alguno.

**Los «mini jobs» eran trabajos a tiempo parcial** por los que se percibían salarios bajos, **400 euros como máximo**. El empleado **no pagaría impuestos** y abonaría las **cotizaciones sociales** de forma voluntaria.

La idea provocó una lluvia de críticas. Algunos lo calificaron como «el mayor cambio en el sistema de bienestar social desde la Segunda Guerra Mundial». La Organización Internacional del Trabajo (OIT) llegó más lejos, considerando la política alemana de competitividad salarial, como la **«causa estructural» de la crisis en la zona euro**.

Pero lo cierto es que la medida obtuvo resultados. Y **la prensa empezó a hacerse eco del «milagro alemán»**. A partir de 2005, **el desempleo comenzó a caer**, acercándose a niveles previos a la reunificación alemana. Hoy, la tasa de desempleo alemana es una de las más bajas de toda Europa.

Según un informe que recogió en su momento «France Press», las reformas de Schroeder tuvieron como efecto **«reducir los ingresos más bajos, especialmente en los servicios**, donde aparecieron nuevos empleos de baja remuneración». Pero, al mismo tiempo, **«se hizo poco para mejorar la competitividad** a través de una progresión de la productividad».

Pero el resultado es que **uno de cada cinco empleos en Alemania es hoy un «mini job»**. Para casi siete millones de trabajadores alemanes este es su principal empleo y su única fuente de ingresos. Mientras en España, la última Encuesta de Población Activa (EPA), marcó un nuevo récord en la tasa de desempleo, con un **24,6%** en el segundo trimestre del año.

**El Banco Central Europeo propuso a España** por ejemplo la implantación de esta categoría laboral en muchas ocasiones, pero el Gobierno español se ha negado en su momento.

En el caso de España (que se toma de ejemplo y de referencia muchas veces en el Perú) la ministra de Empleo, **Fátima Báñez**, ha confesado, que «no está pensando en la posibilidad» de implantar los llamados «mini jobs» porque entiende que «en este momento no encajan con la realidad del mercado laboral español». Según dijo, **el Gobierno «prefiere apostar por otras figuras»**, como el contrato a tiempo parcial, el teletrabajo o la formación dual (que una persona reciba formación al mismo tiempo que trabaja). En respuesta, el comisario de Competencia de la Comisión Europea, **Joaquín Almunia**, lanzó una pregunta al aire: **«¿Qué es mejor, tener un trabajo mediocre o no tenerlo?»**. La misma pregunta podría lanzarse a los españoles en desempleo o a cualquier ciudadano europeo de a pie: ¿Qué es mejor?

Las personas que trabajen bajo este régimen tie-

nen los mismos derechos que los demás trabajadores, baja por maternidad, baja por enfermedad, vacaciones y a los mismos plazos de preaviso para ser despedidos. Sin embargo, la pensión que quedaría para un trabajador dentro de esta categoría, en el caso de cobrar el máximo de 400 euros mensuales, o lo que es lo mismo, menos de 3 euros por año trabajado aunque parezca increíble.

Millones de mujeres alemanas (las más afectadas por la precariedad), están condenadas a la pobreza cuando alcanzan la edad de jubilación, según investigaciones realizadas por el rotativo alemán «Süddeutsche Zeitung». Ahora en su país cuentan con un saludable 6,7% de desempleo; el milagro alemán. Pero dentro de 45 años, cuando se jubilen, solo tendrán derecho a una pensión básica de 140 euros. Al fin y al cabo, **empleos a trozos, por los que se reciben derechos a pedazos.**

Alemania ha reformado su economía y en el año 2013 ha logrado el mayor crecimiento y el menor paro en 20 años.

Hasta hace poco había inclinación a darle lecciones a Alemania, políticas al margen: que su chequera ya no es lo que fue, que su estado del bienestar la hacía el enfermo de Europa, que si ahora exportaba demasiado, o que sus ciudadanos no gastaban nada. Y encima la austeridad y los recortes ahogarían la frágil recuperación, de ellos y del resto de los socios.

Hace unos años España debía superar a Alemania en el PBI per cápita, según el ministro Miguel Sebastián de ese entonces; y a Francia de largo. Ahora en España se preguntan cómo lo ha hecho —de bien— Alemania y, en ésta, cómo lo ha podido hacer —de mal— España. Y cómo puede vivir España con más de un 27% de desempleo y qué está haciendo por formar y reinsertar a lo más valioso de una economía: su fuerza laboral. Alemania ha pasado por la crisis sin apenas un despido y creando empleo. Las empresas saben que, pese a un ciclo bajo, gran parte de su reputación mundial estriba en el nivel de sus trabajadores, algo en lo que coincide la Confederación de Cámaras de industria y los sindicatos: «no podemos permitirnos echarlos y, cuando esto

pase, empezar con otros desde cero».

#### XIV. Reducción de jornada.

La ayuda pública para la reducción de jornada y el reciclaje profesional han alcanzado a 1,5 millones de empleados, resultando determinante para evitar despidos y a la vez mantener la preciada formación y productividad de sus trabajadores. Así han anotado el menor desempleo de los últimos 20 años y, con más empleados satisfechos, aumenta ahora incluso el anquilosado consumo interno.

En el ciclo bajo, empresarios y trabajadores asumieron una moderación de sueldos hasta tiempos mejores, se concordó sin mucha sangre una reforma de pensiones que elevó la jubilación a los 67 años y, por primera vez, se encajaron recortes en el célebre estado del bienestar, sanidad y seguridad social. Rebajando el peso de la unidad laboral, del seguro de desempleo eterno y de un ineficaz y costoso sistema de oficinas del desempleo, el mercado laboral se dinamizó hasta crear en cinco años dos millones de empleos.

El tono ha cambiado ante Alemania tras verla cerrar 2013 con el mayor crecimiento (3,6%) y el menor desempleo (6,8%) de los últimos 20 años. El balance económico sugiere a los expertos que el país realizó reformas lo suficientemente profundas, pertrechándola mejor para la inmediata crisis: por primera vez, el crecimiento se desenganchaba del empleo, la contracción en la demanda en sí no creaba desempleo.

Pese a un euro flaqueante, la bolsa y el índice selecto DAX ha tenido un año de máximos desde la crisis. Y los institutos económicos confirman que la confianza del consumidor y la demanda interna ha empezado a despegar también poco a poco (+0,2%).

#### XV. Austeridad fiscal.

Además, Alemania ha enmarcado en su propia Constitución, a la vista de todos, el mandato de la austeridad fiscal, lo que ha dado confianza a inversores y elevado la formación de capitales. Por contra, no han caído en crecimientos basados en el endeudamiento y el consumo, evitando



las burbujas inmobiliarias o la economía del ladrillo de otros. Ello y el auge exportador le ha hecho acumular enormes superávits (15.000 millones en 2013), aun a costa de anegar de bajos créditos y entrapar a los vecinos más consumidores llevando a algunos de sus bancos a peligrosas sobreexposiciones, especialmente al mercado norteamericano, irlandés, español y hasta el griego.

A la clásica apuesta por la austeridad y la estabilidad, Alemania inyectó un espíritu reformista sin igual, mérito en absoluto sólo de la canciller Ángela Merkel sino también del partido socialdemócrata, que la respaldó en la anterior legislatura y que, ya en plena recesión de 2003-04, implantó unas duras reformas que costaron la vida política al anterior canciller Schröder.

La valiente «Agenda 2010» fue aprobada cuando también en España el «boom» apuntaba ya a un fin del ciclo de crecimiento económico. Pero mientras el gobierno español persistía en hacer caja, los seis años siguientes, con el declinante modelo, Alemania había transformado una economía, famosa por su encorsetamiento regulador y burocracia sindical y lastrada por los mayores costos del mundo por la «unidad laboral», convirtiéndola en innovadora y competitiva. Apoyados por la inestimable estabilidad del euro — frente a lo que diga la prensa nacionalista— y forzados por la radical austeridad del estado y el consumidor, las empresas hicieron la maleta para buscar mercados en toda Europa, Asia y América, donde se han hecho fuertes.

Pero el plan económico del gobierno cuenta con que, pese al ajuste salarial, las empresas alemanas no podrán competir en sueldos; así que lo hacen en prestigio y formación de sus empleados, algo que una empresa no logra despidiendo y contratando de nuevo. Superado el ciclo, los sueldos de unos trabajadores, ahora mejor formados y más satisfechos, subirán este año entre un 2,8 y un 3%, según estimaciones. «Y tienen derecho a ello».

Alemania es hoy la cuarta economía del mundo pero, cuando la canciller persiste en prepararse para el futuro, es porque, como muestra el estudio para 2050 de Pricewaterhouse Coopers

(PwC) volverá ser superada. Ya lo fue hace dos años, cuando China la desplazó del tercer puesto en el podio mundial. Y quedan graves problemas por abordar, como el gran endeudamiento estatal, el cambio demográfico y el estado de sus bancos. Según el informe *The World in 2050*, Alemania caerá en los próximos 40 años al puesto octavo entre las grandes economías —España lo hará del 12 al 18— ante la acometida de las siete nuevas potencias emergentes.

#### **XVI. Flexibilidad, negociación colectiva en las empresas, fomento del trabajo a tiempo parcial y la formación profesional con prácticas, claves del modelo laboral germano.**

La ministra española de Empleo, **Fátima Báñez**, mantuvo en su oportunidad un encuentro con su homóloga alemana, **Ursula von der Leyen**, en el que se firmó un memorando de entendimiento para reforzar los mercados de trabajo de ambos países y **promover el empleo juvenil**. Los datos estadísticos parecen validar al sistema alemán como un modelo a seguir por los países europeos más castigados por el azote del desempleo. Según las últimas cifras publicadas por la **Oficina Federal de Empleo de Alemania**, la tasa de desempleo del país germano en abril del 2013 fue del **6,9% de la población activa** (desde hace varios meses, permanece a niveles no registrados en los últimos veinte años), lo que se traduce en **apenas 2,94 millones de desempleados**. En España, y a pesar de que el pasado mes de abril fue el mejor sin Semana Santa de toda la crisis, el desempleo registrado rondó los cinco millones de personas. Los datos de la **Encuesta de Población Activa** en el primer trimestre reflejan un desempleo del 27,16% y más de 6,2 millones de personas sin trabajo.

Y si las comparaciones se trasladan al **desempleo juvenil**, motivo principal del encuentro de hoy entre Báñez y Von der Leyen, las diferencias son aún más significativas. **España registra una tasa de desempleo entre las personas menores de 25 años del 55,7%**, según la oficina estadística europea Eurostat. Una cifra que solo supera Grecia, con una tasa de desempleo juvenil del 58,4%. Los países donde el desempleo entre los jóvenes es más bajo son **Alemania**

(7,7%), Austria (8,9%) y Holanda (10,4%). ¿Y qué es lo que ha hecho el país germano para no sufrir en plena época de crisis mientras en España se destruían casi tres millones de empleos en este periodo?

#### XVII. Flexibilidad a la alemana.

El mercado de trabajo alemán se caracteriza por una **flexibilidad máxima en las relaciones laborales**. Las puntuales caídas de producción en una fábrica o en una empresa suelen acarrear la **suspensión de forma temporal de los empleos excedentes**, que se recuperan cuando la coyuntura vuelve a ser positiva. Al contrario de lo que sucede en España (una situación que en teoría debe corregir la nueva reforma laboral), **las extinciones laborales nunca han sido el primer recurso de las empresas** germanas en épocas de vacas flacas. La administración se encarga del grueso del salario de los trabajadores en suspensión temporal, y estos **se comprometen a cambio a hacer cursos de formación** para adaptarse a las nuevas realidades y necesidades del mercado. En definitiva, una suerte de Expediente de Regulación de Empleo temporal exento de las trabas administrativas habituales por ejemplo en España y con un marcado componente formativo.

#### XVIII. El convenio de empresa manda.

Otra de las claves del éxito del modelo germano es el de haber conseguido que **la negociación colectiva**, aplicada con sentido común y flexibilidad posibilista por todas las partes implicadas, sea la gran protagonista. El convenio de empresa manda en Alemania, una táctica que, como confirman la reciente experiencia de la industria del motor, puede funcionar, y muy bien, también en cualquier país.

#### XIX. El Trabajo a tiempo parcial y por horas.

El germen del actual dinamismo del mercado de trabajo alemán hay que buscarlo en las denominadas **«leyes Hartz»**, una ambiciosa reforma laboral emprendida a principios del siglo XXI por el Gobierno del ex canciller alemán **Gerhard Schröder**. Estas modificaciones legales, inclui-

das en un amplio paquete global de reformas de marcado carácter liberal, permitieron **incentivar las jornadas a tiempo parciales** como herramienta para atajar el desempleo, al tiempo que aceleraron los mecanismos de búsqueda de trabajo de las personas desempleadas.

#### XX. Los Minijobs.

**Los «minitabajos», contratos de reducida remuneración** con un máximo de 15 horas a la semana, son otro de los elementos distintivos del mercado laboral alemán, y una recomendación más que habitual de las autoridades de Bruselas para activar el empleo, especialmente el menos cualificado, en toda Europa. Sin embargo, no son pocos los analistas que consideran que el peso de este tipo de miniempleos no es tan importante en Alemania. Un reciente análisis del Instituto de Estudios Económicos (IEE) revelaba que **estos minijobs apenas han aumentado desde 2004**, mientras que el «auténtico motor» que está dinamizando el empleo en Alemania es el trabajo a tiempo parcial, que sí se ha incrementado «considerablemente».

#### XXI. Temporalidad, pero solo juvenil.

El estudio del IEE, realizado a partir de datos del Instituto de la Economía Alemana de Colonia, también desmonta la idea de que **las nuevas contrataciones en Alemania son sólo temporales**. En realidad, las cifras demuestran que sólo se contrata de manera temporal a los que se inician en la profesión para pasar a ser fijos más tarde. Así, aunque el 41% de los jóvenes alemanes de 15 a 20 años tienen un contrato temporal, la cifra baja al 21% para los que tienen entre 25 y 30 años y al 13% para los de 30 a 35 años.

#### XXII. Formación profesional dual.

Un acuerdo firmado entre la ministra española de trabajo Fátima Báñez y su homóloga alemana trata, entre otras cuestiones, para adaptar el exitoso modelo germano de la profesión dual germana a la realidad de España se ha ido gestando poco a poco. En Alemania están reconocidas unas 350 titulaciones profesionales, en las que se busca **combinar la capacitación teórica con la formación directa y remunerada en los centros de trabajo**. Durante y entre dos y tres

años y medio que duran estos ciclos formativos, el estudiante acude tres o cuatro días por semana a trabajar a una empresa y tan sólo uno o dos días por semana a su centro de estudios. **Más de 500.000 compañías -en su mayoría pymes- participan en este modelo**, en el que el Estado alemán asume el costo de la formación teórica. Casi la mitad de los jóvenes alemanes opta por la formación profesional tras la educación obligatoria, frente a las altas tasas de universitarios de otros países europeos.

### XXIII. El secreto del bajo desempleo juvenil en Austria está en la inmersión laboral con 15 años.

Debido a que:

- 1. Allí el desempleo juvenil se sitúa en el 8,9%, una cifra muy lejana al 55,7% de España.
- 2. La implicación de las empresas en el proceso educativo es fundamental.
- 3. Los expertos creen que el modelo podría implantarse en otros países pero con estrategias a largo plazo, esperando resultados en unos cinco o diez años como mínimo.

Austria es, junto a Alemania, el país con el **desempleo juvenil más bajo de Europa**: un modelo de enseñanza profesional con un enorme **contenido práctico** y la implicación de las empresas en el proceso educativo son el secreto del éxito.

El país tiene un **desempleo juvenil del 8,9%**, muy por debajo de la media de la Unión Europea (UE), del 23,5%, y a años luz de los países con el mayor número de jóvenes sin trabajo: el 58,4% en Grecia y el 55,7% en España, según los últimos datos de Eurostat.

Austria y Alemania comparten un modelo de formación profesional que sumerge a los jóvenes **en el mundo laboral con 15 años** y en el que, desde el primer momento, reciben una formación práctica y un salario durante su etapa de tres años como aprendices.

Los **sueldos de los alumnos** suelen ir desde los más de 400 euros mensuales del primer año hasta unos 700 a 900 euros el tercero, dependiendo de la profesión.

Según datos de la patronal austríaca, las compañías forman a unos 120.000 aprendices y gastan 2.700 millones de euros anuales en la tarea, lo que supone alrededor del 1% del PIB. El 40% de los directivos de empresas son antiguos aprendices.

Cuando acaba su formación tenemos a un trabajador muy productivo porque conoce la compañía. La cadena de supermercados Spar, por ejemplo, tiene a su cargo a unos 2.700 aprendices y cada año busca a otros 900 jóvenes. La formación se divide entre un 30% teórico en la pública Escuela de Oficios y un 70% práctico en la empresa. Por eso al final sencillamente no los dejan ir, pues, ya se encuentran debidamente formados y calificados.

«A quienes superan la formación de tres años les **garantizamos un puesto de trabajo** y buenas perspectivas laborales. Hemos invertido mucho dinero en ellos y somos los primeros interesados en que se queden», explicaba en su momento Heidi Wasserbauer, responsable de formación.

«Cuando acaba su formación tenemos a un trabajador muy productivo porque **conoce la compañía**. Es mucho mejor que un temporal», recalca la experta, para quien las claves del modelo son la planificación empresarial a largo plazo y unas relaciones laborales estables.

### XXIV. «Guerras de ofertas» entre empresas.

Dado que los jóvenes son cada vez menos por el declive demográfico, existe una auténtica **«guerra de ofertas» entre las empresas** para captar a los adolescentes con más talento.

Por ejemplo, Spar ofrece 4.500 euros adicionales a lo largo de la formación como incentivo a las buenas notas y **paga el carné o licencia de conducir** a los que mejores resultados obtienen al terminar.

Otras compañías ofrecen como anzuelo costear la **factura mensual del teléfono móvil** — regalando además un 'smartphone' cada año—, ciclomotores o viajes.

El **consenso político** es pleno para luchar contra el desempleo juvenil con programas que tienen de premisa el desarrollo formativo como trampolín hacia el mercado laboral.

«En Austria todos los partidos políticos coinciden en que los jóvenes deben de ser el principal grupo de población **para las políticas de empleo**», explica Johannes Kopf, director del Servicio Público de Empleo de Austria (AMS).

### XXV. Plazas garantizadas.

Además existe la denominada **«garantía educativa»** y los jóvenes que no encuentran plaza en una empresa privada tienen asegurada una y un salario en talleres públicos de formación profesional.

«Todo joven que no encuentra un puesto en una empresa, porque tenga malas notas o no haya una empresa en su región, puede **formarse a través del AMS**», explica Kopf.

Eso sí, los aprendices **ganan menos que en una empresa** —unos 290 euros mensuales el primer año y alrededor de 600 euros el último— para alentarles a dar el salto al sector privado.

### XXVI. Implantar el modelo en otros países.

Entre los especialistas consultados existe división de opiniones sobre si este modelo puede ser exportado, ya que tiene una larga tradición en la cultura empresarial de Austria y Alemania, que ponen el acento en la transmisión del conocimiento entre generaciones.

El modelo tiene una larga tradición en la cultura empresarial de Austria y Alemania. «El modelo se puede aplicar en otros lugares, pero **se debe pensar a largo plazo**, en al menos diez años», indica Kopf, mientras que para el economista jefe de la Cámara de los Trabajadores (AK), Markus Marterbauer, «es complicado implantarlo en otros países. Lo importante es que los jóvenes aún crean en el trabajo y en la formación» de manera paralela y conjunta.

También el comisario europeo de Cooperación Regional, el austríaco Johannes Hahn, subraya que

implantar este sistema requiere una **estrategia a largo plazo**.

«Parece que estos sistemas **son un éxito** si se miran las cifras de desempleo juvenil. Parece haber una clara relación en ese sentido», destaca el que fuera ministro de Ciencia y Educación de Austria entre 2007 y 2010.

Sobre su aplicación en España u otros países europeos, sostiene que en un periodo de entre **«cinco a diez años** se podrían ver resultados muy concretos, pero en el corto y medio plazo se necesitan otras soluciones» al desempleo juvenil. XXVII. El contrato de aprendizaje en Europa: cuando el sueldo va en función de la edad.

La CEOE ha propuesto un modelo de contrato de aprendizaje que pretende pagar a los jóvenes por debajo del Salario Mínimo Interprofesional. En Europa existen diversos modelos de contrato que regulan y pretenden fomentar el empleo para los más jóvenes.

Para algunos se trata de facilitar la incorporación de los jóvenes al mercado laboral, para otros, **una forma más de precariedad**. El controvertido Contrato para la formación ha sido de nuevo objeto de debate, después de que el vicepresidente de la CEOE, Javier Ferrer, propusiera recuperar la figura del aprendiz.

Ferrer proponía un tipo de contrato de aprendizaje con un sueldo inferior al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) durante todo el periodo de formación y hasta que se produjera una hipotética incorporación a la empresa. Lo que proponía el empresario es que «un joven que salga de una formación profesional **tenga un salario inicial de 300, 400 ó 500 euros**». Ferrer nombraba el modelo alemán como un ejemplo a seguir. Pero ¿Cómo es el contrato español? ¿Y el alemán? ¿Y en el resto de Europa?

Al menos una cuarta parte del tiempo como mínimo debe dedicarse a formarse. En España el contrato para la formación, aprobado este mismo año por el Gobierno, tiene como fin que **los jóvenes entre 16 y 21 años** (hasta los 25 hasta fin de año) adquieran una «formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un determinado puesto de trabajo», según el Minis-

terio de Trabajo.

Los contratos deben tener una duración mínima de 6 meses y un máximo de 2 años (puede prolongarse hasta 3 años). Tras este plazo el empresario **recibe reducciones en las cuotas** a la Seguridad Social si contrata al trabajador con un contrato de otra índole.

Además, se debe **cuidar la formación**, por lo que al menos una cuarta parte del tiempo debe dedicarse a esta tarea, en centros formativos. El piso de salario se establece con el Salario Mínimo Interprofesional, esto es, 641,40 euros. En Europa, diversos países pagan por debajo de este límite a los más jóvenes, aunque **el SMI es en la mayoría de países significativamente mayor**.

#### XXVIII. El reto del modelo dual alemán.

El admirado modelo alemán usa un sistema doble para sus jóvenes trabajadores. Los jóvenes que se acogen a esta fórmula comienzan **a trabajar con los 16 años cumplidos**. En un periodo de un máximo de tres años y medio los trabajadores repartirán el tiempo entre el trabajo y la formación teórica por lo que reciben unos 900 euros de media. Las empresas deben **hacer frente a los gastos habituales para un trabajador**, como las cuotas para el seguro de desempleo o seguridad social.

#### XXIX. Francia, un contrato para todos.

Los galos no tienen un contrato específico para los jóvenes, pero sí uno para personas que por sus características tengan problemas para encontrar empleo. **Se denomina contrato de inserción** y es válido incluso para los mayores de 50 años.

La duración mínima es de seis meses y tiene **los mismos derechos frente al despido** y el desempleo que cualquier contrato (se rechazó una propuesta para eliminar estos derechos). El sueldo se fija con el SMI, que actualmente está en Francia en los 1.365 euros.

#### XXX. Reino Unido: cobran más los mayores.

El sistema inglés para fomentar el empleo juvenil

pasa por abaratar el sueldo de los más jóvenes. En Reino Unido el SMI está en 1340 euros **para los trabajadores de más de 22 años**. Los jóvenes de 16 y 17 años cobran como mínimo 670 euros y entre los 18 y los 21 unos 880 euros. Las condiciones en caso de despido son las mismas que para el resto de trabajadores.

#### XXXI. Italia, polémica.

Berlusconi aprobó hace algunos años una controvertida ley de trabajo que echó a los italianos a la calle. Entre las novedades incluía un contrato de **aprendizaje al que deben acogerse los trabajadores entre 15 y 24 años** sin formación académica superior. El plazo máximo para trabajar en una empresa con este contrato está entre el año y medio y los cuatro años. Lo único que se restringe respecto a un contrato normal son las horas de trabajo, que no pueden llegar a 40 semanales.

#### XXXII. Holanda, cambios por la crisis.

En Holanda, a raíz de la crisis se estableció un contrato especial para los jóvenes de menos de 27 años. La duración mínima es de un año y puede prolongarse hasta cuatro años. Aquí también **se aplica un salario que toma como referencia el SMI** (En Holanda 1.420 euros). Los jóvenes de 15 años cobran el 30% del salario mínimo y van aumentando el porcentaje año a año.

#### XXXIII. El empleo a tiempo parcial, y no los «minijobs», principal motor del mercado laboral alemán.

El Instituto de Estudios Económicos (IEE) afirma que en Alemania sólo se contrata de manera temporal a los que se inician en la profesión para pasar a ser fijos más tarde.

El IEE ha realizado un análisis en el que «desmonta» alguno de los mitos que rodean al mercado laboral alemán, entre ellos que en el país germano sólo se crean «minijobs». Según el IEE, **el «auténtico motor» que está dinamizando el empleo en Alemania es el trabajo a tiempo parcial y no los mini-empleos o «minijobs»**, que no han aumentado desde 2004, en contraste con el tiempo parcial, que sí se ha

incrementado «considerablemente». De acuerdo con este estudio, realizado a partir de datos del Instituto de la Economía Alemana de Colonia, tampoco se corresponde con la realidad que las nuevas contrataciones en Alemania sean sólo temporales. En este sentido, el IEE señala que sólo se contrata de manera temporal a los que se inician en la profesión para pasar a ser fijos más tarde. Así, aunque **el 41% de los jóvenes alemanes de 15 a 20 años tienen un contrato temporal**, la cifra baja al 21% para los que tienen entre 25 y 30 años y al 13% para los de 30 a 35 años.

El IEE sostiene que tampoco es cierto el mito de que en Alemania hay cada vez menos empleos regulares, pues, aunque han aumentado las relaciones laborales atípicas, como el empleo a tiempo parcial o el temporal, éstas han beneficiado sobre todo a los desempleados. Así, se argumenta, que mientras que el 38% de los alemanes de entre 15 y 64 años no trabajaban o estaban en desempleo abierto en el año 2000, este porcentaje se redujo al 32% en 2010, mientras que al mismo tiempo el empleo fijo a tiempo completo se mantuvo en el 40% en estos años. «Tampoco se corresponde con la realidad», dice el IEE, que se haya extendido en Alemania el empleo a bajos salarios a costa del empleo bien remunerado ya que, pese a haber aumentado la proporción de trabajadores que ganan poco, también lo ha hecho la de quienes cobran un salario normal o más elevado.

Los desempleados alemanes son fundamentalmente los que han logrado empleo en el segmento de bajos salarios. El Instituto también niega que muchos alemanes estén en riesgo de pobreza por sus bajos salarios. De hecho, el IEE sostiene que el mayor riesgo de pobreza, un 61%, afecta a los parados, si bien entre los trabajadores con salarios reducidos el riesgo de pobreza alcanza el 16%.

El último mito que se esfuerza en desbaratar el IEE es el de que los mayores de 55 años se quedan fuera del mercado laboral. Los límites establecidos en el país a la jubilación anticipada no han provocado, como se temía, un repunte del desempleo, alega el Instituto, que añade que, por el contrario, han aumentado las personas mayo-

res que trabajan y se ha reducido el de mujeres en desempleo de más de 55 años.

XXXIV. La patronal propone un nuevo contrato para jóvenes para dinamizar el mercado laboral. Se busca por tanto tener una fórmula para integrar progresivamente a los jóvenes en el mercado laboral».

El presidente de Cepyme y vicepresidente de la CEOE de España, Jesús Terciado, ha manifestado en su momento que la patronal ha hecho una propuesta al Gobierno español para crear un nuevo contrato para jóvenes cuya referencia sería el salario mínimo interprofesional (SMI) que está fijado en 645,30 euros al mes en 2013.

En estos momentos estamos estudiando la posibilidad de acordar junto con el Gobierno un nuevo contrato para jóvenes que sirva para dinamizar ese sector de la población ya que en estos momentos más de la mitad de la población joven sufre el desempleo. Tenemos que hacer algo», ha asegurado en su momento el presidente de Cepyme, que ha señalado que esta propuesta se ha hecho en el marco del diálogo social con la presencia de los sindicatos.

La patronal ha planteado que el SMI sea la referencia de esa nueva modalidad de contratación. «Nosotros estamos diciendo que en una primera etapa el salario mínimo interprofesional sea el de referencia de esos contratos para empezar a mejorar con el paso del tiempo a medida que el trabajador se va formando.

El presidente de Cepyme ha manifestado que la postura de la patronal es buscar «un mayor desarrollo de la moderación salarial y de la flexibilidad interna de las empresas» y lo que se está exigiendo una nueva reforma laboral.

De manera clara que se esté negociado la creación de tal contrato porque **sería «discriminatorio» y abriría una «brecha salarial» entre jóvenes y mayores**, «rompiendo el principio de igualdad de trato y de oportunidades».

«No entra en absoluto en lo que entendemos que deben de ser las políticas que faciliten a los jóvenes el acceso al empleo o la inserción de

aquellos que proceden de otros sectores». Lo cual se torna en conjunto de propuestas para salir de la crisis laboral que agobia a toda Europa.

#### XXXV. Conclusiones.

1. La formación dual no es trasladable o exportable sin un tejido industrial parecido al alemán.
2. Los desempleados no podrán rechazar ningún trabajo, con la única excepción de que su salud se lo impida o sus deberes familiares no lo hagan compatible (cuidar a sus hijos o familiares que requieran cuidados especiales).
3. Los mini jobs son trabajos a tiempo parciales por los que se percibían salarios bajos, 400 euros como máximo. El empleado no pagaría impuestos y abonaría las cotizaciones sociales de forma voluntaria.
4. El mercado de trabajo alemán se caracteriza por una flexibilidad máxima en las relaciones laborales. Las puntuales caídas de producción en una fábrica o en una empresa suelen acarrear la suspensión de forma temporal de los empleos excedentes, que se recuperan cuando la coyuntura vuelve a ser positiva.
5. Dado que los jóvenes son cada vez menos por el declive demográfico, existe una auténtica guerra de ofertas entre las empresas para captar a los adolescentes con más talento.
6. Entre los especialistas consultados existe división de opiniones sobre si este modelo puede ser exportado, ya que tiene una larga tradición en la cultura empresarial de Austria y Alemania, que ponen el acento en la transmisión del conocimiento entre generaciones.
7. El auténtico motor que está dinamizando el empleo en Alemania es el trabajo a tiempo parcial y no los mini-empleos o minijobs, que no han aumentado desde 2004, en contraste con el tiempo parcial, que sí se ha incrementado considerablemente.





# ANTES Y DESPUÉS DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL. DE OBJETO A SUJETO DE DERECHOS.

Víctor Hugo Nina Cohaila \*

*«Gracias a la reflexión y madurez de la comunidad mundial, en 1998, en la histórica Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, se aprobó el Estatuto de Roma, que creó el Tribunal Penal Internacional como resultado de un tratado multilateral, firmado y ratificado por más de un centenar de estados miembros de la organización mundial.»*

Dr. Víctor Hugo Nina Cohaila. Fiscal Provincial Titular de Familia. Magister en Derecho Civil y Comercial. Doctor en Derecho. Catedrático de la Universidad Privada de Tacna

## Antes y después de la Convención de los Derechos del Niño: de la situación irregular a la protección integral. De objeto a sujeto de derechos.

*«Hoy en el mundo, los niños son sujetos de derecho, dejaron de ser meros objetos de derecho. Es el Estado quien debe asumir su verdadero rol en cuanto a la infancia, y olvidarse que los niños son el futuro de nuestro país, ya que son el presente y a partir de ellos debe sentar las nuevas bases de nuestra sociedad.»*

**El autor.**

### I. DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR:

A fines del siglo XX surgieron movimientos reformistas dirigidos a sacar al menor del Derecho Penal de los adultos, al considerar que debía rescatarse del ambiente de represión y castigo al que estaban sometidos en las cárceles de los adultos.

Se inicia entonces, primero en Europa, movimientos reformadores, impregnados de ideas protectoras, tuitivas, muy tuitivas, frente a la situación deplorable de reclusión que sufrían los menores, presentándose también corrientes humanitarias derivadas de los acontecimientos bélicos de la época que pretendían liberar a los menores de edad del sistema penal, ello, como una toma de conciencia de las colectividades organizadas hacia una categoría social que, hasta entonces, había sido objeto de abandono y maltrato. Se comenzó a comentar sobre un nuevo derecho desde una óptica protectora del menor, derecho especial que partiendo del derecho común general (civil y penal) se adaptase a las necesidades del menor de edad en situación irregular. La consecuencia que trajo este movimiento protector fue el que surgieran legislaciones y jurisdicciones especiales para atender los asuntos de los menores, descartándose el carácter punitivo del derecho penal imperante hasta entonces.<sup>1</sup>

El enfoque positivista inundó el mundo de las ideas

científicas y humanísticas a fines del siglo XIX con la teoría patológica de la criminalidad, que explicaban el fenómeno criminal basado en características biológicas o psicológicas que diferenciaban a los sujetos criminales de los individuos normales, lo cual marcó esta doctrina. Para esta concepción, el desviado o el delincuente es un individuo distinto que debe ser observado en forma clínica. Las causas de la delincuencia se buscaban desde enfoques biológicos, psicológicos y sociales. La pena bajo esta concepción es la respuesta del estado como un medio de defensa social»<sup>2</sup>

Es así que hacia fines del Siglo XIX surgen movimientos reformistas dirigidos a separar a los menores, del derecho penal dirigido hacia los adultos o para los adultos; en palabras del maestro Alex Plácido, surge una novedosa orientación que se opuso a la historia y que consideraba que el derecho penal debía reservarse para los adultos, mientras que los menores que incurrieran en delitos debían recibir una consideración jurídica distinta.

Aparece con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose más tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Algunos tratadistas preconizan la protección del menor desde su concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar a plenitud su capacidad de obrar, tal como lo señalaba el recordado maestro español Luís Mendizábal Osés, otros sólo en

---

1 MEDINA DE VILLARROEL, Mercedes. Situación irregular del menor. Caracas. Librosca, 1993. Página 1 y sgtes.

2 MORALES L. Georgina. La divergencia entre la ley tutelar de menores y la Convención sobre los derechos del niño. Caracas. Universidad central de Venezuela. 2001. Página 26.

que se dé protección jurídica y rehabilitación o readaptación a los llamados menores en situación irregular tal como lo afirmaba el jurista brasileño Alyrio Cavallieri .

La doctrina de la situación irregular es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Y con esta definición sólo se estaría abarcando a los menores en situación irregular, concepto que predomina.

Así esta doctrina fue fuertemente apoyada y sostenida de manera predominante en América Latina hasta los años 80, se sostuvo porque se basó en la idea de que se protege a los niños en situación de abandono, o en peligro, o delincuentes a través de una tutela organizada del Estado que reeduca, socializa y corrige al niño separándolo del ambiente que contribuye a su desviada y equivocada formación, para evitar así que se convierta en un delincuente cuando llegue a ser adulto. Es decir esta doctrina trataba por igual a los menores abandonados como aquellos que infringían la ley, lo cual fue un error. La tutela del Estado y la exclusión del menor implica una discrecional intervención que resulta violatoria de todos los derechos y garantías fundamentales que todo ser humano posee en un Estado de derecho.

Una definición clara que nos ayuda a entender perfectamente esta doctrina, es la brindada por el instituto interamericano del niño, quien la definía como: «aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades».<sup>3</sup>

Para el maestro Guillermo Cabanellas, se podía definir como: «Conjunto de disposiciones lega-

les, de establecimientos e instituciones que procuran el amparo de los niños abandonados y el impulso social de todos ellos».<sup>4</sup>

Una vez surgida, la doctrina de la situación irregular provocó una masiva reforma en casi todas las legislaciones del mundo, los países de habla hispana en los que se incluye al Perú, adoptaron normas que recogían los principios de dicha doctrina.

La doctrina de la situación irregular exigía la protección del niño y su reeducación, basado en la naturaleza misma de los menores que infringían las leyes penales y aquellos que se encontraban en situación de abandono, niños que representaban un peligro social, por lo que el Estado en pleno uso de sus facultades debía controlarlos a través de políticas y normas de control.

La niñez y la adolescencia fueron entendidas como etapas de la vida del ser humano previas a su madurez adulta, a las que la ley debía asignarles una condición jurídica especial denominada minoridad.

Y respecto del ámbito jurisdiccional, a esta doctrina se le llamó «paternalista»; el Estado otorgó a los llamados «jueces de menores»<sup>1</sup> absoluto poder discrecional, con objetivos proteccionistas; en los procesos judiciales entablados no existía el contradictorio, únicamente importaba la tutela que el Estado a través del juez debía otorgar a los menores en situación irregular. La razón de esto es simple, si el ámbito proteccionista de la doctrina eliminó cualquier sanción penal tratándose de menores infractores de la ley, bajo el manto de la inimputabilidad, tanto el acusatorio, como la defensa, ya no tenían razón de ser, después de todo y en todos los casos, el juez siempre iba a adoptar un carácter tuitivo, por cierto, proteccionista.

La justificación de esto, resulta de la utilización de eufemismos tales como que el Estado no aplica

---

3 INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. Vocabulario Multilingüe. Tomo II. Montevideo. OEA. 1973. Página 280.

4 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 1984. Tomo VI. Pág. 484.

medidas de privación de libertad sino que actúa como guardián de los menores, considerados éstos últimos «objeto de tutela» y sólo objetos de la misma, no distinguiendo entre la infancia que es víctima de delito, imputada de delito o simplemente que posee necesidades insatisfechas. El Estado puede, con una discrecionalidad ilimitada, a través de los jueces disponer de los menores como considere más adecuado y por el tiempo que considere conveniente, es decir el menor no era un sujeto de derecho sino que adquiriría la calidad de objeto digno de compasión, represión, etc., era una persona sin derechos individuales ni garantías procesales en el juzgamiento.

La característica predominante, entonces, de esta doctrina es que no diferencia el ámbito tutelar del penal, tratando por igual al adolescente en estado de abandono y al adolescente que ha cometido una infracción a la ley penal. Promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social. Lo que se traduce en un derecho penal juvenil de autor por medio de un tratamiento tutelar del problema penal y un tratamiento penal del problema tutelar. Asimismo criminaliza la pobreza y el juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones (arbitrariedad). Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para «beneficiar» y no «para castigar» a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección. Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

Así mismo en cuanto a los menores infractores se refiere, dicha doctrina expresa que, «la mayor connotación la encontramos en que se sostiene que al menor no se le puede imputar la realización de actos considerados como faltas o delitos, y en base a esta premisa el menor de edad sólo realiza actos antisociales y como el Juez de Menores se convierte en el padre, el defensor, el protector, dejándose a su libre arbitrio las medidas «protectoras» que debe discernir a favor del menor de edad. Consecuentemente, teniendo como fundamento lo anteriormente expuesto el menor antisocial no contaba con derechos individuales ni garantías procesales, le estaban negadas

estas garantías y derechos.

Analizando las bondades que estas ideas protectionistas proporcionaban a los menores infractores de la ley penal, es que se decide ampliar este mismo ámbito protector hacia los menores en estado de abandono, a los menores en situación de riesgo y a aquellos menores cuyos derechos se habían visto vulnerados, es así que surge la doctrina de la situación irregular. En realidad la ampliación, se dio en la idea que dichos factores (Abandono, riesgo, etc), podrían desencadenar futuras desviaciones o ser posibles orígenes o causas de comportamientos delictuosos.

### **I.1.- Principales características de la doctrina de la situación irregular.-**

**a.- Carácter enunciativo de las categorías definidas como menores en situación irregular.-** A saber, comportamiento antisocial, abandono, situación de peligro y menores deficientes, revela el carácter enunciativo de las conductas que se encuentran allí encuadradas. Únicamente contemplaba a los niños catalogados como vulnerables: Niños infractores de las leyes penales o partícipes de conductas antisociales, niños en estado de abandono material y moral (investigación tutelar), niños en situación de riesgo, niños cuyos derechos se habían visto violentados.

**b.- Los menores son objeto de tutela por parte del Estado.-** Es decir, el sujeto menor de edad es un ser diferente al adulto, al ser una persona en desarrollo que no alcanza a comprender las consecuencias de sus actos; se les catalogó como «menores». Dentro de esta consideración del menor de edad, forzosamente, ese ser humano requiere de protección, es objeto de tutela, tiene que ser amparado por una legislación y debe ser atendido por los órganos del Estado encargados de su protección. El estado asume el compromiso de protegerlo en determinados aspectos, de alimentarlo, asistirlo y defenderlo en su salud, que no sea explotado en su trabajo, que reciba educación integral, que se amparado por leyes y tribunales especiales. Así lo refiere Mary Beloff, en su artículo Protección Integral vs. Situación irregular, cuando señala que otra característica del modelo tutelar es que los «menores» son

considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial. Es evidente que esta concepción se construye a partir de una definición negativa de estos actores sociales, basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces, como «una isla rodeada de omisiones», esa bella metáfora que utiliza Antonio Carlos Gomes Da Costa<sup>5</sup>, uno de los promotores del estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. Por esa razón, también la opinión del niño deviene irrelevante.<sup>6</sup>

**c.- Amplias facultades discrecionales del Juez de menores.-** En el ámbito jurisdiccional el Juez actúa con absoluta discrecionalidad, no existe contradictorio, no existen garantías procesales, podía disponer del menor adoptando la medida que estime conveniente, interviene siempre y cuando haya peligro moral o material. Puede privar al menor de su libertad por tiempo indeterminado, las medidas reeducativas podían ser indeterminadas. El Juez era competente para conocer no sólo problemas de orden jurídico, sino también problemas de orden social. La discrecionalidad del Juez, le permite adoptar la decisión que más crea conveniente, sin escuchar la opinión del menor.

Esta característica de disponer de una competencia ilimitada, se encuentra profundamente enraizada en la doctrina de la situación irregular, al constituir la fórmula para ejecutar la función tutelar-protectora que ella predica, de esa manera el ámbito tutelar fue privilegiado bajo una aparente protección que encubrió una respuesta penal.<sup>7</sup>

Así, en palabras de Donzelot, referido por Mary Beloff, «Más que un lugar de deliberaciones y de juicios públicos, el Tribunal de menores hace pensar en la reunión del Consejo de Administración

de una empresa de producción y de gestión de la infancia inadaptada».

**d.- Menores son inimputables y carentes de responsabilidad penal.-** Siendo la inimputabilidad la que marca la separación entre el derecho penal y el derecho de la infancia en situación irregular. Es decir, al ser inimputable no comete delitos, por lo tanto no es delincuente, por ello no se le puede aplicar las penas establecidas en el Código Penal, tan sólo medidas socio educativas, tal y como se encuentra regulado en el Código de los Niños y Adolescentes.

**e.- El tratamiento reeducativo se manifiesta a través de medidas vinculadas a la personalidad individual de cada menor.-** Para la doctrina de la situación irregular, la medida reeducativa es el medio del cual el Estado dispone para transformar en un ser socialmente útil al menor de edad que se encuentre en situación irregular. Por lo que según esta doctrina, se requieren de tratamientos individualizados, seleccionándose la medida de tratamiento más adecuada a cada menor a fin de conseguir su rehabilitación, teniendo en cuenta la personalidad de cada menor y la problemática específica que cada uno de ellos presenta.

**f.- Ausencia de garantías procesales en el procedimiento de los menores en situación irregular.-** Es otra de las características propias de la doctrina de la situación irregular, en la que la función jurisdiccional es concebida desde una perspectiva inquisitiva. Tanto así, que por ejemplo, la acusación y la defensa son figuras extrañas e innecesarias, ya que el menor no va a ser sancionado penalmente.

«En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial

5 GOMES DA COSTA. Del menor al ciudadano niño y la ciudadano adolescentes. p. 135

6 El «menor», como el educando en el paradigma que Paulo Freire llamó «educación bancaria», es como un receptáculo, carente de iniciativa y protagonismo en las acciones en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria. Sobre la relación entre derecho y pedagogía, ver Gomes Da Costa, Antonio Carlos, Pedagogía y justicia, en García Mendez y Beloff.

7 BARLETTA VILLARAN, María Consuelo. La finalidad del proceso tutelar ¿probar el estado de abandono o brindar protección? En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. N° 77. Gaceta Jurídica. Lima, Febrero 2005. Pag. 220.

indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación irregular».<sup>8</sup>

## 2. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL:

La concepción tutelar descrita anteriormente entró en crisis en la década de 1960 en los Estados Unidos y en la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989 se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el Movimiento de los «Salvadores del Niño», que concebía a la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.<sup>9</sup>

La Doctrina de la Protección integral, surge con motivo de la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 de la «Convención sobre Derechos del Niño» la que considera, un nuevo paradigma, **niño sujeto de derecho**.

En cumplimiento de la Convención, la mayoría de Estados firmantes han introducido modificaciones o reestructuraciones legislativas en sus leyes internas para acoger los principales parámetros de la doctrina de protección integral. En nuestro país, han seguido dicha tendencia nuestro primer código de los niños y adolescentes de 1993 y él que le prosiguió del año 2000.

La doctrina de la protección integral surge en el marco de los derechos humanos de manera evolutiva, dejando atrás a la divergida doctrina de la situación irregular que imperó en casi todas las legislaciones por un tiempo cercano a un siglo, esta moderna doctrina tiene su sustento principal en el famoso principio del «Interés Superior del Niño», principio rector de la Convención de los Derechos del Niño.

La UNICEF detalló de forma clara esta evolución señalando que pasamos del binomio compasión-represión al binomio protección-vigilancia; dejamos de considerar en situación idéntica al abandono y a la criminalidad, separándolas, y estableciendo la responsabilidad juvenil, para aquellos menores que infrinjan la ley penal, esto acredita plenamente la condición de sujeto de derecho que hoy ostentan niños y adolescentes.

Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas personas en desarrollo, le reconoce también las libertades, esta como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos.

Esta doctrina en materia penal considera los hechos cometidos por el menor como faltas o delitos sobre los que tiene responsabilidad. El menor se convierte en infractor a ley penal, se le sigue un proceso de juzgamiento especial siguiendo las normas aplicables – en nuestro caso el Código de los Niños y Adolescentes - y no se le aplica la pena para el adulto sino medidas de protección o medidas socioeducativas, según sea el caso de niños o adolescentes (12 y 13 años de edad). El menor no podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la ley penal, es decir, se sigue el principio «no hay pena sin delito», se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, el poder ser informado de su detención, el informársele a los padres, al no estar conjuntamente con adultos, etc. la doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos.

A nivel internacional, la doctrina de la protección integral es uno de los más grandes aportes que brindó a la humanidad la Convención sobre los Derechos del Niño, celebrada por el Asamblea

---

8 GARCIA MENDEZ, Emilio. Legislación Infanto-juveniles en América Latina, modelos y tendencias. En, Infancia. De los Derechos y de la Justicia. Buenos Aires. Editorial del Puerto, 2004. Página 7.

9 BELOFF, Mary. Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de los derechos del niño vs. Derechos en situación irregular.

de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En palabras de Daniel O' Donnell, la Convención atribuye una gran importancia al principio de la unidad familiar y a la responsabilidad conjunta de la familia y el Estado en la protección de los derechos del niño, al tiempo que realiza un significativo aporte a la legislación sobre derechos humanos al definir el contenido de los derechos de la familia, describiendo con gran detalle la red de derechos y deberes que interrelacionan al niño, la familia y el Estado.

Queda claro entonces, que la Convención plasma la doctrina de la protección integral como el nuevo arquetipo, que debe ser recogido, respetado y regulado por las legislaciones internas de los Estados firmantes; la doctrina de la protección integral reseña como su intrínseca esencia el hecho que el niño, sin importar su edad, su sexo, su condición social, etc; es decir toda aquella persona que tenga menos de 18 años de edad, debe ser considerado como sujeto de derechos; el niño a partir de ese momento es capaz de ejercer por sí mismo derechos fundamentales y al mismo tiempo, asume también deberes. Otro de los cambios propugnados, fue la eliminación del término «menor» al que hacía referencia la doctrina de la situación irregular, por el término «niño», ello en tanto, se infiere que la palabra «menor» es despectiva se le relaciona con el menosprecio, es decir, se conjetura como «un ser menor», lo cual no es correcto.

El niño dejó de ser objeto del binomio compasión-represión y objeto de tutela por parte del estado propugnado por la doctrina de la situación irregular, para convertirse en sujeto pleno de derechos.

Este nuevo paradigma se conoce como la Doctrina de la Protección Integral incorporado primordialmente en la convención sobre los Derechos del Niño, que constituye un documento jurídico con fuerza vinculante para los Estados partes.<sup>10</sup>

Según lo referido por Mary Beloff, esta nueva concepción se construye no sólo a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros documentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia; dichos instrumentos son:

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89); y sus dos protocolos facultativos: Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (12/02/02)<sup>11</sup> y Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la Prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (18/01/02)<sup>12</sup>
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (28/11/85).<sup>13</sup>
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores privados de Libertad (14/12/90).<sup>14</sup>

10 O'DONNELL, Daniel, la Convención sobre los Derechos del Niño. Estructura y Contenido. En Derechos del niño. Textos básicos. Caracas. UNICEF, 1996. Página 6.

11 Resolución 54/263 de la Asamblea General de la Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo del 2000. Al 13/03/03 fue ratificada por 52 países.

12 Resolución 54/263 de la Asamblea General de la Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo del 2000. Al 13/03/03 fue ratificada por 50 países.

13 Resolución 40/33 de la Asamblea General de la Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985, cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño.

14 Resolución 45/113 de la Asamblea General de la Naciones Unidas, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)<sup>15</sup>

Para Daniel O' Donnell, la doctrina de la protección integral se construye sobre tres bases fundamentales: «el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial, y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral».

## 2.1.- Principales características de la Doctrina de la Protección Integral.-

**a.- La consolidación de la situación jurídica del niño, niña y adolescente como titular de Derechos fundamentales.-** Contempla y reconoce a todos los niños como sujetos de derechos, sin hacer distinción alguna. Se les reconoce los derechos humanos de todo ciudadano, en la idea de que son atributos propios de su intrínseca condición humana. Además de reconocérseles todos los derechos de los adultos, se les reconoce derechos especiales, por su condición de vulnerabilidad al ser sujetos en desarrollo. De esa manera se protege a los niños de cualquier decisión arbitraria o injerencia ilegal por parte del Estado.

**b.- La protección integral de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a partir de la consideración de su superior interés.-** La infancia es elevada en su status jurídico social, por lo que el niño es considerado como sujeto poseedor de derechos y como destinatario de consideración especial. Se cambia la acepción «menores» por el término «niño». El niño es visto desde otra óptica, pasó de un ser desprovisto de derechos y facultades de decisión, por un ser humano, sujeto de derechos.

**c.- El reconocimiento de autonomía y participación del niño, niña y adolescente en el ejercicio de sus derechos fundamenta-**

**les.-** Esta doctrina plantea el reconocimiento del niño como sujeto pleno de derechos, posicionando a la infancia y a la adolescencia como ciudadanos del Estado social y ya no como meros objetos de intervención por parte del Estado, la sociedad y la familia.

## A MODO DE CONCLUSION:

La doctrina de la situación irregular no diferencia el ámbito tutelar del penal, tratando por igual al adolescente en estado de abandono y al adolescente que ha cometido una infracción a la ley penal. Promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social. Lo que se traduce en un derecho penal juvenil de autor por medio de un tratamiento tutelar del problema penal y un tratamiento penal del problema tutelar. Asimismo criminaliza la pobreza y el juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones (arbitrariedad). Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para «beneficiar» y no «para castigar» a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección. Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

La característica de este modelo es la confusión entre el concepto de menor delincuente con el de menor abandonado, pues es una concepción que implica reaccionar de la misma manera frente a las infracciones a la ley penal que frente a situaciones de amenaza o vulneración de derechos con medidas de «reeducación» o «readaptación», en un proceso de judicialización de la problemática social de los niños (menores abandonados = delincuentes).

En el otro extremo, la doctrina de la protección integral es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda

---

<sup>15</sup> Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre la base del informe de la tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.



persona, los derechos específicos que corresponden a esas personas en desarrollo, le reconoce también las libertades, esta como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos.

La doctrina de la protección integral se centra por tanto en dos claras posiciones, por un lado reconoce que el niño por su condición de ser humano en desarrollo requiere que se le reconozca una protección especial atendible a su intrínseca naturaleza de debilidad, de vulnerabilidad; y por otro lado, se le brinda la calidad de sujeto de derechos y deberes.

El programa normativo de la doctrina de la protección integral es -sin dudas- inobjetable, aunque el primer problema finca en el verdadero alcance que en la realidad pueda tener en nuestro contexto. Como señala Mary Beloff, esta tendencia legislativa hacia el modelo de protección integral es una buena oportunidad para realizar la utopía de la efectiva vigencia de los derechos, pero puede quedar solo en una mera petición de principios o caerse fácilmente en un «fraude de etiquetas».

Por su parte la Corte Interamericana de DD. HH. algo dijo: «El reconocimiento efectivo de los derechos de los niños hace necesario un gran movimiento social y cultural, más que «un marco legislativo adecuado», en donde diversos agentes tienen un papel fundamental: la sociedad civil, en tanto la educación y promoción de los derechos del niño en todos los niveles; las organizaciones no gubernamentales, en la denuncia, defensa y exigibilidad de los derechos del niño; los Estados en «asegurar el cumplimiento de las medidas de protección que infiere el artículo 19 de la Convención Americana».

En la doctrina de la protección integral se advierte una clara hegemonía del Principio del Interés Superior del Niño, el cual se encuentra despararramado en todas las normas sobre el derecho de la infancia en el derecho internacional y en nuestro derecho positivo interno; así:

Artículo 3 inciso 1 de la Convención internacional sobre los derechos del niño: «*En todas las medidas concernientes a los niños que to-*

*men las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño».*

Art. II del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes peruano: «*El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma».*

Art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano: «*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos».*

En suma, la primera de las doctrinas analizadas considera al niño como objeto de derechos y la doctrina de la protección integral lo considera como sujeto de derechos, lo cual infiere una diferencia clara y determinada.

Nuestras leyes y normas vigentes se encuentran dentro del marco de la doctrina de la protección integral, sin embargo, existen todavía algunos rezagos de la doctrina de situación irregular; queda en manos del legislador el legislar de manera eficiente, considerando siempre el Principio del Interés Superior del Niño y sobre todo, considerando al niño como sujeto de derechos, queda también a los operadores de justicia asumir el reto en ese mismo sentido..

## BIBLIOGRAFÍA:

- 1.- ALVAREZ, Isabel. Los derechos del Niño.
- 2.- ARCE Y FLORES. Constitución y Derecho Civil.
- 3.- BELOFF, Mary. Un modelo para armar y otro para desarmar. Protección Integral de los derechos del Niño vs. Derechos en situación irregular.
- 4.- CABANELLAS, Guillermo. Enciclopedia de Derecho Jurídico. Editorial Heliasta.

- 5.- Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989.
- 6.- Espinoza Espinoza, Juan. Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Agosto 2002, Pág. 37.
- 7.- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 129 Tomos . Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 40 - Enero 2002.
- 8.- GARCIA MENDEZ y CARRANZA. Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina: Modelos y tendencias.
- 9.- MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Tomo II.
- 10.- O`DONELL, Daniel. La Convención sobre los Derechos del Niño, estructura y contenido.
- 11.- PLACIDO V., Alex F. Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2002.
- 12.- PLACIDO V., Alex F. Quinto Módulo del Programa de Ascenso para magistrados. Derecho de Familia. Academia de la Magistratura. 2009.
- 13.- PLACIDO V. Alex y BARLETTA VILLARAN, María. Curso Derechos de los Niños , Niñas y Adolescentes - Auto instructivo. Academia de la Magistratura. 2013.
- 14.- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Constitución, Derechos Humanos y la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito jurisdiccional.



# DERECHO PENAL Y PENITENCIARIO





## ¿ QUÉ SE PROTEGE EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS?

Walter Jesus Goyzueta Neyra\*

*«A través de la normativa peruana y fallo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República, se analiza los aspectos sobre el concepto de la Trata de Personas en el contexto de la materia constitucional, Tratados Internacionales y Código Penal peruano».*

\* Mgr. en Derecho Civil Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

## ¿Qué se protege en el delito de trata de personas?

### RESUMEN.-

A través de la normativa peruana y fallo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República, se analiza los aspectos sobre el concepto de la Trata de Personas en el contexto de la materia constitucional, Tratados Internacionales y Código Penal peruano.

### PALABRAS CLAVE.-

Delito de Trata de Personas, Bien Jurídico de la Trata de Personas, Tratados Internacionales, Corte Suprema de Justicia de la República, Constitución Política del Estado Peruano.

### SUMARIO.-

I. Presentación, II. Introducción, III. Desarrollo Normativo y Jurisprudencial, IV. Conclusión, V. Reflexión.

### I. PRESENTACIÓN.-

La motivación que lleva a redactar el presente artículo es sin duda su actualidad e impacto jurídico, es decir, nace acorde a los novísimos acontecimientos, que hoy en día abre un nuevo debate e incertidumbre sobre el concepto de bien jurídico que se protege en el delito de Trata de Personas en nuestro ordenamiento jurídico; al respecto tenemos la postura de la Corte Suprema de Justicia de la República [Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116], el Código Penal (Artículo 153°), y los Tratados Internacionales.

### II. INTRODUCCIÓN.-

El abuso de situaciones de angustia necesidad que

se encuentra en la base del fenómeno genera unas condiciones de explotación en la que se viola la libertad, la intimidad, los derechos como trabajadores y en suma la dignidad humana como valor mediato de referencia, hasta el punto de configuración en ámbito criminológico en el que las condiciones de sometimiento personal y ejercicio de dominio permiten plantear la existencia de nuevas formas de esclavitud (p.103).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York (1966) cuyo artículo proscribire la esclavitud y la trata de esclavos «en todas sus formas» y usan nuevas formas de dominio pueden incidir sobre cualquiera de los derechos de persona, aislada o conjuntamente desde luego sobre el derecho al trabajo remunerado a la dignidad, pero también sobre el derecho a la libertad social<sup>1</sup>.

La organización Internacional de Migraciones de la ONU, ha afirmado que el transporte y la compra-venta de seres humanos produce 7,000 millones de dólares al año y Amnistía Internacional establece el volumen del negocio en 13,000 millones de dólares con un aumento del 400% en diez años<sup>2</sup>.

Por la dignidad se dice que todos los delitos se afectan de una u otra forma, por lo que, carece de valor interpretativo, debería decirse lo mismo de la libertad, sin que ello haya impedido su dimensión como bien jurídico penalmente<sup>3</sup>.

Las características del derecho penal moderno, los bienes jurídicos personales se idealizan de forma que el valor probatorio deja de pertenecer directa y físicamente el sujeto individual para convertirse

---

1 Esclavitud y Tráfico de Seres Humanos. Mercedes García Arán - Universidad Autónoma de Barcelona. Revista Peruana de Ciencias Sociales - IDEMSA (p. 106)

2 Esclavitud y Tráfico de Seres Humanos. Mercedes García Arán - Universidad Autónoma de Barcelona. Revista Peruana de Ciencias Sociales - IDEMSA (p. 107)

3 Esclavitud y Tráfico de Seres Humanos. Mercedes García Arán - Universidad Autónoma de Barcelona. Revista Peruana de Ciencias Sociales - IDEMSA (p. 123)

en patrimonio de la humanidad entera y, específicamente, en el caso de la dignidad humana, ésta aparece no sólo como perteneciente a un sujeto físico determinado, sino más bien como síntesis de la cualidad, de las medidas de comportamiento que atribuyen a la persona humana indeterminada su valor de «humanidad».<sup>4</sup>

En el Perú se aprecia que recientemente se está interpretando a la Trata de Persona, existen puntuales intervenciones policiales - fiscales, que debe conducir exitosamente, es decir, con condena penal, caso contrario, la impunidad va a generar el incremento de este delito, que como hemos expresado produce ganancias extraordinarias ilícitas.

### III. DESARROLLO.-

El delito de Trata de Personas<sup>5</sup> consiste en utilizar a una persona con fines de explotación para obtener provecho propio o de un tercero, haciendo uso de la coerción o la limitación de la libertad individual. La trata de personas es considerada una forma de esclavitud moderna y una de las peores violaciones a los derechos humanos. Este delito convierte a la persona en objeto que se puede «comercializar». La víctima de la trata de personas, aún cuando hubiese dado su consentimiento, el hecho sigue siendo punible ya que en cualquier circunstancia se agravia sus derechos fundamentales. La víctima es atraída por engaños y artimañas que utilizan los grupos de delincuencia organizada transnacional y con frecuencia le ofrecen empleo, oportunidades de educación, viajes para mejorar sus condiciones económicas y de vida, matrimonio, mejores oportunidades para sus hijos, etc. La trata de personas es una actividad ilícita que anualmente mueve miles de millones de dólares en el mundo y es un fenómeno en aumento. Pese a la importancia de los tratados internacionales y a los esfuerzos de los Estados para combatir a la delincuencia organizada transnacional, este fenómeno se ha convertido en una actividad criminal muy lucrativa que compite a nivel mundial con el tráfico

de drogas y de armas y que está en pleno auge.

De la lectura y estructuración del artículo 153° del Código Penal no se tiene claro el bien jurídico que ha querido intentar proteger el legislador con el referido tipo penal, ya que según la ubicación sistemática del tipo penal, se encuentra dentro de los delitos contra la libertad lo que provoca que los operadores del derecho únicamente se limiten a aplicar el injusto penal desde la perspectiva de la libertad. A modo de anticipación nuestra postura en el delito de trata de personas es que éste no sólo protege a la libertad, sino, algo más como lo es la dignidad humana [considerando que la dignidad engloba entre otros a la libertad] por tanto plasmamos nuestra inquietud a través de las siguientes preguntas: ¿Qué es realmente lo que protege el delito de Trata de Personas? ¿El bien jurídico en este tipo de delito es la libertad personal únicamente o el bien jurídico engloba algo más que ello?

Antes de referirnos a lo que a nuestra consideración protege el delito de Trata de Personas, debemos entender ¿Qué es la libertad? ¿Qué es la dignidad? ¿Qué es el bien jurídico? y ¿Qué es la trata de personas?

La libertad, es un derecho subjetivo reconocido a la persona por el artículo 2°, inciso 24) de la Constitución Política del Estado, asimismo está regulado en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Además se constituye como uno de los valores esenciales de un Estado Democrático de Derechos, porque, es base también de los derechos fundamentales [es base conjuntamente con otros derechos y/o valores].

La dignidad es una cualidad inherente a la persona humana, y según el artículo primero de la Constitución Política del Perú el fin supremo de la sociedad y el estado es la defensa de la personas humana y el respecto de su dignidad; entiéndase

4 Esclavitud y Tráfico de Seres Humanos. Mercedes García Arán - Universidad Autónoma de Barcelona. Revista Peruana de Ciencias Sociales - IDEMSA (p. 124).

5 Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf)<http://www.cnj.gob.sv>

por éste como el continente del respecto, garantía y protección de todos los otros derechos humanos [libertad y otros], el cual constituye el fundamento de una concepción universal de los derechos humanos.

El bien jurídico es aquella entidad socialmente valiosa que el Derecho Penal (de última ratio) somete a su tutela, y cuya afectación constituye la esencia de cualquier conducta delictiva, es decir, se define como aquellas condiciones que aseguran la satisfacción de las necesidades humanas, cuyo menoscabo restringe las posibilidades de desarrollo personal dentro del marco social contemplado por la Constitución Política del Estado. El bien jurídico en el delito de Trata de Personas del Código Penal Salvadoreño<sup>6</sup>, se concibe como de naturaleza pluriofensivo, es decir que afectan una infinidad de facetas del ser humano como la libertad ambulatoria, libertad sexual, la salud física y mental, la libertad de auto-determinación personal, la seguridad laboral, etc., existiendo en consecuencia una pluralidad de bienes jurídicos. A nuestro entender, el bien jurídico en realidad debe entenderse en el delito de trata de personas como aquel que no sólo afecta o vulnera a la integridad de la persona individual (libertad individual), sino, la dignidad humana que incumbe a la colectividad en pleno. Es decir, en concordancia al artículo I de la Constitución Política del Estado, la transgresión de la dignidad no sólo incumbe a la afectación de la persona individual, sino a todos los integrantes de la sociedad; en este extremo consideramos que el bien jurídico que regula el artículo 153 no sólo debe ser interpretada en su contexto sistemático ni mucho menos de su literalidad, sino de lo que realmente está orientado a proteger, todo ello se logra a través de una adecuada interpretación contextual en el marco de la Constitución, de acuerdo a los cambios sociales y de la prevalencia de los derechos humanos.

#### IV. DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.-

Los antecedentes normativos y jurisprudenciales de la Trata de Personas, se desarrollaron en el si-

guiente orden:

**3.1.-** Ley Argentina N° 9.143 de fecha 23/09/1913, es la primera norma contra la prostitución y la primera norma en América.

**3.2.-** El Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, también conocida como el Protocolo de Palermo, en el año 2000 recogió la primera definición sobre la Trata de Personas internacionalmente en los siguientes términos: «Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos». Nuestro país lo firmó y ratificó en el año 2002, considerándolo como un instrumento de carácter universal que contiene normas y medidas para prevenir y combatir el delito de Trata de Personas, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas.

- El concepto dado por el Protocolo de Palermo<sup>7</sup> es aclarado por la Organización Internacional para las Migraciones<sup>8</sup> a través del artículo publicado bajo la nomenclatura de: «El concepto de la trata de personas y su lugar en la agenda migratoria: el caso de los Países Andinos» [Dolores Cortés Toro]. Éste llega a la conclusión de que la Trata de Personas es el traslado de personas de un lugar a otro para obligarlas a realizar tareas en beneficio de un tercero, dicha acción implica engaño y coacción, una situación de explotación y lucro en beneficio de un tercero; finalmente se concluye que la trata de personas es el comercio de personas. asimismo, uno de los aspectos relevantes de dicho artículo es que señala en forma categórica que la Trata de Personas es un delito que atenta contra

6 <http://www.cnj.gob.sv>



los Derechos Humanos.

- Según el «Manual de Capacitación para operadores de Justicia durante la investigación y proceso penal en caso de Trata de Personas»<sup>9</sup> elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones, la Trata de Personas es cualquier comportamiento de una persona relacionado con el proceso de captación, movilidad o establecimiento de otra persona, utilizando o aprovechando sobre esta última algún medio que anule o vicie su capacidad de autodeterminación con la finalidad de explotarla sexual o laboralmente.

**3.3.-** Mediante la Ley 28959, en el año 2007, el Congreso de la República del Perú dictó la ley contra la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes. Mediante dicha ley se modificaron los artículos 153 [que prevé el delito de Trata de Personas] y 153-A [que regula las formas agravadas del delito de Trata de Personas] del Código Penal.

**3.4.-** La Corte Suprema de Justicia de la República en el año 2011, a través del VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, ha dictado el Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-I 16<sup>10</sup>, sienta materia de dicho pronunciamiento el siguiente asunto: *Delitos contra la libertad sexual y Trata de Personas: Diferencias típicas y penalidad*. En ella se estableció como doctrina legal entre otros el fundamento 8 que establece: «El supuesto de hecho en este delito [trata de perso-

nas] involucra cuatro conductas típicas. La promoción, que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca el favorecimiento, que incluye cualquier conducta que permite la expansión o extensión; la financiación, que se expresa en la subvención o contribución económica; y la facilitación, que involucra todo acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y manifiestan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como son el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, etcétera (...).». De la lectura del Acuerdo Plenario se advierte que los magistrados supremos que elaboraron dicha jurisprudencia sólo se han limitado a la descripción de las modalidades del tipo penal, no dando el concepto definido del Bien Jurídico que protege el delito de Trata de Personas, que nos serviría para interpretar sin ningún tipo de ambigüedades cada una de las modalidades del referido tipo penal.

**3.5.-** El día 23 de septiembre del año 2012, se publica en el Diario Oficial el Peruano la Ley N° 29918, ley que declara cada 23 de septiembre de cada año como el día nacional contra la trata de

7 Los antecedentes del **Protocolo de Palermo** sobre Trata de Personas son: 1) **Sobre Esclavitud**: a) Convención Relativa de la Esclavitud (1926), b) Convención Suplementaria Relativa a la Esclavitud (1926), c) Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Prohibición de la esclavitud, 1948); 2) **Sobre la Explotación Sexual**: a) Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (1910), b) Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños (1921), c) Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución Ajena (1949), d) Convención Interamericana sobre Tráfico sobre Tráfico Internacional de Menores (1996); 3) **Sobre Trabajo Forzado**: a) Convenio 29 de la OIT sobre Trabajo Forzado (1930), b) Convenio 105 de la OIT Relativo a la Abolición del Trabajo Forzado (1957), c) Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999); 4) **Sobre Discriminación contra la mujer**: a) Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), b) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 5) **Sobre Protección de niños, niñas y adolescentes**: a) Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores (1994), b) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de Niños en Pornografía (2000); 6) **Sobre Derecho Internacional Humanitario**: a) Obligación de trato humano a población protegida en el artículo 3 común de los 4 convenios de Ginebra (1949), b) Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II); 7) **Estatuto de Roma (Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1989)**: a) Artículo 7, esclavitud y trata son delitos de lesa humanidad (ataque generalizado con conocimiento, b) Artículo 8, Crimen de Guerra (plan o política).

8 Fue creada en 1951 tras el caos y los desplazamientos en Europa occidental consecutivos a la Segunda Guerra Mundial. Fuente: <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-iom-1/history.html>

9 [http://www.oimperu.org/oim\\_site/documentos/Manual%20de%20capacitacion.pdf](http://www.oimperu.org/oim_site/documentos/Manual%20de%20capacitacion.pdf)

10 Publicado en el Diario Oficial el Peruano con fecha 30 de julio del 2012.

personas; según el artículo 2 de dicha Ley, su finalidad es sensibilizar al Estado peruano en todos sus niveles y manifestaciones de poder, al sector privado y a la población en general en la prevención y sanción de la Trata de Personas y en la protección y asistencia de víctimas, sus familiares directos, colaboradores, testigos y peritos, con miras de erradicar este flagelo que es considerado «la esclavitud del siglo XXI», apreciándose la acción del Estado para sensibilizar a la comunidad.

## V. ESTADÍSTICAS.-

Según el Área Legal de la Coordinadora de los Derechos Humanos<sup>11</sup>, las cifras oficiales en el Perú permiten identificar que desde el año 2004 hasta diciembre del año 2011, al menos se han presentado 583 casos y 1829 víctimas registradas ante instancias policiales en todo el país, en los cuales el 91% son mujeres y el 9% hombres, pero estos datos en realidad no reflejan la real magnitud del crimen, pues en la mayoría de los casos las víctimas sufren de amedrentamiento, amenazas o no tienen la posibilidad real de denunciar los hechos, por lo que, existiría una cifra oculta o cifra negra del delito, siendo la percepción que va en auge por la impunidad.

## VI. CONCLUSIÓN.-

El artículo 153 del Código Penal que regula el delito contra la trata de personas, el mismo que de acuerdo a la correcta interpretación del citado artículo, el Protocolo de Palermo, y la Constitución Política del Perú, se debe entender como aquel delito que protege el bien jurídico consistente en la tutela de la dignidad humana.

Considero citar lo que la Constitución Alemana de 1949, establece en su artículo 1° sobre la dignidad: «*La dignidad humana es intangible. Los poderes públicos tienen el deber de respetarla y protegerla*». Entonces, debe entenderse por dignidad como aquel valor inherente a la persona dotado de libertad, a efecto de que éste tome las decisiones en el ejercicio de su libertad. Entonces consi-

deramos que la dignidad engloba a la libertad.

En este nuevo escenario planteado la Corte Suprema de Justicia de la República acorde a sus atribuciones debe pronunciarse a través de una nueva jurisprudencia [teniendo como antecedente el Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116] a efecto de precisar el bien jurídico protegido en el delito de la trata de personas desde la perspectiva planteada en el presente y acorde al Protocolo de Palermo.

## VII. REFLEXIONES.-

Partimos sistemáticamente del artículo 153° del Código Penal, que se encuentra ubicado en el título IV, Delitos contra la Libertad, podemos mencionar que el bien jurídico protegido es la libertad. Respecto a ello, consideramos que es claro la protección de una persona que no presta consentimiento. Pero qué ocurre cuando la víctima presta el consentimiento para someterse a la explotación ¿Puede la víctima disponer válidamente someterse a la explotación?

Si, la víctima puede someterse a la explotación [el mismo que puede originarse a distintos factores] pero ello no significa que su sometimiento a la explotación sea válido y que por tanto esa situación no sea calificada como punible, ya que el Tratado Internacional [Protocolo de Palermo] al cual estamos adscritos, ha establecido que es irrelevante que una persona haya decidido someterse a la explotación, es decir, que haya prestado su consentimiento. Y ¿por qué es irrelevante el consentimiento de la persona? la respuesta es sencilla, con el delito de Trata de Personas no sólo se debe proteger la libertad, sino algo más que ello, como lo señalamos anteriormente se debe proteger la dignidad humana que tiene como su contenido a la libertad, además que la dignidad es intangible; y el bien jurídico no sólo debe ser interpretada desde el punto de vista individual, sino en forma colectiva, considerando que es fin supremo del estado y de la sociedad la protección de la defensa de la persona humana y su respecto.

---

<sup>11</sup> Elaborado por Hayley Reyna Hidalgo, miembro del Área Legal de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. [http://derechoshumanos.pe/informe\\_anual\\_2011\\_12/Trata\\_de\\_personas\\_en\\_el\\_Peru.pdf](http://derechoshumanos.pe/informe_anual_2011_12/Trata_de_personas_en_el_Peru.pdf)

# LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO DE RESOCIALIZACIÓN EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE VARONES POCOLLAY DE TACNA - 2012

Mag. Gina Tapia liendo

*«La realidad es que asistimos a gran cantidad de juzgamientos en los cuales se reproducen a su vez rutinas del viejo Código: sucesión de sesiones cada 08 días y que abarcan meses, con riesgo de quebrarse, anularse por lo dilatado de su trámite».*

\* Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

## La educación como derecho humano de resocialización en el establecimiento penitenciario de varones Pocollay de Tacna-2012

### I. Análisis de la Problemática

En la construcción de establecimientos penitenciarios de la presente década se ha priorizado, como principal criterio, el de seguridad; muestra de ello es como actualmente se viene albergando a los internos en reducidas celdas en cada punto de nuestro país.

Los reclusos es uno de los grupos marginados de la sociedad, pero en su caso, se han visto desposeídos de manera consciente e intencionada, por haber cometido algún delito. Sin embargo, esto no significa que su encarcelamiento temporal sea una respuesta suficiente al fenómeno de la delincuencia.

Eventualmente, los reclusos dejan de ser delinquentes y son puestos en libertad en la sociedad en la que han delinquido. En consecuencia, hay motivos suficientes para tratar de proteger a la sociedad contra nuevos delitos, mejorando las oportunidades de una reintegración con éxito de los delinquentes en la sociedad. La frecuencia de la reincidencia parece indicar que podría hacerse algo más, aunque las pruebas de los efectos directos de los programas de educación, o de otro tipo, son todavía imprecisas.

A un nivel diferente, la educación se reconoce ahora como una necesidad humana básica y como un derecho humano. En consecuencia, puede argüirse que el encarcelamiento, aunque se considere un castigo justificado, no debe llevar consigo una privación adicional de derechos civiles, constitucionales, entre los que figura el derecho a la educación.

El concepto de la educación a lo largo de toda una vida también es pertinente en el contexto de los derechos humanos. Desde principios del decenio de 1970, las organizaciones internacionales y muchos especialistas en educación han adop-

tado un punto de vista holístico de la educación, considerando cada actividad docente como parte de un proceso que se prolonga durante toda la vida. Desde este punto de vista, no hay razón alguna para que este proceso se rompa por la privación de libertad del interno en un establecimiento penal.

La educación es un instrumento que se considera esencial para el desarrollo personal y la participación del individuo en la sociedad: no un aprendizaje rutinario, sino una educación que permita a sus graduados superar los simples datos ilustrativos para hacer descubrimientos por sí mismos y poder aplicar los conocimientos básicos.

Es imposible separar el proceso educativo del contexto en que tiene lugar. El entorno restrictivo de la prisión la convierte en un marco especialmente difícil para los servicios educativos, cuya finalidad es permitir a las personas tomar decisiones y, en consecuencia, asumir cierto control sobre sus propias vidas. Existen dudas graves en cuanto a la posibilidad de lograr cambios de conducta entre los delinquentes a través de la educación en un ambiente carcelario, y cada vez se tiene más conciencia de la influencia de los diversos tipos de dependencia y desadaptación social en la comisión de una amplia gama de delitos. Para lograr la reinserción social mediante un cambio radical de conducta, habrá que promover también la autosuficiencia y la autoestima de los reclusos. A fin de conciliar estas funciones del encarcelamiento, son muchos los que propugnan modificaciones en la política penitenciaria.

### 2. Análisis Jurídico

#### 2.1 El derecho a la Educación: Marco Constitucional y Naturaleza Jurídica.

El derecho a la educación, se encuentra recono-

cido como un derecho fundamental en los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en los cuales se han establecido una serie de obligaciones para los Estado parte, siendo ratificados por el Perú los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-o Protocolo de San Salvador.

A efecto de situar el derecho a la educación en nuestro país, en primer lugar nos remitiremos al marco de protección constitucional, en razón que lo consideramos necesario, y luego lo trataremos respecto de las personas que se encuentran privadas de libertad por la comisión de delitos en el **Penal de varones de Pocollay de Tacna**. La Constitución Política del Estado regula el derecho a la educación en los artículos 13, 14, 15, 16, 17, y 18, y se encuentra clasificado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, los cuales se derivan del principio- derecho a la dignidad de la persona.

Asimismo, la educación ha sido definida por el Tribunal Constitucional como «la facultad de adquirir o transmitir información, conocimiento y valores a efectos de habilitar a las personas para sus acciones y relaciones existenciales y coexistenciales, amén de ser una guía, dirección u orientación para el desarrollo integral de la persona»<sup>1</sup>. Bajo este orden de ideas, se atribuye un doble carácter a la educación, es decir, se reconoce como derecho y como servicio público. También se afirma que, la educación es un derecho fundamental porque se compone tanto de

presupuestos éticos como jurídicos directamente vinculados a la dignidad humana, la cual goza de reconocimiento legal en los instrumentos de alcance nacional como internacional, siendo exigible su cumplimiento en cualquiera de estos ámbitos.

Como es de verse la educación calza dentro de las características señaladas, configurándose así como un servicio público, acotando además el Tribunal Constitucional que «se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana».<sup>2</sup>

## 2.2 La función de la educación en los establecimientos penitenciarios.

El capítulo tercero del Código de Ejecución Penal, en el artículo 69° al 75° lo dedica a la educación.

Los educadores, autoridades penitenciarias y demás personal no siempre están de acuerdo sobre la finalidad de la educación en las prisiones. En tanto que algunas autoridades penitenciarias y funcionarios de seguridad tienden a considerar los programas educacionales como una actividad periférica, que contribuye al «buen orden» de la institución, ya que ayuda a mantener a los reclusos «provechosamente ocupados»<sup>3</sup>, otros, especialmente los educadores y personal «civil» (trabajadores sociales, psicólogos, etc.), tienden a desta-

1 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nro. 4232-2004-AA/TC de fecha 19 de julio del 2006 (fj.10).

2 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nro. 4232-2004-AA/TC de fecha 19 de julio del 2006 (fj.11).

3 Collins, M. Prison education: a substantial metaphor for adult education practice. *Adult education quarterly*, 38 (2): 101 a 110, 1988.

car el aspecto ético de la educación como parte de la finalidad rehabilitadora del encarcelamiento. Un elemento evidente de este objetivo, pero que a menudo se posa en silencio, es el deseo de influenciar el comportamiento futuro de los delincuentes mediante una modificación de sus valores y actitudes. Este aspecto queda implícito en la designación de las instituciones y sistemas calificados de «correccionales».

La educación se considera como uno de los medios de promover la integración social y la adquisición de conocimientos que permitan a los reclusos asegurarse un futuro mejor cuando recuperen la libertad. Esta opinión tal vez sea compartida por aquellos reclusos que aceptan que el encarcelamiento tiene una finalidad que va más allá del castigo, el aislamiento y la disuasión y que, por lo tanto, aceptan voluntariamente y aprovechan el aspecto reformador del encarcelamiento, en particular los servicios de educación profesional y el asesoramiento sobre las oportunidades de empleo. Otros delincuentes rechazan la educación como parte de un sistema impuesto, del que se sienten alienados. Sin embargo, es posible que muchos reclusos participen inicialmente en la educación por razones ajenas a la educación: salir de sus celdas, estar con amigos o evitar algo peor, por ejemplo. Es posible que tengan éxito como estudiantes.

En resumen, la educación en los establecimientos penitenciarios puede tener tres principales objetivos inmediatos a nivel básico, que reflejan las distintas opiniones sobre la finalidad del sistema de justicia penal: en primer lugar, mantener a los reclusos ocupados provechosamente; en segundo lugar mejorar la calidad de la vida en prisión; y en tercer lugar conseguir un resultado útil (oficio, conocimientos, comprensión, actitudes sociales y comportamiento) que perdure más allá de la prisión y permita el acceso al empleo o a una capacitación superior.

Esta educación puede o no reducir el nivel de reincidencia, aunque la capacitación en trabajos manuales mediante el empleo en los establecimientos penitenciarios puede contribuir también, a un cambio de actitudes y comportamiento de los internos.

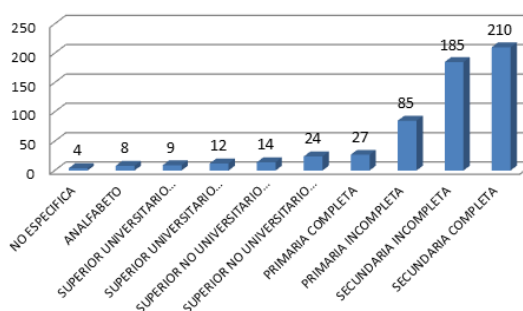
### 3. La Educación en el Penal de Varones de Pocollay de Tacna. 2012

CUADRO N°01  
POBLACIÓN PENAL POR NIVEL DE INSTRUCCIÓN

NIVEL DE INSTRUCCIÓN	TOTAL	%
NO ESPECIFICA	4	1%
ANALFABETO	8	1%
SUPERIOR UNIVERSITARIO COMPLETA.	9	2%
SUPERIOR UNIVERSITARIO INCOMPLETA	12	2%
SUPERIOR NO UNIVERSITARIO COMPLETO	14	2%
SUPERIOR NO UNIVERSITARIO INCOMPLETO	24	4%
PRIMARIA COMPLETA	27	5%
PRIMARIA INCOMPLETA	85	15%
SECUNDARIA INCOMPLETA	185	32%
SECUNDARIA COMPLETA	210	36%
<b>TOTAL</b>	<b>578</b>	<b>100%</b>

Fuente: Establecimiento Penitenciario de varones Pocollay Tacna  
Elaboración: Propia

Población Penal por Nivel de Instrucción

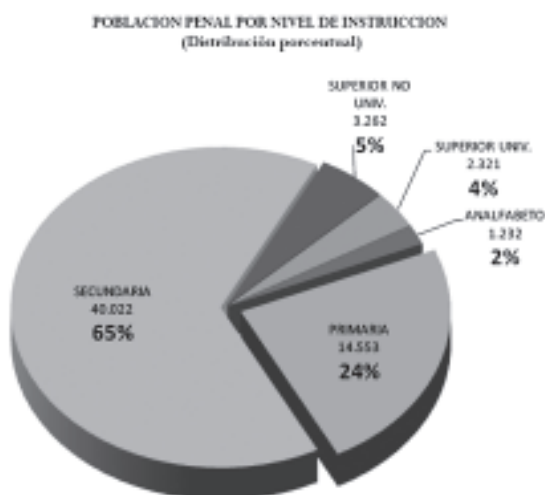


#### Comentario:

En el Establecimiento Penitenciario de Pocollay, al período 2012, existe un mayor número de población penitenciaria cuyo nivel de instrucción es secundaria completa; seguido de secundaria incompleta y primaria incompleta.

Algo similar ocurre a nivel nacional. En el siguiente gráfico puede observarse un comportamiento similar al que se tiene en el Establecimiento Penal de Pocollay.

**CUADRO N°03  
POBLACIÓN PENAL POR OFICIO**



Fuente: Unidades de registro penitenciario  
Elaboración: INPE / Unidad de estadística.

**Comentario:**

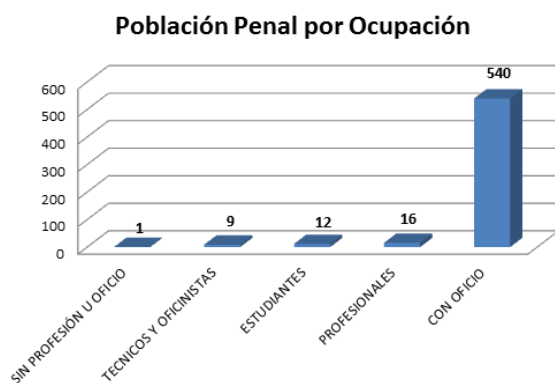
En el establecimiento penitenciario de Pocollay al período 2012 existe un mayor número de población que se ocupaban en algún oficio antes de ingresar al penal.

En cuanto al grupo de internos que tienen un oficio, podemos apreciar que el mayor porcentaje es de comerciantes con 27%, seguido por otros oficios con 25% y obreros con 22%.

**CUADRO N°02  
POBLACIÓN PENAL POR OCUPACIÓN  
ANTES DE INGRESAR AL ESTABLECIMIENTO  
PENITENCIARIO POCOLLAY DE TACNA**

OFICIOS	TOTAL	%
ARTESANOS Y OPERARIOS.	10	2%
SIN PROFESIÓN U OFICIO.	1	0.2%
ESTUDIANTES	9	1.6%
TÉCNICOS Y OFICINISTAS Y GANADEROS	44	8%
CONDUCTORES DE VEHICULOS DE TRANSPORTE	72	13.2%
ESTUDIANTES	117	22%
OBRREROS	135	25%
PROFESIONALES	147	27%
OTROS OFICIOS.	540	93.4%
CON OFICIO.	147	27%
COMERCIANTES.		
<b>TOTAL</b>	<b>542</b>	<b>100%</b>

Fuente: Establecimiento Penitenciario de varones Pocollay Tacna  
Elaboración: Propia



**CUADRO N°04  
POBLACIÓN PENAL POR ESPECIALIDAD  
EDUCATIVA EN EL ESTABLECIMIENTO  
PENITENCIARIO**

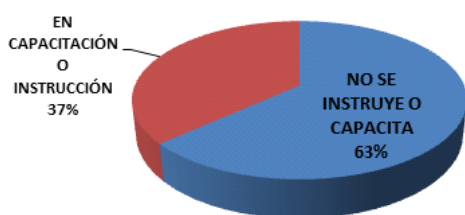
TIPO DE INSTRUCCIÓN	%	
<b>A) INSTRUCCIÓN EDUCATIVA</b>		
ALFABETIZACIÓN	0	0%
EDUCACIÓN PRIMARIA	22	10%
EDUCACIÓN SECUNDARIA	40	19%
<b>B) CAPACITACIÓN LABORAL</b>		
CARPINTERÍA EN MADERA	44	21%
ARTESANÍAS	35	17%
SASTRERÍA	28	13%
TEJIDOS YUTE	22	10%
ZAPATERÍA	21	10%
ALBAÑILERÍA	0	0%
ADMINISTRACIÓN	0	0%
CARPINTERÍA METÁLICA	0	0%
CONTABILIDAD	0	0%
EBANISTERÍA	0	0%
ELECTRICIDAD	0	0%
ELECTRÓNICA	0	0%
EDUCACIÓN FÍSICA, DEPORTE Y RECREACIÓN	0	0%
IDIOMAS	0	0%
INDUSTRIA ALIMENTARIA	0	0%
INDUSTRIA DEL VESTIDO (confecciones)	0	0%
MECÁNICA AUTOMOTRIZ	0	0%
MECÁNICA DE BANCO	0	0%
PARAMÉDICAS	0	0%
RADIO	0	0%
SOLDADURA MECÁNICA	0	0%
TORNO	0	0%
OTROS Y COCINEROS	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>212</b>	<b>100%</b>

Fuente: Establecimiento Penitenciario de varones Pocollay Tacna  
Elaboración: Propia

Comentario:

En el establecimiento penitenciario de Pocollay al período 2012 por lo menos de los 578 internos, 62 se han inscrito en algún programa educativo; y, 150 de ellos se hallan inmersos en un programa de capacitación laboral.

### Población Penitenciaria ocupada por Capacitación o Instrucción



## 4. CONCLUSIONES

- En el Establecimiento Penal de varones de Pocollay de Tacna, durante el período 2012, no se han dado las condiciones necesarias para contribuir a la resocialización a través de la educación debido a que se cuenta los espacios reducidos para los programas de alfabetización, educación básica y ocupacional.
- Al parecer, existe poco interés por el Estado para contribuir a que se implementen mejoras en éste y otros penales del país.
- Las ocupaciones que se ofrecen son sólo respecto de los que tienen interés por los beneficios penitenciarios, mientras que los demás no realizan actividad alguna y dicha ociosidad sólo puede generar más vicios, debiendo implementarse algún tipo de actividad para éstos.
- Respecto a las ocupaciones que se ofrecen en el establecimiento penal de varones de Pocollay de Tacna, sería ideal que se pueda ofrecer una educación universitaria.

## 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. SOLÍS, Alejandro. (2000). La Ciencia Penitenciaria. Lima.
2. FERNANDEZ GARCIA, Julio, y otros (2001). Manual de Derecho Penitenciario, Coord. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Laura Zúñiga Rodríguez, Editorial Colex, Madrid.



# El Problema de las Personas Jurídicas en el Proceso Penal Peruano

Jorge Luis Fernández Sucapuca\*

*«La realidad es que asistimos a gran cantidad de juzgamientos en los cuales se reproducen a su vez rutinas del viejo Código: sucesión de sesiones cada 08 días y que abarcan meses, con riesgo de quebrarse, anularse por lo dilatado de su trámite».*

\* Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

## El Problema de las Personas Jurídicas en el Proceso Penal Peruano

### Palabras Clave:

Persona Jurídica, Consecuencias Accesorias, Criminalidad Empresarial, Penas Especiales, Acuerdo Plenario

**ABSTRACT** Since always understood that according to the Peruvian Criminal Code, only natural persons may be susceptible to punishment. Consider legal persons or companies is not viable in our criminal law, and is therefore not susceptible to crime control and therefore cannot be held criminally liable. In this sense, it is understood that in our criminal law as in the classical doctrine generally applies the maxim: *Societas Delinquere non Potest*. This has undoubtedly brought many setbacks and roadblocks facing to the innovation of our procedural system, which finds contradictions and gaps that ultimately did not make any real legal protection.

**«Un Derecho Penal que se precie de ser legítimo, tiene que captar las expectativas de su época, tiene que ir al compás de la normatividad de su época»**

Georg Wilhelm Friedrich Hegel

### SUMARIO

- I. Introducción
- II. Justificación
- III. El Panorama de las Personas Jurídicas
- IV. El Derecho Penal Peruano y su enfoque antropológico
- V. El Código Penal – Parte General – y las Consecuencias Accesorias
  - 5.1 Las Consecuencias Accesorias
  - 5.2 ¿Son las Personas Jurídicas capaces de cometer delito y por ende recibir una pena?
  - 5.3 Las Personas Jurídicas en el Proceso Penal
  - 5.4 Las Personas Jurídicas en el Derecho Comparado
- VI. La Teoría de la Imputación Objetiva
  - 6.1.-Herramientas para Imputar responsabilidad penal de las Personas Jurídicas
- VII. Conclusiones
- VIII. Recomendaciones
- IX. Bibliografía

### I. INTRODUCCION

Hoy en día, ya no se encuentra ajeno a nosotros conocer la realidad de nuestro Sistema Jurídico Penal, ya sea por la experiencia impartida a nivel doctrinal o la praxis judicial con respecto al nuevo modelo procesal penal, y ello ya con sus 7 años de experticia, donde la mayoría de los distritos judiciales del País vienen trabajando. Esto sin duda nos da a grandes luces, muestras de un intento certero de la aplicación de Políticas Criminales modernas, con el fin de combatir la Criminalidad contemporánea, la cual se manifiesta de muchas formas; ello con relación a la innovación dada sobre la incorporación de las Personas Jurídicas al proceso penal, como parte y con goce de los mismos derechos y garantías de la parte imputada; todo lo mencionado con el fin de «proteger y prevenir la lesión de bienes jurídicos que menoscaban el fin supremo del Estado.

Es por ello que dentro de la preocupación de los legisladores tanto como los juzgadores, estos últimos han puesto en marcha criterios innovadores para la praxis judicial, en cuanto han emitido Doctrina Legal referente a las Personas Jurídicas, las cuales buscan dilucidar mejor las incertidumbres, que se han venido presentando desde la aparición

del Código Penal de 1991, tomando para ello parámetros que pretenden dar una mejor connotación jurídica a la situación actual de la ola criminal empresarial, que presenta nuestra sociedad.

Por consiguiente, en el presente trabajo hemos de observar aquellas situaciones que pese a existir legislación y doctrina concerniente al tema, no sirve de manera eficiente para atacar el refinamiento de la Criminalidad Empresarial, viendo a clara luz, que en la actualidad estas deficiencias se ven observando cada vez con mayor abundancia, razón que hace muy difícil determinar el «grado de responsabilidad penal», así como la atribución por «autoría o complicidad» de los miembros que participan en dichas Personas Jurídicas; ya sean como Ong's, Sociedades, Empresas, etc., aumentando la criminalidad, lo cual por la vinculación con las Personas Jurídicas pasan a denominarse como una «Criminalidad Empresarial», mezclada con una criminalidad organizada a nivel supra, donde al respecto también existe un descuido por parte de los doctrinarios y dogmáticos al no crear una teoría de imputación para las Personas Jurídicas y solamente ofrecer pequeños criterio de imputación que presentan muchas falencias.

## II. JUSTIFICACIÓN

El presente artículo se justifica porque el Derecho Penal junto con las Políticas Criminales modernas, se encargan de prevenir y dar lucha a la delincuencia, que hoy en día se manifiesta en varios aspectos, teniendo como mayor relevancia la delincuencia basada en las Personas Jurídicas. Por ello en afán de proteger la sociedad necesitamos de todas las medidas previsibles, que coadyuven al amparo e inviolabilidad de los bienes jurídicos ya establecidos. Siendo que en la actualidad el Derecho Penal se enriquece con la dogmática, doctrina, jurisprudencia, leyes, y todas las demás fuentes que hacen posible que la justicia, derroque a la impunidad. Más aun cuando estando en un mundo tan globalizado donde entes internacionales – llámese *empresas, ong's, sociedades, etc.* –, concurren dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para realizar sus actividades delictivas y estas cometiéndolas de manera continuada; es decir que al hacer un simple cambio de gerente o presidente pueden seguir delinquiendo. Para ello se necesitan de nuevas Políticas Criminales, que frenen tales actividades delictuosas.

Ergo, resulta idóneo afirmar que la presente investigación se servirá de algunos criterios adoptados por la dogmática moderna, compuesto de otros criterios clásicos que coadyuvarán por lo menos dejar los cimientos o bases para teorizar próximamente una Teoría De Imputación propia a las Personas Jurídicas.

Ergo, resulta idóneo afirmar que la presente investigación se servirá de algunos criterios adoptados por la dogmática moderna, compuesto de otros criterios clásicos que coadyuvarán por lo menos dejar los cimientos o bases para teorizar próximamente una Teoría De Imputación propia a las Personas Jurídicas.

## EL PROBLEMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL

### III. El Panorama de las Personas Jurídicas

La aparición del Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal, en el año 1991, es sin duda alguna una muestra clara del avance tanto dogmático, doctrinario y legal de nuestro Sistema Jurídico Penal, el cual de por sí ha optado por una reforma total, emprendiendo nuevas Políticas Criminales<sup>1</sup>, las cuales servirían para encargarse de mejorar el ordenamiento jurídico punitivo. Es por ello que en la exposición de motivos de dicho Código Penal, se detalla el objeto del contenido jurídico adoptado; dilucidándose de entre tantos temas, el referido a las «Consecuencias Accesorias»<sup>2</sup>, el cual ha sido muy poco profundizado –

1 Al respecto Roxín, Claus señala: «la cuestión de cómo debe procederse con las personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social, poniendo en peligro a los individuos o a la colectividad. La Política Criminal está en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica. Por una parte se basa, como ciencia, en los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empíricas y jurídicas; por otra parte quiere como una forma de la política establecer determinadas ideas o intereses, trata como la teoría de desarrollar unas estrategias definitivas de la lucha contra el delito « Cfr. ROXIN, Claus. «Política Criminal y sistema de Derecho Penal»; Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2000, pag.35.

2 Consecuencias Accesorias: Resaltan, por su importancia y novedad, las distintas medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales. Entre las medidas enumeradas en el proyecto destacamos las siguientes: clausura de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o fundación, y suspensión o prohibición de actividades (105°).

*digo poco profundizado por la clásica concepción de que solo la persona puede cometer delito, lo que no ha generado un suficiente debate jurídico para emitir doctrina referente al tema – debido a la falta de jurisprudencia y doctrina nacional, considerando también que legislativamente no se han dado las suficientes herramientas para hacer aplicable dichas consecuencias accesorias – actualmente llamadas penas especiales –.*

Viendo lo antecedido, precisamos que nuestro de punto de partida será, determinar mediante un análisis explorativo – descriptivo, cuales son los problemas que han llevado a la inaplicación de las consecuencias accesorias en el Sistema Jurídico Penal. Aunado a ello también se verificara cuáles son las falencias que presenta el nuevo modelo procesal penal, adoptado con la llegada del Decreto Legislativo N° 957 – Nuevo Código Procesal Penal del año 2004, en relación a la Irresponsabilidad de las Personas Jurídicas. Más aun cuando la mayor parte de los operadores jurídicos a nivel nacional, creen que la aparición del Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-I 16 – «*Persona Jurídica y Consecuencias Accesorias*»<sup>3</sup>, del año 2009, ha suplido aquellas incertidumbres jurídicas nacidas desde la aparición del Código Penal.

Asimismo, la posición de la doctrina dominante en el clásico argumento de que las Personas Jurídicas no son sujeto de derecho en materia penal, atrapa en tal posición a todos los operadores jurídicos. Esta afirmación conlleva a realizar poco análisis y evolución de pensamientos con respecto al tema tratado, debido a que es tan evidente, la escasa producción de Libros, Manuales, y obras comentadas del Código Penal o Procesal Penal, que hagan referencia a la posibilidad de considerar a la persona jurídica como sujeto del Dere-

cho Penal. Desde luego, se suman las posiciones de los doctrinarios más conocidos en nuestro medio que proponen una postura paralela, teniendo como ejemplo al Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, quien en una conversión con el Dr. David Baigún, señaló que: «esa responsabilidad penal de las llamadas Personas Jurídicas no pertenece al campo penal, no es que no se puede estructurar, no se puede conformar, digamos el aparato sí, pero no sería, no es del Derecho Penal, esto en realidad pertenece al Derecho Administrativo»<sup>4</sup>.

Por otra parte, verificamos que en la actualidad el tema de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas se relaciona principalmente con el orden económico de un país y aquellos otros bienes jurídicos que ante su violación desprendan un beneficio ya sea económico o de otra índole, para la empresa – *lo cual se viene estudiando en la rama del Derecho Penal Económico –.*

Es así, que gracias a este fenómeno nace el concepto de criminalidad de la empresa, designando así todo el ámbito de los delitos, en los que por medio de la actuación de la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses sociales, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa. Con eso se quiere expresar que la criminalidad de las empresas no es algo nuevo que haya surgido en estos últimos años, sino que siempre ha estado presente, pero lamentablemente el enfoque punitivo era otro. Por supuesto lo ya mencionado es analizado también por el Dr. Percy García Caveró, quien en una de sus publicaciones afirmaba que: «*Se ha llegado a determinar con una base empírica comprobada como la cultura corporativa de una empresa puede tornarse criminógena, es decir, fomen-*

---

<sup>3</sup> Persona jurídica y consecuencias accesorias; donde se da un enfoque doctrinario con respecto a la necesidad jurídica, que ha generado incertidumbre de la aplicación de los artículos 104° y 105° del Código Penal, estableciendo el sentido preventivo especial del Derecho Penal, otorgándole a las consecuencias jurídicas del artículo 105° la naturaleza de «penales especiales», las cuales han de servir para frenar la criminalidad empresarial cometida frente a hechos ilícitos, tanto también en la manera de otorgar los mismos derechos de garantía procesal, al considerarlo como nueva parte procesal. Es así que se hace plausible la incorporación de las personas jurídicas en el proceso penal, pudiendo ejercer el derecho de defensa que le corresponde a cualquier imputado. Observando dentro del mismo contexto, la aplicación de una pena especial ante la acreditación de la responsabilidad penal de la persona natural, concepción que ha llevado a denominarse por una parte de la doctrina, como un criterio de imputación derivada, o también conocido como imputación por asunción, imputación por transferencia, imputación por accesoriedad.

<sup>4</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio, citado por David Baigún. Catedra de Derecho – Universidad de Buenos Aires. [En línea]. Disponible en: <[http://www.derecho.uba.ar/multimedia/transcripcion/tr\\_baigun\\_01.pdf](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/transcripcion/tr_baigun_01.pdf)> [Consulta 10 de mayo del 2013].

tar que los miembros materialicen hechos delictivos en cumplimiento de las directrices de conducta que la empresa desarrolla a su interior. Por lo tanto sancionar únicamente a los miembros individuales de la empresa no erradicaría la cultura corporativa criminógena y por tanto el peligro de la futura comisión de hechos delictivos».<sup>5</sup> Vale decir a este respecto, y siendo más concretos los casos que se presentan en la práctica se encuentran relacionados, fundamentalmente, con distintos bienes jurídicos protegidos penalmente (delitos contra el medio ambiente, delitos contra el patrimonio, delitos contra la administración pública, delitos contra la fe pública, delitos contra la vida, el cuerpo y la salud y entre otros), en los cuales es relevante la sanción de la responsabilidad penal de la empresa. Considerándose además que se debe tener presente que las actividades delictivas de las Personas Jurídicas pueden ser pluriofensivos en muchos casos.

Más todavía, podemos señalar que no existe solo criminalidad cometida por seres individuales, sino que la sociedad ha presentado tantos cambios, que la nueva criminalidad que está confrontando nuestro país y por ende nuestro sistema penal en su totalidad es la «Criminalidad Empresarial», que utiliza instrumentos y políticas delictivas, como los medios de comunicación y las redes comerciales internacionales para cometer un sinnúmero de ilícitos. Consecuencia de ello es pues que existe una correspondencia entre aumento de las ganancias, con la corrupción de las relaciones económicas lícitas y utilización de las ilícitas.

Este fenómeno Criminal Empresarial, se observa en las relaciones económicas internacionales y gracias a ello es que también es palpable a nivel nacional, en las relaciones económicas propias del Estado, donde concretamente la empresa el principal agente económico de la sociedad moderna, la cual aprovechando de su condición, ha decidido abusar de su condición para delinquir – véase los casos más notorios de las empresas mi-

neras y empresas lavadoras de dinero–.

Por ende, este tipo de criminalidad, denota mucho la existencia de las llamadas mafias empresariales o empresas mafiosas, que trabajan con capital ilícitamente obtenido convirtiéndolo en capital sano. Es por ello que este fenómeno de utilización delincuencia nace con la creación de las Personas Jurídicas, las cuales en apariencia lícitas obtienen el provecho económico ilícito, que luego les sirva para seguir cometiendo más delitos, razón importante para exigir nuevas políticas criminales que sirvan de apoyo para combatir estas nuevas modalidades. Más todavía, que en nuestra realidad es cada vez más evidente que la Criminalidad Empresarial necesita de frenos que eviten la comisión de delitos.

En definitiva, nuestra actualidad jurídica se resiste y sostiene en minorías las nuevas concepciones de la Dogmática Penal Moderna, así como una baja aceptación del nuevo modelo procesal, pronosticando así un nivel cero, para combatir la criminalidad moderna, por cuanto la gran mayoría sigue con el pensamiento Dogmático Penal Clásico, aplicando como es de saber la «Teoría del Delito»<sup>6</sup> y respetando fielmente todas sus instituciones y categorías para la resolución los aspectos problemáticos en materia penal. El cual a mi parecer, presenta ya un mediano atraso para poder aceptar los nuevos cambios en la Dogmática Penal y Políticas Criminales modernas, más aun en el tema tratado, para construir una Teoría de Imputación para las Personas Jurídicas, de modo que se asuma que la realidad de imputar tal responsabilidad penal, combatirá de manera más eficiente la criminalidad cometida por estas.

#### IV. El Derecho Penal Peruano y su enfoque antropológico

Nuestro Derecho Penal, enfoca su visión solo en la imputación penal de personas naturales, sien-

5 GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico Parte General Tomo I; Lima – Perú. Editorial Grijley. Pág. 969.

6 Trilogía de Antijuricidad, Culpabilidad y Tipicidad. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General; España: editorial Civitas S.A., pág. 618

do ellos los únicos susceptibles del *ius puniendi*<sup>7</sup> del Estado, dejando a un lado a los animales, cosas, fuerzas naturales, y también a las Personas Jurídicas – este último, como elemento importante en otras ramas del derecho donde si es objeto de consecuencias perniciosas, como en el derecho del consumidor, derecho civil, derecho tributario, administrativo, etc. –, sobretodo estas últimas por el apotema jurídico «*Societas Non Delinquere Potest*»<sup>8</sup>

Sin embargo, cabe señalar que en la actualidad han surgido muchos problemas en cuanto al enfoque que se tiene con respecto a ellas, ya que la reforma del nuevo Código Procesal Penal, ha traído un sinnúmero de cambios, entre ellos la responsabilidad civil de las Personas Jurídicas – *institución muy típica, usada por los abogados y fiscales, para someter a las personas jurídicas a una obligación solidaria* –, así como una responsabilidad penal de las mismas, cuyos cambios se deben a la preocupación legislativa por hacer lucha a la Criminalidad Empresarial cometida por las Personas Jurídicas en la sociedad peruana. Lo cual se condice en la innovación de los sujetos procesales, tal como lo señala el Título III, denominado como «Personas Jurídicas», el cual aborda los artículos 90°, 91°, 92° y 93°, regulando de esta forma la incorporación de la persona jurídica, como nuevo sujeto procesal al proceso penal; aumentándole, sin duda, efectos mayores a la responsabilidad civil – esto visto en la figura del tercero civil –; es decir, se han dado leyes procesales que pretenden hacer más útil las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas.

## V. El Código Penal – Parte General – y las

## Consecuencias Accesorias

### 5.1 Las Consecuencias Accesorias

Cuando el legislador introdujo la renovación del sistema penal, mediante el Código Penal de 1991, considero aspectos nuevos que anteriormente no se habían llevado en la praxis judicial del país; por ello que gran referencia de este código se la debemos al Código Penal Español, fuente de la cual extrapolamos muchas instituciones jurídicas penales hoy vigentes y con muchos cambios beneficios para los operadores jurídicos. Así dentro de ellas se introdujo las llamadas consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas, lo que sin duda ya era propugnado en países europeos, con algo de resistencia por parte de la doctrina dominante de ese continente. Asimismo al ser esta una herramienta nueva para combatir a las nuevas formas de Criminalidad Empresarial, organizada u económica, los jueces encontraban su blanco en las Personas Jurídicas, mas no en la personas naturales que poseían otra tipología de sanciones.

Sobre este tema, al respecto de a quienes deben dirigirse estas consecuencias accesorias, no presenta muchas dificultades de interpretación en nuestro ordenamiento jurídico, más aun cuando el jurista Luis Gracia Martín, experto en temas de criminalidad, fundamenta que: «La imposición de estas medidas sobre la base de la peligrosidad objetiva de la cosa, esto es que la reacción penal responde a la peligrosidad de la persona jurídica, puesta de manifiesto a través de las acciones antijurídicas que realiza las personas físicas que actúan para ella».<sup>9</sup>

7 Ius Puniendi: expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada encontramos por un lado que, la expresión «ius» equivale a decir «derecho», mientras que la expresión «puniendi» equivale a «castigar» y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar.

8 Locuciones Latinas Principio de derecho penal en virtud del cual las personas jurídicas no pueden delinquir por tres razones básicas: carecen de capacidad de acción ya que no pueden realizar por si solas un comportamiento que requiere de la voluntad humana, de la mano de lo dicho carecen de aptitud para la culpabilidad, no son susceptibles de sufrir determinadas penas como las privativas de libertad y finalmente su castigo sería en realidad el de sus miembros con lo que se atentaría contra el principio de un derecho penal de autor. Diccionario Jurídico Español [En línea]. Disponible en <<http://palabradeley.com/fichaglosario.php?ID=245>> [Consulta: 23 abril del 2013].

9 LUIS GRACIA MARTIN, Citado por ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal. Lima – Perú. Editorial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 484.

Otro aspecto importante de la incorporación de estas consecuencias accesorias en nuestro ordenamiento jurídico, viene a ser sobre la finalidad preventiva o reparadora de estas, finalidad desarrollada en las palabras de la maestra Laura Zúñiga Rodríguez que resalta: «El fundamento de las consecuencias accesorias del artículo 105º del Código Penal es preventivo (general y especial) y no reparador, lo cual las acerca a las sanciones punitivas».<sup>10</sup> Posición que obedece al criterio taxativo que el mismo Código Penal señala en su articulado, ya que solo se contemplan medidas que buscan frenar nuevas incidencias delictivas, alejándolas del aspecto indemnizatorio que se encuentra en las reparaciones civiles.

Más todavía, cuando en experiencias encontradas en otros ordenamientos jurídicos penales, señalan la aplicación discrecional de las consecuencias accesorias, pese a no existir una teoría de imputación para las Personas Jurídicas, sobre todo cuando aún persiste el rechazo de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. Sin embargo su aplicación con fines preventivos y protectivos, relevan aquellas incertidumbres que aun acaecen en los operadores jurídicos. Tales como las que señala el profesor español Jesús María Silva Sánchez, quien destaca afirmando que: «En España a lo largo de 10 años de vigencia del Código Penal, se han aplicado mayoritariamente las consecuencias accesorias en este ámbito (principalmente tráfico de drogas, prostitución, propiedad intelectual) y en el del terrorismo, y son prácticamente inexistentes las resoluciones judiciales que conciernen a la criminalidad de empresa».<sup>11</sup>

Así entonces, y yendo más al plano procesal, la llegada del Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116 – «Persona Jurídica y Consecuencias Accesorias», presenta una supuesta clarificación de la naturaleza

jurídica de las consecuencias accesorias. Refiero una supuesta ilustración por los Supremos en lo Penal, por cuanto pese a tomarse la buena labor de realizar un pleno jurisdiccional, tocando un tema tan álgido internacionalmente – *como el que tratamos de ocupar en este trabajo* –, han omitido en señalar donde se encuentra la debida motivación en argumentar jurídicamente, ¿por qué las consecuencias accesorias son denominadas ahora «penas especiales»<sup>12?</sup>, no encontrándose en ningún fundamento de dicho plenario, la especificidad de su consistencia especial. Merito que es importante descubrir en aras de no ver este tropiezo legal que presentan los operadores jurídicos actualmente, hecho por el cual se hace indispensable el señalar si tales consecuencias accesorias, tienen una naturaleza penal retributiva o preventiva, o como una naturaleza civil resarcitoria – *decimos esto último por los efectos del artículo 104º*. Lo cual permitirá hacer mejor uso de los demás artículos del Código Penal. Asimismo nace la misma inquietud de preguntarse, ¿Por qué los Supremos en lo Penal, no dijeron simplemente que las consecuencias accesorias son penas para las Personas Jurídicas?, dejando de trastabillar en causales de dudabilidad, el cómo tenemos que interpretar dicha doctrina legal vinculante. Entonces pese a que ahora las consecuencias accesorias son penas especiales, podemos resaltar *a posteriori*, que esto traerá un determinado número de inquietudes, en relación a la interacción con las demás instituciones del Derecho Penal, lo cual ya se muestra visible en algunos debates de la Dogmática Penal, así como en esta exposición de ideas.

## 5.2 ¿Son las Personas Jurídicas capaces de cometer delito y por ende recibir una pena?

Partimos señalando que ni en el Código Penal<sup>13</sup>

10 ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal. Lima – Perú. Editorial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 486.

11 JESUS SILVA SANCHEZ, Citado por ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal. Lima – Perú. Editorial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 492.

12 Fundamento N° 11, Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116

13 Decreto Legislativo N° 635.

vigente, ni en la jurisprudencia se acepta la responsabilidad de las Personas Jurídicas; ergo se demuestra una ausencia enorme de la praxis judicial en este tema, sumado a las críticas mayoritarias de varios abogados penalistas, que se amparan tal como señalamos *at supra* en el aforismo jurídico «*Societas Non Delinquere Potest*»<sup>14</sup>. Posición que se merece cierto apoyo por nuestra parte, ya que existe una serie de artículos que hacen imposible referir que la persona jurídica comete delito, lo cual merece una reforma a modo de *lege ferenda*.

Comenzamos revisando el Artículo 11<sup>o15</sup> del Código Penal. Donde vemos que dicho texto legal, es la base del porque no se puede imputar un delito a una persona jurídica en el proceso penal, ya que dicho texto delimita que «solo pueden ser culpables quienes tengan capacidad de acción» – *lo cual es inherente a un individuo, mas no a la persona jurídica* –. Concepto mejor definido por Claus Roxín, quien señala que: «acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica»<sup>16</sup>, del cual podemos manifestar que ante la falta de capacidad de acción, es imposible reprochar penalmente a la persona jurídica. Situación similar que se propugnaba con los Maestros Procesalistas, Mixán Mass, Rodríguez Hurtado, Burgos Mariños, en los talleres que se realizaron como practica para la apli-

cación del nuevo modelo procesal penal; donde se hizo clara alusión de lo siguiente: «Que según nuestro ordenamiento jurídico penal Peruano vigente, la persona jurídica no es sujeto agente del delito»<sup>17</sup>, frase muy sencilla que no abarca mucha discusión ya que como vuelvo a reafirmar no existía praxis judicial con respecto a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en el proceso penal Peruano.

Siguiendo la misma línea de artículos encontramos al Artículo 28<sup>o18</sup>, del cual se desprende otro obstáculo para imputar responsabilidad a las Personas Jurídicas, ya que como sabemos el proceso penal busca conseguir una pena para los imputados, asumiendo que dichas penas contempladas *at infra*, no le serían aplicables a las Personas Jurídicas, en razón a dos sentidos, uno en cuanto a la imposibilidad de hacer punible un hecho delictivo, donde no existe acción por parte de la persona jurídica, impidiendo la aparición de las demás categorías del delito, como la antijuricidad, tipicidad y culpabilidad. Y por otro lado cuando dichas penas estipuladas en el Código Penal, son de carácter estrictamente personal, no equiparándose los supuestos dados por el legislador, ya que estas serían jurídicamente imposibles, salvo aquí, la pena Multa, la cual si podría imponerse a la persona jurídica.

En relación a lo precedido también vemos al Artículo 71<sup>o19</sup>, otro punto de obstáculo que entra en debate, ya que este especifica que a todo im-

14 La Sociedad No Comete Delito.

15 Delitos y faltas Artículo 11.- Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley

16 ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. España. Editorial Civitas S.A. pág. 194

17 SCHONBOHM HORST, MIXAN MASS, Florencio; RODRIGUEZ HURTADO, Mario; BURGOS MARIÑOS, Víctor. Teoría y Práctica para la Reforma Procesal Penal. Perú – Trujillo, Editorial BGL ediciones 2007, pág. 31

18 Clases de Pena

Artículo 28.- Las penas aplicables de conformidad con este Código son:

- Privativa de libertad;
- Restrictivas de libertad;
- Limitativas de derechos; y
- Multa.

19 Medidas de seguridad. Clases

Artículo 71.- Las medidas de seguridad que establece este Código son:

1. Internación; y
2. Tratamiento ambulatorio.



putado se le puede aplicar una medida de seguridad cuando en su defecto no está disponible una pena. Deduciendo aquí, que resulta absurdo poder aplicarle una medida de seguridad a una persona jurídica, ya que no son susceptibles de la misma por su naturaleza ficticia.

Finalmente el artículo 105<sup>o20</sup>, hace mención, de las penas especiales aplicables a la persona jurídica, empero antes de avocarnos a la situación acarreada con el Nuevo Código Procesal Penal, veremos que dentro del Código de Procedimientos Penales – *aún vigente en alguno distritos judiciales* – no se establece como se le afecta a una persona jurídica con tales medidas, ya que no se encuentra regulado su emplazamiento e incorporación al proceso; encontrando así un claro vacío, que hace gravitante la impunidad de estos nuevos criminales que utilizan el velo societario. Así también, en el caso del Nuevo Código Procesal Penal, pese a encontrarse regulada la incorporación al proceso de las Personas Jurídicas, no se ha suplido tal vacío, de manera en que en caso de imponérsele tales penas especiales, el artículo en referencia, no ha establecido como medir los presupuestos y fundamentos para determinar el *Quantum Punitivo*, dejando una puerta abierta a la arbitrariedad de los jueces y la indefensión de las partes. Ya que no podría limitar de manera objetiva, la subjetividad del juez.

### 5.3 Las Personas Jurídicas en el Proceso Penal

Tal como señalábamos anteriormente el Código Procesal Penal<sup>21</sup>, vigente en casi la mayoría de distritos judiciales del Perú, ha establecido un título especial sobre el tema; el cual tiene la denominación **Las Personas Jurídicas**, cuyo capítulo comprende los siguientes artículos: 90°, 91°, 92° y 93°.

Además de ello, el Poder Judicial, a través del Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116<sup>22</sup>, ha intentado solucionar algunos de los problemas de imputación ocasionados por la organización empresarial actual, mediante la figura del «actuar en nombre de otro»; asimismo ha tratado de introducir criterios valorativos para la determinación de las penas especiales, refiriendo que los jueces de manera transitoria, apliquen los lineamientos establecidos en el anteproyecto de la reforma del Código Penal. Estas políticas criminales, establecen de manera general las condiciones de la responsabilidad de los órganos o representantes de las Personas Jurídicas en los delitos, es decir, aquellos en los que la autoría se fundamenta en un deber del titular de la acción. Se trata, pues, de un «*intento*» de eliminar las lagunas de impunidad que se generan cuando ese deber incumbe a la persona jurídica.

<sup>20</sup> Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años. El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

<sup>21</sup> Decreto Legislativo N° 957

<sup>22</sup> Persona jurídica y consecuencias accesorias; donde se da un enfoque doctrinario con respecto a la necesidad jurídica, que ha generado incertidumbre de la aplicación de los artículos 104° y 105° del Código Penal, estableciendo el sentido preventivo especial del Derecho Penal, otorgándole a las consecuencias jurídicas del artículo 105° la naturaleza de penales especiales, las cuales han de servir para frenar la criminalidad empresarial cometida frente a hechos ilícitos, tanto también en la manera de otorgar los mismos derechos de garantía procesal, al considerarlo como nueva parte procesal. Es así que se hace plausible la incorporación de las personas jurídicas en el proceso penal, pudiendo ejercer el derecho de defensa que le corresponde a cualquier imputado. Observando dentro del mismo contexto, la aplicación de una pena especial ante la acreditación de la responsabilidad penal de la persona natural, concepción que ha llevado a denominarse por una parte de la doctrina, como un criterio de imputación derivada, o también conocido como imputación por asunción, imputación por transferencia, imputación por accesoriedad.

Un punto interesante del nuevo Código Procesal Penal es el artículo 313°, del cual podemos advertir lo mismo que señalados en el artículo 105° del Código Penal, es decir en el proceso penal, donde el fiscal requiera la aplicación de las medidas preventivas estipuladas en el artículo *at supra*, el Juez podrá resolver dicho requerimiento, no pudiendo establecer medidas preventivas que duren más de la mitad del tiempo previsto en el artículo 105°, dejando a luz la pregunta de *¿cómo medir el tiempo de dicha medida preventiva, sino existen los presupuestos y fundamentos para determinar el Quantum Punitivo?*, dejando otra puerta abierta a la arbitrariedad de los jueces e indefensión de las partes.

Sumado a lo anterior aparece otra deficiencia del Código Procesal Penal, ya que no se ha regulado como tiene que ser el tratamiento de las Personas Jurídicas en la etapa de Investigación Preliminar, más si en la etapa de investigación preparatoria al momento de la formalización. Visto esto, lo mencionado acarrea indefensión por parte de las Personas Jurídicas, – *en la figura de sus representantes* – y también impunidad porque se limita la persecución penal en dicha etapa. Viéndolo de manera, en que por un lado existan suficientes indicios de la participación de la persona jurídica en el hecho punible, pero encontrándose el fiscal con un vacío legal, no podrá investigarlas correctamente hasta que decida formalizar la investigación y mucho menos aplicar una salida alternativa con dichas Personas Jurídicas, a esto le podemos adicionar que quizás el hecho delictivo este fehacientemente acreditado, empero el autor no se encuentre individualizado, y que en caso de persistir la no individualización, se archivaría la causa penal. Por otro lado en el aspecto de la indefensión, señalamos que las Personas Jurídicas al ser incorporadas solo en la etapa de investigación preparatoria, al requerimiento del Fiscal, no podrán recabar los mismos elementos probatorios para defenderse, ni mucho menos poder preparar una excelente teoría del caso, ya que jamás se les hizo de conocimiento en el inicio de las diligencias preliminares.

No queda duda entonces, que pese a la innovación por un nuevo modelo procesal, aún estamos ante deficiencias legales, que impiden una optimización del sistema jurídico penal.

#### **5.4 Las Personas Jurídicas en el Derecho Comparado**

Sobre este punto, trataremos de analizar una visión panorámica del tratamiento de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en el Derecho comparado, tomando como una referencia especial a los países europeos y latinoamericanos – *Argentina, Chile, España, etc.* – que han evolucionado su dogmática y legislación penal, en comparación con nuestro País.

Como es de saber la posibilidad de introducir dicha responsabilidad de las Personas Jurídicas, a un proceso penal, ya no es ajeno a nuestro conocimiento, porque su aplicación se está dando de manera mayoritaria en todo el mundo; pero cuestión que trae problemas sobre tal punto es que no existe una teoría o sistema de imputación distinta de la individual que ya conocemos, con la cual podamos argumentar una base sólida que produzca mejor certeza de tales responsabilidades en el Derecho Penal. En este sentido, se podrá apreciar que a pesar de las sanciones aplicables a las Personas Jurídicas, no se ha podido suplir con una teoría de imputación los requisitos que se necesitan para determinar cuan responsable es o no una persona jurídica, viendo que las legislaciones que han introducido dicha responsabilidad se basen, fundamentalmente, en una responsabilidad derivada, la cual sugiere acreditar de manera previa la responsabilidad penal de los órganos o administrador de la empresa, ósea la responsabilidad penal de la persona natural, siendo que dichas legislaciones optan claramente la posición de un reconocido doctrinario Alemán *Klaus Tiedemann*, quien manifiesta: *«La fundamentación teórica sería la falta (o defecto) de organización; el delito cometido a través de un órgano del ente colectivo es expresión de una falta de organización, una falta de vigilancia, etc. de la empresa. En este*

---

23Enciclopedia Virtual [En línea]. Disponible en < <http://www.ilecip.org/pdf/ilecip.Ent.2006-02.pdf> > [Consulta: 10 abril del 2013].

caso yo diría que hay legitimidad para punir a la empresa o la persona jurídica.<sup>23</sup>». Lo cual hace clara mención a un criterio de imputación derivada o como también lo refiere el Jurista Nacional Percy García Caveró: «La Responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una persona física integrada en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representa»<sup>24</sup>., donde en conclusión se entiende que es el mismo modelo compartido por los Jueces Supremos en lo Penal, quienes en el acuerdo plenario citado at supra, señalan que para la aplicación de las penas especiales a las Personas Jurídicas, primero debe de demostrarse la culpabilidad de las personas naturales, siendo esta la única manera de hacer viable la consecución de una condena. Lo que personalmente a pesar de ser interesante la aplicación de este modelo, creo yo, que existe una falencia en cuanto a la persecución penal de las Personas Jurídicas, ya que podemos imaginar, que si bien es cierto podemos incorporar al proceso penal a la persona jurídica, y a su vez a la persona natural que puede ser su gerente; necesitamos la presencia de este último para acreditar con pruebas directas o indirectas su responsabilidad penal; lo cual sería absurdo en cuanto todo el proceso dependería de la persona natural, pese a que haya pruebas directas que incriminen la participación de la persona jurídica como parte del hecho delictivo. Es decir hipotéticamente que una muerte o una fuga del país por parte del imputado, devastaría el proceso, dejando a su vez en total funcionamiento a la persona jurídica que quedaría impune, optando por tener nuevo gerente, quien quizás pueda optar por cometer los mismos delitos. Es por ello que llego a la conclusión en esta parte que el modelo adoptado por los Supremos, es muy deficiente ya que se depende estrictamente de la presencia de la persona natural en el proceso.

Aunado a esto debemos referir también que ha surgido una posición contraria la cual es defendida por otro doctrinario Alemán Günther Heines quien señala: «la culpabilidad por organización deficiente no se sustenta en deficientes decisiones individuales sino en «una deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación», con lo cual ésta sería una especie de «estado de hecho culpable». De éste modo, la culpabilidad penal de la empresa tendría carácter integral relacionado a la investigación, planeamiento, desarrollo, producción y organización empresarial»<sup>25</sup>. Del cual entendemos que según la posición del maestro Heines, la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, tendría que imputarse de manera directa, sin la previa culpabilidad de la persona natural; esto en cuanto según se hace alusión de que la culpabilidad en materia empresarial es muy distinta a la culpabilidad individual, ya que la culpabilidad empresarial se basa en los defectos omisivos que tienen estos entes jurídicos, con relación a la no previsión de consecuencias penales. Tratando a su vez de ampararse en el defecto de la organización reprochable únicamente a la persona jurídica, quien pese a no tener voluntad, contraviene los fines propuestos al momento de su nacimiento, los cuales son acordes a ley, mas no contrarios, ya que ahí se verificaría tal falencia que haría demostrable y punible su responsabilidad.

## VI. La Teoría de Imputación Objetiva

### 6.1.- Herramientas para Imputar responsabilidad penal de las Personas Jurídicas

Como tenemos conocimiento, la Dogmática Penal ha evolucionado bastante en las últimas décadas, es por ello que grandes Filósofos del Derecho Penal, como Claus Roxin, Günther Jakobs, entre otros, han aportado un significativo avance de la Teoría del Delito, hacia la Imputación Objetiva, el cual nos precisa de manera más

24 GARCIA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal de las personas jurídicas – órganos de representación. Perú – lima, Editorial Ara Editores 2002, pág. 161.

25 Enciclopedia Virtual [En línea]. Disponible en < [www.alfonsozamorano.com/penaldp-responsabilidadpenaldelaspersonasjuridicas.doc](http://www.alfonsozamorano.com/penaldp-responsabilidadpenaldelaspersonasjuridicas.doc). > [Consulta: 10 abril del 2013].

26 CARO JOHN, José Antonio. Normativismo e Imputación Jurídico Penal. Perú – lima. Editorial Ara Editores. 2010, pág. 56.

satisfactoria la resolución de casos difíciles, donde la Teoría del Delito, se hacía obsoleta. Es por ello que la famosa «Teoría de la Imputación Objetiva» representa una reconstrucción general del juicio de tipicidad, lo cual resulta aplicable a todos los tipos penales de nuestra legislación penal, no haciendo discriminación tanto a delitos imprudentes como a delitos dolosos ya que su ámbito abarca ambos aspectos. Asimismo en lo que nos atañe con respecto a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, encontramos dentro de uno de sus presupuestos de Imputación Objetiva, a la «Teoría de Los Roles Sociales», presupuesto que bien puede ser utilizado como herramienta de punto de partida, ya que el reconocimiento del rol social; por el cual los seres humanos se encuentran en el mundo en función de portadores de un rol, haría posible adjudicar dicha función también a las Personas Jurídicas, por cuanto al momento de su creación se trazaron un rol. Con esto afirmaríamos que las Personas Jurídicas, consideradas como sujetos portadores de un rol, se encontrarían en las mismas condiciones que las personas naturales en el reconocimiento de tal aspecto, adquiriendo ambos la misma posición en la realidad, que haría más plausible la medición del ámbito de responsabilidad.

Entendido eso, podríamos decir que el Contenido del Rol Social, se identificaría de la misma manera tanto para personas naturales como para Personas Jurídicas en el mundo social, lo que en buena cuenta serviría para que estos sujetos sepan a qué atenerse, buscándose por ello un adecuado desempeño de su rol, lo que de manera clara implica cumplir con las expectativas sociales o con lo que se espera de él, viendo así al «Rol» como delimitador de las Esferas de Competencia, ya que así se determina un ámbito delimitado, en el que cada sujeto se hace gestor de su desenvolvimiento en la sociedad, en donde si lo desarrolla de manera correcta, se afianzaran las expectativas sociales, que de otro lado sería, desarrollarse de manera incorrecta, donde la Sociedad se lo demandaría, ocasionándose una persecución penal por superar las expectativas de su rol.

Entonces, con respecto a extrapolar estas concepciones de la Teoría de la Imputación Objetiva para las Personas Jurídicas, podemos señalar que; tanto las personas naturales como las Personas Jurídicas desempeñan en el mundo uno o más

roles simultáneamente, tomándose en cuenta que cuando se constituyen en un rol – llámese *trabajo o profesión* –, o adquieren la personería jurídica, adoptan funciones que jamás han tenido con anterioridad, adquiriendo de esta manera derechos y obligaciones, lo cual los distinguirá e individualizará frente al resto de sujetos, de igual forma que los hace responsables en la misma condición, pero donde se presume su buen actuar, dentro de los parámetros de su rol, para no concebir consecuencias penales. Asimismo el Maestro José Antonio Caro John señalaba que: «siempre que los actuantes actúen en el marco de sus roles no responderán penalmente por el delito»<sup>26</sup>, es decir y como ya lo habíamos señalado líneas arriba, que mientras estos sujetos portadores de un rol se encuentren dentro de los límites de su competencia, están obligados a respetar los derechos de los demás, en función de su nueva personería, no pudiendo responsabilizarse penalmente por algo que se encuentra dentro del riesgo permitido por la misma sociedad y por la misma constitución de la persona jurídica. En pocas palabras, el rol nacido a partir de la creación de una persona jurídica o rol atribuido a una persona natural, sólo les asistirá de manera individual a este tipo de sujetos, siendo ellos, los únicos a quienes les incumbe tal actuación de sus nuevas funciones, lo que también les hace vulnerables a sufrir una imputación en el ámbito penal, cuando se vulnera el deber normativo.

Para terminar, tenemos que considerar que: Cumplir un rol institucional para la persona jurídica, es adecuar un comportamiento al haz de derechos y deberes inherentes al mismo, de manera que gestione su ámbito de organización conforme a lo que se esperaba como empresa cumplidora de su rol, fiel al Derecho y respetuosa de los demás. En donde quebrantar su rol, implica una defraudación reprochable de la expectativa social que está depositada en aquella persona jurídica.

## VII. CONCLUSIONES

En primer lugar, como ya se ha señalado, nuestro Sistema Penal, no está preparado para los cambios que vienen sucediendo en el mundo de la Dogmática Penal y Políticas Criminales modernas, ya que el Código Penal es un grave obs-

táculo que aún no ha sido modificado para enmendar las necesidades que se requiere para imputar correctamente y condenar a una persona jurídica, por la comisión y participación en un hecho delictivo, más aun cuando la gran mayoría de operadores jurídicos, no cambian el paradigma de que las Personas Jurídicas son capaces de cometer delito, lo cual se ve muy plasmado en la casi inexistente praxis judicial, tanto en el nuevo Código Procesal Penal, como en el antiguo Código de Procedimientos Penales, pese aun ante la creación de un acuerdo plenario, que regula especialmente el tema del artículo 105°, el cual recibe la nómina de penas especiales.

En segundo lugar, se ha visto que luego de superar las deficiencias legales que posee el Sistema Jurídico Penal, el siguiente tema a discusión será el de la creación de una teoría de la imputación para las Personas Jurídicas, lo que es sumamente necesario e indispensable para el buen sostenimiento de las leyes penales así como la inducción al mejoramiento de estas, ya que se ha visto en lo largo del trabajo, que tanto el Código Penal como el acuerdo plenario, prestan confusiones para los operadores jurídicos, quienes en vez de buscar la justicia en contra de las Personas Jurídicas, se ven atadas a un sinnúmero de errores legales y posturas doctrinarias deficientes, por lo que parte de mi exposición de ideas gira en torno a la ausencia de este y la iniciativa de creación de bases a posteriori de una teoría de imputación propia para las Personas Jurídicas, donde lo más correcto sería optar por una imputación directa.

Finalmente, cabe destacar que la idea central que conduce este trabajo, es el emprendimiento en la aplicación de nuevas concepciones en el ámbito Penal, pues es claro que la afirmación de que las explicaciones dogmáticas han estado y continúan dependiendo de un determinado contexto cultural y filosófico, que sirven al Derecho Penal, encontrando un claro reflejo en nuestro contexto jurídico, el cual necesita una evolución en ese sentido, más aun cuando existe la gran ola de Dogmática Penal Moderna, aparecida en los países europeos, con respecto a las Personas Jurídicas, denotando que de manera paralela, nosotros aún seguimos partiendo de conceptos muy antiguos, lo que sin duda ha traído un retraso determinante, para evitar la evolución de las cate-

gorías jurídicas de la teoría del delito así como la aplicación de Políticas Criminales contemporáneas, como lo es ahora la imputación objetiva y la Criminalidad Empresarial, del cual hubiese sido excelente estar a la vanguardia con tales posturas en décadas atrás, como ya esbozaban otros sistemas jurídicos, por lo tanto, la conclusión a la que este estudio ha conducido, es que el paradigma jurídico penal, basado en la idea del individuo como punto de partida del Derecho Penal, ha entrado en una fase de cambio, que desde luego se encuentra en una profunda crisis, por no permitir explicar, ni dar una solución a las numerosas situaciones a las que el Derecho Penal se debe enfrentar, como lo es la imputación de injustos cometidos por Personas Jurídicas, mediante una teoría fiable y normas jurídicas eficaces.

## VIII. RECOMENDACIONES

Las Propuestas que planteo, están guiadas al mejoramiento de nuestro sistema penal, por lo cual considero que debería tomarse como *Lege Ferenda* y como bases dogmáticas las consideradas en otros sistemas penales, la búsqueda de los presupuestos que se deben cumplir para la imputación de un injusto a las Personas Jurídicas abarcando cuestiones como:

En primer lugar, ¿a quiénes se debe dirigir la ley penal con respecto a las Personas Jurídicas? a) ¿a qué colectivos?, b) ¿qué vinculación debe existir entre el que actúa y la persona jurídica?, es decir, cuestiones relativas a los destinatarios de la ley penal y un sistema de imputación objetiva – *ya que la subjetiva sería imposible de demostrar por parte de las personas jurídicas* –. Esto con el fin de evitar persecuciones penales a los sindicatos y partidos políticos.

En segundo lugar, ¿cuáles son los presupuestos de la responsabilidad?, a) presupuestos de la imputación del representante a la persona jurídica, b) cuestiones de personalidad y realización de «propia mano», es decir, los presupuestos de la responsabilidad. Así como ahondar mejor la aplicación o no de la autoría mediata, en el aspecto de procesar o no a las entidades que tienen sedes o sucursales en el país.

Por último el presente estudio ha propuesto que

la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas puede ser compatible con el sistema de imputación derivada, defendida por Klaus Tiedemann, pero que sin embargo; si bien existe una inclinación por esta, como ha quedado expuesto en esta exposición de ideas, no quiere decir que sea la única y la más adecuada, sino que estamos en la búsqueda de la creación de una que sirva especialmente para Personas Jurídicas, pudiendo optar por una posición dogmática más evolucionada, que nos guíe a la aplicación de la postura de imputación directa como defiende Günther Heines.

## IX. BIBLIOGRAFIA

- HEINE, GUNTHER:  
La imputación Objetiva de las Personas Jurídicas, texto en línea: [www.alfonsozambrano.com/penaldpresponsabilidadpenaldelaspersonasjuridicas.doc](http://www.alfonsozambrano.com/penaldpresponsabilidadpenaldelaspersonasjuridicas.doc)
- JAKOBS, GÜNTHER:  
Imputación Objetiva en el Derecho Penal, editorial Ad Hoc.
- ROXÍN, CLAUS:  
Derecho Penal Parte General, deficiencias de la Teoría del Delito, editorial Civitas S.A. Política Criminal y sistema de Derecho Penal; Buenos Aires: Editorial Hammurabi
- TIEDEMANN, KLAUS:  
Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, texto en línea [www.ilecip.org/pdf/ilecip.Ent.2006-02.pdf](http://www.ilecip.org/pdf/ilecip.Ent.2006-02.pdf)
- VILLA STEIN, JAVIER:  
Derecho Penal. Parte general Editorial Grijley.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura  
Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal. Lima – Perú. Editorial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GARCIA CAVERO, Percy  
La responsabilidad penal de las personas jurídicas – órganos de representación. Perú – Lima, Editorial Ara Editores.
- Derecho Penal Económico Parte General Tomo I; Lima – Perú. Editorial Grijley.
- CARO JOHN, José Antonio.  
Normativismo e Imputación Jurídico Penal Perú – lima. Editorial Ara Editores.
- SCHONBOHM HORST, MIXAN MASS,  
Teoría y Práctica para la Reforma Procesal Penal. Perú – Trujillo, Editorial BGL Florencio;  
RODRIGUEZ HURTADO, Mario; BURGOS MARIÑOS, Víctor.
- Página Jurídica [En línea]. Disponible en: <http://derechopenalweb.blogspot.com/2011/04/teoria-de-la-imputacion-objetiva.html>
- Enciclopedia Virtual [En línea]. Disponible en [www.alfonsozambrano.com/penaldpresponsabilidadpenaldelaspersonasjuridicas.doc](http://www.alfonsozambrano.com/penaldpresponsabilidadpenaldelaspersonasjuridicas.doc).
- Enciclopedia Virtual [En línea]. Disponible en <http://www.ilecip.org/pdf/ilecip.Ent.2006-02.pdf>

## UN RAZONAMIENTO DISCRIMINATORIO DE LA JUDICATURA, HACE DE LA PRISION PREVENTIVA REGLA GENERAL; ERGO VULNERAN LA ANHELADA "LIBERTAD".

(Discrecionalidad no debe ser sinónimo de Arbitrariedad)

Mónica Cecilia Carrasco Reaño \*

*«LA LIBERTAD como todo derecho fundamental NO ES ABSOLUTO" empero, solo podría restringirse como consecuencia a la perpetración de un hecho delictivo que revista gravedad, además de las condiciones del agente. (Toda vez que existen salidas alternativas como el principio de oportunidad para la comisión de delitos leves o de bagatela) ¿Se puede admitir que por un razonamiento discriminatorio y una exagerada categoría respecto de los presupuestos procesales para la PRISION PREVENTIVA, (en el sentido de que si no acreditan la propiedad o estar sujeto a un régimen laboral y encima el hecho delictivo no revista peligrosidad) un ciudadano afronte un proceso penal en prisión? Cuando la regla es que el imputado, afronte el proceso en libertad, Artículo 253° 3) del NCPP. .»*

\* Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT. Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Moquegua.

## Un razonamiento discriminatorio de la judicatura, hace de la prisión preventiva regla general; ergo vulneran la anhelada «libertad»

*«No hay seres humanos malvados, merecedores de castigos por sus delitos, sino más bien pobres ignorantes a quien su desconocimiento del bien y del mal condujo al crimen».*

Sócrates.

### Sumario:

I. Introducción – II. La Prisión Preventiva – III. La Libertad en las medidas Coercitivas - IV. – Prisión Preventiva y Presunción de Inocencia V. El peligro de fuga según el TC y nuestros Juzgados (CSJT) – VI. Supuestos en la causa de erróneas Resoluciones – VII. Conclusión VIII. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

**Premisa N° 01.-** El presente trabajo, pretende abordar sobre la discrecionalidad de los jueces en nuestro medio (CSJT), al momento de expedir problemáticas Resoluciones Judiciales que declaran fundado el Requerimiento de PRISION PREVENTIVA, las mismas que son objeto de recursos impugnativos como apelación, o la famosa cesación e incluso de acción constitucional (Habeas corpus). Y determinar si la Judicatura Tacneña está viviendo este nuevo sistema Acusatorio y Garantista o siguen dentro del Sistema Inquisitivo Mixto. Debe entenderse por mandato de *prisión preventiva* lo vertido por el maestro VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA quien señala: *Es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el Juez de la Investigación Preparatoria en contra de un imputado en virtud de la cual restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal (asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la eficacia de una sentencia condenatoria) agrega, que este mandato está limitado a los presupuestos que la ley prevé<sup>1</sup>. Los mismos que deben ser aplicados indiscriminadamente.*

**Premisa N° 02.-** El propósito de este artículo se circunscribe a estudiar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al resolver un *habeas corpus* respecto a la importante institución de la prisión preventiva y su interpretación respecto de algunos requisitos de procedibilidad (Arraigo domiciliario y laboral en el peligro de fuga).

**Premisa N° 03.-** Brindar algunas posibilidades que ocasionen tales mandatos desproporcionados, que a mi juicio en algunos casos se aparta de una legítima interpretación de la privación cautelar de libertad en un Estado Constitucional de Derecho, referido a los presupuestos procesales, a la discriminación y a la suma importancia que se tiene sobre el **arraigo domiciliario y laboral** como criterios para determinar el peligro de fuga, como presupuesto procesal.

### II. LA PRISION PREVENTIVA

El NCPP en sus artículos 268°, 269° y 270°; del CAPITULO I; TITULO III, la SECCION II, referido a las medidas de coerción procesal; señala los presupuestos procesales para la PRISION PREVENTIVA; la misma que ha sido definida en la introducción por CUBAS VILLANUEVA, Además comparto lo vertido por el maestro VICTOR RAUL REYES ALVARADO cuando dice: *La prisión preventiva debe entenderse como el ingreso del imputado a un centro penitenciario para evitar que evada a la acción de la justicia o produzca entorpecimiento o destrucción de la actividad probatorio<sup>2</sup>. Sin embargo esta medida es muy cuestiona-*

1 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. «Las Medidas de Coerción». En: Nuevo Código Procesal Común. Diplomado Internacional en Derecho Penal y Análisis del NCPP. APECC. 2005. p. 5

2 REYES ALVARADO, Víctor Raúl. «Las medidas de coerción procesal personal en el NCPP del 2004». En: Actualidad Jurídica N° 163. Gaceta Jurídica. 2007. P. 183.



ble por varios autores como se verá en el transcurso del presente trabajo, así VICTOR MORENO CATENA afirma: *Que la prisión preventiva admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, representa hoy la más grave intromisión que se puede ejercer en la esfera de la libertad del individuo, sin que medie todavía una sentencia penal firme, que la justifique. Consiste en la total privación al inculpado de su derecho a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la substanciación de un proceso penal*<sup>3</sup>. La misma que no debe durar más de 09 meses y si el caso fuera complejo hasta por no más 18 meses (Artículo 272° del NCPP); sin embargo no se puede dejar de mencionar la sentencia emitida en el Proceso de Hábeas Corpus interpuesto por uno de los procesados del Proceso que por Tráfico Ilícito de Drogas que se seguía a los integrantes del **Cártel de Tijuana**, en la cual dejo establecido que en los casos de Organizaciones dedicadas al Tráfico Ilícito de Drogas con connotación internacional, que implican un grave peligro para la soberanía nacional, la estabilidad del sistema democrático, la seguridad ciudadana y la sociedad en general, y las circunstancias especiales del caso en concreto, hacen razonable la prolongación del plazo de detención más allá del plazo ordinario de 36 meses<sup>4</sup>. Pues bien; Estando los presupuestos procesales consignados en el Artículo 268° del NCPP, los mismos que son: a) El **fumus boni iuris** (Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo) b) **la pena superior a cuatro años** y c) **periculum in mora** esto es: *Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) y de obstaculización. Luego el Art. 269° señala una gama de requisitos que debe tomar en cuenta el Juez para*

determinar el peligro de fuga, dentro ellos y creo yo **LOS CUESTIONADOS** son: **determinar el arraigo en el país del imputado** esto es: su *situación domiciliaria, laboral, asiento familiar, etc.* Los mismos que a mi criterio están siendo interpretados por un lado discriminadamente y por otro, dándole suma importancia, teniendo por **ejemplo**: Que revisado la causa no se han cumplido los dos primeros requisitos que son fundamentales para dictar tal mandato, sin embargo el tercero ya estaría demás determinar, como dice CESAR SAN MARTÍN: *Una resolución que descarta de plano la aplicación de una prisión preventiva, fundamentando en el solo hecho que el imputado tiene DOMICILIO CONOCIDO, es de una de carácter estereotipado e importa una motivación insuficiente o aparente, se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado*<sup>5</sup>. A esto diremos aplicando la lógica, «Que si un imputado cometió un delito que no reviste gravedad y su conducta peligrosidad, por las circunstancias en que se dio y que éste agente ha colaborado en el transcurso del proceso, además que no tiene antecedentes penales ni policiales, NO SERIA LOGICO que importe el arraigo laboral o domiciliario» aventurando por ejemplo que la pena solicitada por el representante del Ministerio Público sea de 06 años, hay la posibilidad de arribarse a una *terminación anticipada; entonces haciendo la reducción por acogerse a este beneficio, estaríamos frente a una pena inferior a cuatro años (haciendo la reducción de 1/6 y/o hasta por 1/3 más a criterio del fiscal, dadas las circunstancias), POR LO TANTO* estaríamos ante una posibilidad que la pena a imponerse sea de carácter suspendida (y podría ejecutarse fuera del centro penitenciario). Entonces no valdría la pena que un ciudadano afronte un proceso penal dentro de un centro penitenciario, cuando bien puede hacerlo en libertad (Art. 253° 3) del NCPP) máxime, diremos que; es de suma importancia la aplicación de los principios de

3 MORENO CATENA, Víctor. «Las medidas cautelares en el proceso penal. La detención» En: derecho Procesal Penal, T. II, Vicente Gimeno Sendra, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, p.381.

4 Fundamento 28 – Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de julio de 2006. Exp. 7624-2005-PHC/TC. En el Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Hernán Ronald Buitrón Rodríguez.

5 SAN MARTIN CASTRO, César Circular Administrativa 325-2011-P-PJ.

RAZONABILIDAD y PROPORCIONALIDAD que harán que esta medida cautelar personal, NO pierda su naturaleza excepcional y provisional; convirtiéndola en **REGLA GENERAL** del proceso. Pues de lo investigado se tiene que algunos despachos fiscales, cumplido el mandato de detención sea 24 horas o 15 días en delitos especiales, sin mediar razonabilidad en los presupuestos exigidos para requerir la medida preventiva, o tal vez por la premura del tiempo, optan por solicitar al JIP tal mandato, y ahí el **ROL ACTIVO Y DINAMICO DEL JUEZ**, que haciendo uso de su facultad discrecional, basado en el principio de RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD determinaran si es que corresponde o No dictar esa medida tan grave. La Sentencia del TC que mejor ha desarrollado el criterio de la necesidad de la prisión preventiva es el del caso (*Caso «Silva Checa»*) en el expediente 1091-2002/HC, de 2 de agosto: [...] Su aplicación [se refiere a la prisión preventiva] no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que **solo puede dictarse en casos particularmente graves** y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal. [...]. El principio de **favor libertatis** impone que la detención judicial [prisión preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional [...]. El carácter subsidiario de la medida impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva [prisión preventiva], no podría conseguirse con medidas menos gravosas.

Más adelante me limitaré a comparar y analizar la interpretación que tienen los juzgados en nuestro medio (CSJT) que cabalmente deberían ceñirse a la Circular Administrativa 325-2011-P-PJ, expedida el 13SEPI1, por el presidente del Poder Judicial (Cesar San Martín Castro) y a los fallos que expide el TC por ser máxima autoridad en el ordenamiento interno respecto este presupuesto.

### III. LA LIBERTAD EN LAS MEDIDAS COERCITIVAS.

La LIBERTAD dice Erich Fromm: «*caracteriza la existencia humana como tal*»: La LIBERTAD es un Valor Universal porque es un valor moral y es a la vez un derecho, así el valor de la libertad constituye la esencia del ejercicio de la dignidad señala JESUS RAMÓN GOMEZ.<sup>6</sup>

Ese valor, don, categoría, tesoro, que está dotado el ser humano por el solo hecho de serlo, como expresa DESTOIEVSKI: (...) No hay un afán más vivo en el hombre, que encontrar en quien delegar la libertad, que nace dotada tan miserable criatura.

De esta manera este derecho tan preciado, intrínseco de la persona humana, como todo derecho fundamental, no es absoluto ni ilimitado, por lo que su ejercicio está limitado a ciertas condiciones, es decir alguna vez un ciudadano no podría gozar de éste derecho, cuando haya sido autor o partícipe de un hecho delictivo que es un reprochablemente jurídico, o haya omitido en un quehacer en fin, cualquier acción u omisión que la Ley lo haya determinado como un HECHO TÍPICO, ANTIJURIDICO Y CULPABLE (delito) y que éste haya sido sorprendido flagrantemente y/o cuando sea por un mandato judicial. Es deber del Estado la protección de los derechos humanos y no sólo emerge de la Carta Magna, sino que la Legislación Supranacional como la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados parte, entre los que se encuentra el Estado Peruano, a velar por el respeto de los derechos y libertades reconocidos en la Convención sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, condición, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, o de cualquier posición económica o social<sup>7</sup>

De esta manera nuestro NCPP presenta medi-

6 RAMON GOMEZ, Jesús: Un Valor Humano Llamado «Libertad» <http://www.valores.humanet.co/libertad.htm>

7 Convención Americana de Derechos Humanos – Artículo 1, suscrita por el Gobierno Peruano el 27 de julio de 1977.

das coercitivas que pueden ser entre otras, la detención preliminar, convalidación de detención, prisión preventiva, internación preventiva del imputado en un centro psiquiátrico y hasta la pena privativa de la libertad propiamente dicha, dictada en una sentencia condenatoria firme; que si bien es cierto sus consecuencias jurídicas son diferentes a una PRISION PREVENTIVA es indudable que los efectos personales son similares; sobre este punto, ha comentado el Tribunal Constitucional en una de sentencias: «(...) Más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una **prisión preventiva**, y, de otro, de una **pena privativa de libertad**, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática, que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre; que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.<sup>8</sup> Por ello el mandato de Prisión Preventiva siendo una medida limitativa de derecho, dictada antes de una sentencia firme; (esto es cuando se haya demostrado judicialmente la responsabilidad penal de una persona en la comisión de un ilícito penal) ésta debe dictarse como **«la última ratio»** a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de **dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general**<sup>9</sup>. A este en-

tender, la judicatura ante el requerimiento de prisión preventiva, solicitada por el representante de Ministerio Público, debe dictar mandato de PRISION PREVENTIVA si su finalidad no puede ser alcanzada por otro medio menos gravoso, pero igualmente eficaz; y, finalmente, proporcional en sentido estricto, (detención domiciliaria, impedimento de salida, suspensión preventiva de derechos, etc.) comparecencia restringida y/o simple, *Siendo la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal*,<sup>10</sup> comprende señalar entonces que **NO** debe de ninguna manera, por ejemplo: ser utilizada para el **«control social»** como prevención a una alarma social.<sup>11</sup> Ni para cumplir una función de ejemplaridad que es un fin propio y exclusivo de la PENA. *No puede cumplir con dicho criterio, por la sencilla razón que se impone a una persona de quien no se sabe aún si es culpable o no.*<sup>12</sup> Ya que estaríamos frente a una Resolución desproporcional por lo tanto **arbitraria**.

#### IV. PRISION PREVENTIVA Y PRESUNCION DE INOCENCIA.

Al respecto, tenemos que se ha cuestionado mucho referente a que si el instituto procesal de PRISION PREVENTIVA, vulnera o contraviene al principio de PRESUNCION DE INOCENCIA (*Ese derecho implica que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible sea considerada inocente y tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme debidamente motivada*) El derecho de presunción de inocencia [arts. 2.24.e)<sup>13</sup> de la Cons-

8 Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de junio de 2011, publicada en la Página Web del Tribunal Constitucional con fecha 11 de julio de 2011

9 Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debese la regla general [...] [STC 1091-2002-HC de 2 de agosto «Caso Vicentelgnacio Silva Checa»]

10 Gutiérrez de Cabiedes, P. 2004: 83.

11 Por alarma social se entiende la reacción que produce en la sociedad ante el delito, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos. Asencio Mellado, J.M., La prisión..., cit., p. 37.

12 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 116

13 Art. 2.24.e Constitución.- «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

titución peruana y II.I del TP NCPP<sup>14</sup> es uno de los principales límites de la prisión preventiva.

El derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado, como regla de tratamiento del proceso penal, comporta la prohibición de que la prisión preventiva NO pueda ser utilizada como castigo. La contradicción material, consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, solo puede salvarse si se le considera como una medida cautelar y no como una pena.

**En un Estado democrático, si se admite el uso de la prisión preventiva para obtener fines distintos a los estrictamente cautelares, como los que se asientan en razones de derecho penal sustantivo u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad y naturaleza<sup>15</sup>.** Por lo tanto La prisión preventiva dice RONAL NAYU VEGA REGALADO: *No afecta la presunción de inocencia, pues ha sido introducida en el ordenamiento jurídico para cumplir fines cautelares. Sin embargo, la indebida motivación de la resolución que la estatuye impide analizar su proporcionalidad, por lo tanto deviene en ilegítima,*<sup>16</sup> toda vez que colisionaría con el principio constitucional de la debida motivación, contemplada en el Art. 139° de la nuestra norma fundamental.

Al respecto el TC ha precisado en la sentencia recaída en el expediente 1260 - 2002 - HC, de 9 de julio (Caso «Domínguez Tello») lo siguiente: [...] *A juicio de este Colegiado, la satisfacción de tal exigencia [el peligro procesal] es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que [no] tiene la prisión preventiva. Por ello, habiéndose justificado la prisión preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso,*

*sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes. [...].*

## V. EL CUESTIONADO PELIGRO DE FUGA SEGÚN EL TC Y LA INTERPRETACION DE LOS JUZGADOS LOCALES (CSJT).

Estamos ante una realidad que se aparta a lo que la máxima judicatura (TC) razona; en el sentido de las condiciones que se debe valorar para determinar el tercer presupuesto procesal al momento de imponer la medida coercitiva personal de PRISION PREVENTIVA a un investigado.

A continuación veremos algunos fallos de los juzgados, que a mi criterio desvían la naturaleza excepcional que lleva consigo este instituto procesal (prisión preventiva) por un razonamiento discriminatorio y la categoría (de importancia) referido a los arraigos domiciliario y laboral en las audiencias de requerimiento de prisión preventiva.

### 3° J.INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central

**EXPEDIENTE:** 0556-2013-88-2301-JR-PE-03  
**IMPUTADO:** TICONA FLORES, MODESTO Y OTRO

**DELITO:** HURTO AGRAVADO.

**AGRAVIADO:** ELECTROSUR Y OTRO

**JUEZ:** ELIANA SIMONA AYCA REJAS

**ESPECIALISTA:** ALCALA QUELOPANA, SILVANA

**ESPECIALISTA DE AUD.:** GLADYS SANTOS CUTIPA

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADO**, el requerimiento de Prisión Preventiva, formulado

14 Art. II.I TP NCPP: «Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada [...]».

15 SENDRA VALENCIA, Gimeno «Prólogo» a la obra de Asencio Mellado, J.M., La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987, p. 21.

16 VEGA REGALADO, Ronal Nayu; La prisión preventiva en el NCPP, 1ra edición 2006, pg. 21

por el Fiscal Adjunto del Primer Despacho de Decisión Temprana de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna, para **MODESTO TICONA FLORES**, de sexo masculino, identificado con DNI 00668687, peruano, de estado civil soltero, con grado de instrucción SECUNDARIA, nacido el 15 de junio de 1974, natural del distrito de PALCA, provincia TACNA, departamento de TACNA, hijo de VALENTÍN y CLEMENCIA y con domicilio en asociación de vivienda Héroes del Cenepa del distrito de Gregorio Albarracín Lanchipa y contra **ALFONZO TICONA FLORES** identificado con DNI 00668687, peruano, de estado civil soltero, con grado de instrucción SECUNDARIA, nacido el 15 de junio de 1974, natural del distrito de PALCA, provincia TACNA, departamento de TACNA, hijo de VALENTÍN y CLEMENCIA y con domicilio en la avenida internacional del distrito de alto de la alianza; **Investigados** por delito contra el Patrimonio en la modalidad de HURTO AGRAVADO, en agravio de Electro sur y por delitos de entorpecimiento en agravio del procurador encargado de los delitos contra el orden público, disponiéndose su internamiento **en el Establecimiento Penitenciario de Pocollay debiendo cursarse los oficios respectivos**. La Prisión Preventiva es por el término de nueve meses. **Tómese Razón y Hágase Saber.**———

LA JUDICATURA en esta Resolución dicta mandato de PRISION PREVENTIVA en función a lo siguiente:

I. Que los investigados han reconocido ser responsables de la sustracción de cables de luz de propiedad de Electro sur que con ésta sustracción de los cables se ha visto perjudicada la zona de alto Perú. Se cuenta con los documentos de Acta de incautación, Acta de registro vehicular que iba a ser utilizada para el traslado de bienes sustraídos, la declaración del testigo, por lo que considere que **«existentes suficientes elementos**

**de convicción»**.

Al respecto el TC referido al **fumus boni iuris** señala: *Los conceptos de la prueba suficiente y la pena probable configuran uno solo, el **fumus boni iuris**<sup>17</sup>. Según esto, el juzgador no solo está obligado a determinar la existencia de una alta probabilidad de que sancionará al imputado mediante una sentencia condenatoria, sino que además debe verificar que esa sanción corresponderá por lo menos a una pena superior a cuatro años de privación de libertad. De lo contrario, si uno de estos requisitos no se cumple, ya no es necesario evaluar el peligro procesal en el ámbito de aplicación de la prisión preventiva, sino que se acudirá a una medida cautelar personal alternativa que regule un **fumus boni iuris** menos exigente.*

### ANALIZANDO

A esto tenemos pues que los imputados están siendo procesado por el Art. 186° 3), 6) en grado de TENTATIVA y el Art. 283° del C.P, estando frente a un concurso ideal de delitos, corresponde sancionar con la pena más grave; es decir 06 años que es la mayor en el 283°; **APLICANDO UNA SALIDA ALTERNATIVA** es cierto que estamos frente a una gama de salidas alternativas que bien pueden ser aplicadas a este caso, **AVENTUREMOS**, Si llegaran a negociar en una terminación anticipada haciendo la reducción del 1/6 tendríamos como pena 05 años (60 meses) si le sumamos la confesión de los imputados, podríamos hablar hasta 1/3 más de reducción o 1/5 o 1/4 en el supuesto de aplicarla 1/3 estaríamos frente a una pena de 03 años y 4 meses **POR LO TANTO** no estaríamos frente a pena GRAVISIMA pena, que inclusive podría ejecutarse fuera de un centro penitenciario, es decir con carácter SUSPENDIDA.

### I. DEL ARRAIGO EN EL PAIS

Sin perjuicio de haber apreciado que en este pro-

<sup>17</sup> La inclusión del límite penológico en el **fumus boni iuris** (art. 268.1.b NCPP) se deriva de su comprensión como manifestación del principio de proporcionalidad y concuerda con el límite previsto para declarar la suspensión condicional de la pena (art. 57 CP peruano): si no existen garantías de que se obtenga una pena efectiva superior a los 4 años, la prisión preventiva devendría en desproporcional. Debe diferenciarse este elemento que pertenece al análisis de la apariencia de buen derecho, con el criterio de gravedad de la pena (art. 269.2 NCPP) que puede sustentar (en algunos casos y junto con la presencia de otros criterios) el peligro concreto de fuga del imputado en un proceso penal específico.

ceso NO concurren los presupuestos básicos para ameritar la imposición de tal medida, **analizaremos los arraigos con lo vertido por el Tribunal Constitucional.**

*1.1 DEL DOMICILIO y ASIEN TO FAMILIAR:»(…) En cuanto al arraigo domiciliario no se ha acreditado, toda vez que si bien existen muebles propios del hogar, los imputados **viven alquilados (...).***

*1.2 REFERIDO AL ARRAIGO FAMILIAR se tiene que LOS IMPUTADOS si bien han acreditado tener 03 y 01 hijo respectivamente, sin embargo el fiscal ha determinado que en los DNI de los hijos, que en alguno de ellos, aparece otro domicilio, también aparece la declaración jurada de su concubina la cual declara que tienen una convivencia continua por 17 años y de su hermano su concubina declara una convivencia de 02 años.»*

Al respecto, el arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas, por lo tanto todos tenemos algún tipo de arraigo, inclusive los indigentes, el TC defiende **La posesión** —y con mayor razón la titularidad— de un domicilio conocido situados dentro del ámbito de alcance de la justicia<sup>18</sup> Podemos ver pues que el juzgado de plano rechaza la **POSESION** puesto que expresamente dice **«NO ACREDITAN EL ARRAIGO DOMICILIARIO PORQUE SON INQUILINOS»** entonces se aparta de lo que el TC deja como posibilidad, que si bien es cierto, expresa que sería mejor la titularidad no descarta la posibilidad de la **POSESION**, ya que no es un misterio que en nuestra sociedad hay un sin fin de familias que viven no precisamente en casas propias o por la corta etapa de vida aun no es posible la adquisición de un bien inmueble propio (en caso de un joven de 25 0 28 años) entonces se aprecia **UN RAZONAMIENTO DISCRIMINATORIO** por parte de los magistrados, sin embargo lo que se ha visto

en la realidad es que son las personas **«QUE MAS RECURSOS TIENEN»**, las que verdaderamente logran escaparse con facilidad, a esto encaja lo vertido por **CESAR SAN MARTIN** que señala: *Por reglas de la experiencia se sabe que suele pasar que aquellas personas que tienen la posibilidad de abandonar el país o permanecer oculto, son las que cuentan con buenos recursos económicos, propiedades, residencia habitual, trabajo, etc. Por ello los ARRAIGOS SOLO SON PREMISAS no presupuestos procesales.*<sup>19</sup>

**EL ARRAIGO FAMILIAR** (vínculos familiares) que no es otra cosa que el lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. Deben tenerse en cuenta las circunstancias personales, no es indispensable que los familiares vivan con el imputado, porque puede existir arraigo familiar cuando el pariente, a pesar de no vivir en el mismo techo, depende de él para su subsistencia. **LO CURIOSO:** Es que el juzgado indica que no hay asiento familiar porque no se ha acreditado que Yovana Adelina Chambi Tapia, madre de la hija de uno de los imputados, vivan juntos; toda vez que la señora si tiene un domicilio propio. Ante esto se sabe pues que el imputado ALONZO es el único sustento para su hija y su esposa, conforme a su declaración. Entonces no estamos frente a una correcta motivación.

**DEL ARRAIGO LABORAL;** señala la resolución en cuestión que *«aparece en autos que el imputado ALONZO labora en la junta de usuarios Tacna, por el certificado que expide su empleador, sin embargo solo presenta boletas del mes de diciembre, enero, febrero pero no de marzo por lo tanto no podemos estar frente a un arraigo laboral, ya que tiene que ser consecutivo y no aparece el del mes de marzo.»* UN RAZONAMIENTO poco justificable, que conlleva suspicacias referido al principio de proporcionalidad que debe englobar idoneidad, necesidad; lo que ocurre en muchos de estos casos, tratándose de delitos comu-

<sup>18</sup> Málaga Diéguez Justicia, núms. 1 y 2, p. 172

<sup>19</sup> SAN MARTIN CASTRO, César; Circular Administrativa 325-2011-P-PJ, expedida el 13SEP11. Pág. 05.

nes a diferencia de delitos especiales que duran 15 días, los imputados podrán armarse de pruebas para atacar esta medida, sin embargo; teniendo solo 24 horas quizá no sea tiempo suficiente para recabar suficientes medios probatorios.

## VI. SUPUESTOS EN LA CAUSA DE ERRONEAS RESOLUCIONES

En el último Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal que se llevó a cabo en nuestra ciudad (Tacna), tuve la grandiosa ocasión de ser participe, oyendo quizá lo que quiero enfocar en el presente artículo; de esta manera, el maestro RAMIRO SALINAS SICHA en su ponencia precisó que los Juzgados de este distrito judicial aún siguen en algunos casos con la idea del antiguo sistema, mas no el nuevo sistema acusatorio, por lo que se encontraban resolviendo inquisitivamente, quizás por el miedo a la impunidad y a la lucha contra la seguridad ciudadana, al respecto DOMINGO GARCÍA RADA señala en el sistema inquisitivo no hay contradicción ni igualdad. No hay partes. Los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerte ante él. **Lo normal es la detención.**<sup>20</sup> También hizo gran hincapié a que en tanto se implemente bien el sistema, los JUZGADOS tienen que resolver como lo hace el Tribunal Constitucional y La Corte Suprema, por ser los máximos en administración de Justicia en nuestro ordenamiento Jurídico, llamó la atención a los jueces a no hacer INTERPRETACION LITERAL, que los JUECES juegan UN ROL DINAMICO Y ACTIVO no debe ser pasivo en el sentido de que puedan aceptar todo lo que pidan los Fiscales (los requerimientos de prisión preventiva). Sino que, en función a lo que resuelva el TC ellos también deben hacerlo.

Por otro lado el Dr. CARLOS ZOE VÁSQUEZ GANOZA indicó: Es posible que los jueces estén resolviendo como el anterior sistema, porque a diferencia de nuestros países vecinos, nuestro sistema ha modificado solo Código Procesal Penal, más NO a la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni

la Ley Orgánica del Ministerio Público, menos alguna REFORMA CONSTITUCIONAL, es por ello que al resolver se basan en lo que sigue vigente pero resulta contradictorio con el Nuevos Sistema Procesal Penal.

## VII. CONCLUSION

*Concluiré este artículo insistiendo que este nuevo sistema procesal penal, reviste muchas innovaciones, estamos frente a un sistema acusatorio, garantista de los derechos fundamentales de las personas, así como el respeto por los principios procesales, entonces siendo la esencia de la PRISION PREVENTIVA una medida EXCEPCIONAL Y PROVISIONAL, es derecho de los justiciables ser juzgados en un proceso limpio donde solo los magistrados (revestidos por una facultad discrecional) serán la luz para que el proceso penal al que se encuentren sometidos, aplicándoles de forma correcta y no vulnerando derechos de tan valor como es la LIBERTAD, o simplemente sin perjuicio de la independencia que posee el Juez, por el principio de la unidad y exclusividad 139° de la Constitución, no se aparten de los fallos del TC ya que son en nuestra estructura judicial, los máximos intérpretes de nuestro ordenamiento interno. Con esto no busco apoyar a la delincuencia si es que se quiere decir, sino creer que en un Estado Constitucional de Derecho en el que todos somos parte, se procure a cada quien lo que le corresponde, en función a lo que la propia Ley manda.*

## VIII. BIBLIOGRAFIA

- TABOADA PILCO, Giampol. Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Reforma. Lima. 2009.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. «Nuevo Código Procesal Penal - El Proceso Penal Común». En: Diplomado Internacional de Derecho Penal y Análisis del Nuevo Código Procesal Penal. Edit. APECC. Perú. 2005.

20 GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. Octava edición. Edili: Lima, 1984. P. 18.

- **REYES ALVARADO, Víctor Raúl.** «Las medidas de coerción personal en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004». En: Actualidad Jurídica N° 163. Edit. Gaceta Jurídica. Perú. 2007.
- **SANCHEZ VELARDE, PABLO,** «El Nuevo Proceso Penal» Editorial Moreno S.A. Primera Edición: Lima-Abril del 2009. Pág. 341-343.
- **MORENO CATENA, Víctor.** «Las medidas cautelares en el proceso penal. La detención» En: *derecho Procesal Penal*, T. II, Vicente Gimeno Sendra, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, p.381.
- **SAN MARTIN CASTRO, César:** Circular Administrativa 325-2011-P-PJ.



## VIGENCIA DE UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Maria Jose Febres Espinoza\*

*«...la técnica del ECI, es un aporte al Derecho Procesal Constitucional, el cual consiste en un mecanismo que procura que los derechos fundamentales sean una realidad para las personas, es pues, un esfuerzo por no sólo saber qué o cuál derecho tenemos (subjetivamente) sino cómo y cuándo los, ejercemos, dicho de otra forma, si los vivimos en la realidad, en lo fáctico (objetivamente)...»*

\*Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la UPT.

## Vigencia de un derecho penal del enemigo

### SUMARIO.-

I.INTRODUCCION II. ANTECEDENTES  
III.CONCEPTO IV.DESCOMPOSICION DE  
CIUDADANOS A ENEMIGOS V.DERECHO  
PENAL DEL CIUDADANO VI.DERECHO PE-  
NAL DEL ENEMIGO VII.CRITICAS AL DERE-  
CHO PENAL DEL ENEMIGO  
VIII.CONCLUSIONES

### I.INTRODUCCION

El Derecho Penal del Enemigo, es un adelantamiento de la punibilidad; así también comprende una severa penalización de los delitos que cometen los «enemigos», los cuales atentan contra la seguridad de los ciudadanos y la permanencia del Estado en el tiempo.

El objetivo de este trabajo es explicar que existe un Derecho Penal del Enemigo, el cual se encuentra vinculado con el Derecho Penal Ordinario, así también mostrar el cambio de status de un ciudadano a enemigo, y cuando este último es llamado así.

Este trabajo en su contenido presenta: Antecedentes del Derecho Penal del Enemigo, Concepto del Derecho Penal del Enemigo, la Descomposición de Ciudadanos en Enemigos, Derecho Penal del Ciudadanos, Derecho Penal del Enemigo, Criticas al Derecho Penal del Enemigo y por último las Conclusiones del presente.

### II.ANTECEDENTES

Los primeros esbozos del Derecho Penal del Enemigo los podemos encontrar en la Teoría de *Hobbes*, en la cual él habla sobre un contrato de

sumisión, esta sumisión se da por medio de la violencia y así mismo postula *Hobbes*, que en un principio se encuentra el delincuente en su rol de ciudadano; este ciudadano no puede eliminar por si mismo este status. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: «Pues la Naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurran en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos»<sup>1</sup>. Con esta apreciación de *Hobbes* podemos ver la diferenciación que hace entre un ciudadano y uno que deja de serlo para convertirse en un enemigo, por no haber cumplido con este contrato de sumisión y al atentar contra el Estado; este mismo Estado debe proporcionar seguridad a las personas, y es por eso que debe actuar severamente en contra de las personas que atentan esta seguridad y orden jurídico. Para *Hobbes* el reo de alta traición debe ser considerado como un enemigo.

Otro filósofo que da las primeras ideas de un Derecho Penal del Enemigo es *Kant*, el dice que: «toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra a entrar en una constitución ciudadana..., en consecuencia, quien no participa en la vida en un «estado comunitario -legal» debe irse, lo que significa que es expedido (o impedido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede tratar como un enemigo»<sup>2</sup>

Como nos dice *Kant*, una persona que atenta contra el orden público y la sociedad no debe ser tratada igual, el Derecho Penal del Enemigo como lo plantea *Kant*, combate peligros, y no necesariamente se le va a privar de todos sus derechos a este enemigo.

---

1 JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CVITAS, Primera Edición España – 2003. Págs. 28-29

2 Ídem. Pág.31

Rousseau, también nos habla de que: «cualquier malhechor, que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con este, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor»<sup>3</sup>.

Como plantea Rousseau, las personas suscriben un contrato por el cual se da inicio a un Estado, al contravenir o atentar a dicha sociedad organizada, el delincuente o malhechor como lo denomina Rousseau, ha infringido dicho contrato y es por eso que ya no debe de participar o gozar de los beneficios de este, y que a partir de ese momento deja de integrarlo jurídicamente con los demás miembros de este Estado.

Otro filósofo que también da nociones de un Derecho Penal del Enemigo es Fichte, el cual nos dice que: «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos»<sup>4</sup>.

Fichte, es más drástico con aquellas personas que rompe o contraviene dicho contrato, nos habla que deja de tener todos los derechos que se le otorgó al suscribir el contrato y al igual que Hobbes y Kant, nos habla de que un ciudadano puede pertenecer a un Estado de manera voluntaria o por sumisión como lo decía Hobbes en su Teoría; se habla de una muerte en la sociedad, y que deja de ser ciudadano, ya pierde este status.

En el año de 1985, Gunther Jakobs introdujo la idea actual de Derecho Penal del Enemigo, en la forma de un concepto doctrinal, y también como un postulado político criminal.<sup>5</sup>

### III. CONCEPTO

Según Gunther Jakobs, «el Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se consta un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico- penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionalmente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas».<sup>6</sup>

En la conceptualización que nos da Gunther Jakobs, el primer elemento que nos señala es el adelantamiento de la punibilidad, desarrollando este punto podemos precisar que parte desde un hecho que aún no se ha concretado en la realidad; el incremento de la pena como único control de la criminalidad hace referencia a las medidas que se deben tomar antes del hecho delictivo; el segundo punto que habla de penas desproporcionalmente altas; ya que como lo manifiesta Jakobs, las penas para los delitos que atentan en mayor medida con la seguridad de una sociedad deben ser mayores, y también que los que son considerados enemigos de esta, deben tener una medida de seguridad y no una pena; también podemos decir que estas conductas son lejanas y que implican un nuevo riesgo no permitido para un Estado; y en el tercer punto dice que determinadas garantías procesales son suprimidas, con el modelo que plantea Jakobs, estas garantías procesales o constitucionales no corresponden a un enemigo, ya que una persona que

3 Ídem. Pág. 26

4 Ídem. Pág.27

5 Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007, Pág.193

6 JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CIVITAS, Primera Edición España – 2003. Pág.105

atenta contra la seguridad de la sociedad y del orden de un Estado, no debe gozar de ninguna de estos beneficios o garantías, especialmente este punto que propone Jakobs tiene gran crítica, y lo desarrollaremos posteriormente.

También se ha incorporado un concepto por parte de SILVA, «el cual plantea su propia concepción político-criminal; en su posición, en este momento se están diferenciando dos velocidades en el marco del ordenamiento jurídico: la primera velocidad sería que el sector del ordenamiento en el que se impone penas privativas de libertad, y que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos; la segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse solo penas pecuniarias o privativas de derechos- tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño- cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas; y el derecho del enemigo como tercera velocidad en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación».<sup>7</sup>

El aporte que nos da Silva Sánchez, es muy importante, ya que hace una diferenciación a través de sus velocidades, en la primera velocidad, habla de que el ordenamiento impone penas privativas de la libertad, y que en éstas deben persistir las garantías constitucionales y procesales; en la segunda velocidad, que en la nuevas figuras delictivas o infracciones de menor nivel, se deben adoptar por las penas pecuniarias y conjuntamente persisten estas garantías; en la tercera y última velocidad, que corresponde al Derecho del Enemigo, propone que deben coexistir las penas privativas de la libertad, y que también deben estar los principios y garantías procesales pero que debe haber una flexibilización de los mismos en su aplicación a cada caso; al igual que Jakobs,

habla sobre la imposición de penas privativas de la libertad, que vendrían hacer la pena máxima en un ordenamiento jurídico, exceptuando otros países que tiene un sistema jurídico distinto al nuestro. Silva Sánchez con esta concepción da niveles de intensidad en los preceptos jurídicos, y también tiene que darse importancia a la intervención del juez, ya que es él quien valorará el contexto del delito, para así poder aplicar uno de estos tres niveles dependiendo también la magnitud del delito, pero de ninguna manera el delincuente deberá ser privado de sus derechos y garantías que son constitucionalmente reconocidas.

#### IV. DESCOMPOSICION DE CIUDADANOS EN ENEMIGOS

La conceptualización que tenemos de ciudadanos, es que son individuos que integran una sociedad organizada y que gozan de titularidad de derechos y deberes propios que deben ser cumplidos por estos. Y un enemigo es una persona que van en contra de un grupo de personas, de su manera de actuar o de pensar. Al saber estas dos diferencias entre ciudadano y enemigo; la transformación que existe entre un ciudadano que respeta todas las normas de convivencia de la sociedad, y que conviven con sus derechos y deberes tanto de él como de otros; al ser considerado un enemigo es porque ha vulnerado con sus conductas el orden social de un Estado; no es lo mismo juzgar a un ciudadano que infringió la ley por un robo, que juzgar a un individuo que asesinó a 30 personas.

Lo que postula Jakobs es que «el Estado puede proceder de dos maneras con los delincuentes: puede verlos como aquellas personas que han cometido un error, o como individuos que con sus delitos pueden destruir el orden jurídico y por eso mediante la coacción se deben aplicar medidas de seguridad»<sup>8</sup>. Dicho Estado, no puede tratar como personas a estos individuos, ya que al hacerlo también estaría atentando contra la segu-

---

7 JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CVITAS, Primera Edición España – 2003 Pág. 83

8 Ídem Pá g.47

ridad de las demás personas que pertenecen a éste.

Esta descomposición de ciudadanos a enemigos, es lo que le da el carácter excepcional al Derecho Penal Enemigo, ya que lo constituye como un ordenamiento diferente y excepcional, a comparación del Derecho Penal Ordinario. Como afirma Jakobs «los enemigos son actualmente no personas»<sup>9</sup>, por lo que plantea Jakobs, un ciudadano deja de serlo, porque ha ido en contra del orden jurídico de una sociedad atentado contra ésta, no mereciendo ser reconocido como una persona ni ser tratado igual que un ciudadano. El Estado no debe tratarlo como persona, porque estaría vulnerando los derechos de las demás personas que integran la sociedad.

Como lo aclara Silva Sánchez «el tránsito del «ciudadano» al «enemigo», se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente a la integración en organizaciones delictivas estructurales»<sup>10</sup>. Entonces como lo dice Silva, esta descomposición de ciudadano a enemigo, se haría a través del tiempo, la habitualidad, reincidencia y también de que este individuo integre una organización delictiva; este ciudadano deja de serlo para convertirse en enemigo, por estas circunstancias se vuelve un delincuente con un extenso prontuario policial, ya que al ser recurrente todos estos elementos que señala Silva, no se habla de un simple infractor de ordenamiento jurídico sino realmente en un «enemigo» para la seguridad y tranquilidad de las personas.

## V. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

Para Jakobs «sí habría individuos que tendrían que ser diferenciado como enemigos»<sup>11</sup>; que como

sabemos estos individuos vendrían a ser los ciudadanos a los cuales les corresponde el Derecho Penal del Ciudadano en contra posición del Derecho Penal del Enemigo.

Estos dos Derechos, se superponen llegando a una conclusión en donde al autor de un delito sea tratado como persona (Derecho Penal del Ciudadano) y que al mismo autor sea tratado como un peligro al orden jurídico y social de una sociedad (Derecho Penal del Enemigo).

Entonces tenemos que el Derecho Penal del Ciudadano no se encuentra tan lejano al Derecho Penal del Enemigo, la diferencia recae sobre el trato que se le da a la persona, la pena y beneficios penales.

## VI. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para el Derecho Penal del Enemigo, «existe la renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal»<sup>12</sup>.

Las Características que presenta el Derecho Penal del Enemigo son dos<sup>13</sup>:

- La primera correspondiente a que está representada por aquellos tipos penales que dan lugar a una amplia anticipación de la punibilidad y a momentos en que los actos realizados solo tiene carácter de preparatorios de hechos futuros.
- Y la segunda que permitiría adscribir a una regulación al Derecho Penal del Enemigo, sería la de la desproporcionalidad de las penas.

La primera característica que nos habla sobre la amplia anticipación de la punibilidad y sobre actos realizados que tiene carácter de preparativos y de

9 Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007,Pág. 255

10 Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007,Pag. 201

11 Idem,Pág.200

12 Ídem, Pág. 206

13 Ídem Pág.207

hechos futuros, ponen en amenaza permanente a la seguridad de la sociedad, actos que tenga colaboración con organizaciones delincuenciales, así como conductas que favorezcan la existencia y permanencia de estas mismas.

Con el Derecho Penal del Enemigo lo que busca Jakobs es «la progresiva conciencia de los riesgos presentes»<sup>14</sup>, esto quiere decir, la imposición de penas mayores a las personas consideradas enemigos, que son generadores de peligros a la sociedad, es entonces que se busca la seguridad, permanencia de la sociedad en el tiempo a través de la imposición de estas penas, así como la prevención de futuros delitos; entonces se ve que esta conciencia de riesgos presentes, es la prevención de parte del ordenamiento jurídico, el cual debe prever y asegurar la permanencia de la sociedad a través de la implementación de penas más severas para los delincuentes.

## VII.CRITICAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Las críticas que se pueden dar al Derecho Penal del Enemigo se pueden explicar que son a partir de una disposición emocional, o una sensibilidad que se encuentra en la conciencia de cada persona, así también de la susceptibilidad de la misma. Como lo dice Jakobs «el mundo puede dar miedo, y de acuerdo a una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensajes»<sup>15</sup>, es así como ve Jakobs a las críticas de su Teoría.

Existen dos marcadas críticas y estas son<sup>16</sup> :

I. Carácter histórico relativo de los contenidos materiales de los ordenes ético-sociales como obstáculo al etiquetamiento y exclusión de indi-

viduos como «enemigos»

Welzel, dice «un orden social que intenta imponer una concepción del mundo por medio de la sanción, entrará fácilmente en conflicto con la conciencia de los individuos»<sup>17</sup>.

El Estado busca una condición en la sociedad en la cual exista una convivencia pacífica entre los hombres, como el desarrollo de su proyecto de vida, y subsistencia de la misma de la sociedad; es por eso que debe tomar decisiones para poder preservar esta tranquilidad, y esto lo hace a través del ordenamiento jurídico, el cual por medio de la leyes modifican las conductas y comportamientos de las personas para que no atenten contra la seguridad de la sociedad.

En esta crítica que se da al Derecho Penal del Enemigo tenemos que se debe impedir que el Estado realice una exclusión y etiquetamiento de un hombre al llamarlo «enemigo», y que esto solo llevaría a la deshumanización del mismo, siendo degradado en su condición de persona (ciudadano) y ser considerado como enemigo de la sociedad.

«Los contenidos materiales de los órdenes éticos y sociales son relativos y contingentes, porque no puede ser admisible ninguna regulación jurídica de las relaciones sociales, de la instituciones sociales por medio de las que se canalizan aquellas, así como también de las estructuras jurídico-políticas del Estado, que imponga una determinada concepción del mundo»<sup>18</sup>

En esta regulación jurídica por parte del Estado no debe existir la exclusión de grupos sociales o de personas; así también se tiene que dar el ejer-

---

14 Citado por NAVARRETE POLAINO, Miguel; XVII Congreso Latinoamericano , IX Iberoamericano I Nacional del Derecho Penal y Criminología Guayaquil –Ecuador 2005; Editorial Ara Editores, Perú 2005 Pág. 76

15 Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007,Pag. 263

16 Ídem Pág. 266

17 Ídem Pág. 267

18 Ídem Pág. 268

cicio de las libertades y derechos de todas las personas que viven en una sociedad políticamente organizada, tan solo por el hecho de ser seres humanos y pertenecer a ella.

Pero en la realidad de los Estados, sabemos que no ocurre esta igualdad de trato, porque existe la diferenciación de los mundos sociales referentes a la libertad de las personas; los Estados «optan por la realización de prácticas contrarias a la legalidad vigente»<sup>19</sup>, realizan esto para velar por el bien común, que sería la seguridad de la sociedad y de cierta manera es comprensible estas medidas que realizan los Estado, para poder frenar la delincuencia y el caos social.

Welzel, «la idea fundamental de la democracia es, por ellos, el aseguramiento de la disposición fundamental de todos los grupos en lucha por el poder político, a que la lucha por el orden social justo sea llevada a cabo como una lucha de ideas, y esto sobre todo sin trata de aniquilar como enemigo al que piensa de otra manera, tan pronto como se han conseguido la mayoría y el poder»<sup>20</sup>.

Como dice Welzel, al realizar este etiquetamiento a los individuos denominándolos «enemigos», se estaría atentando contra la libertad de las personas y grupos sociales que no piensan igual a las personas que tienen poder dentro de una sociedad. La democracia es reconocer la libertad de las personas que integran una sociedad, no se puede etiquetar a las personas como lo hace Jakobs y que dejen de ser tratados como ciudadanos al ser denominados «enemigos» del orden jurídico, político y social de una sociedad; se estaría atentando con su misma condición de personas.

2. El descubrimiento histórico de la dignidad humana como límite absoluto del poder y como condición de admisibilidad de un orden social como Derecho.

En esta segunda crítica, tenemos la dignidad humana que se encuentra relacionada con el concepto de persona; un hombre que posee un psiquis y un soma, es el sujeto de la dignidad humana. Según nos dice Kant «el hombre es un fin en sí mismo que no puede ser nunca utilizado como medio por nadie, ni siquiera Dios»<sup>21</sup>.

Esta dignidad no se pierde cuando una persona ha delinquido, sigue siendo persona y por ende tiene dignidad. Así como distingue Kant «entre la personalidad civil y la personalidad innata, es ésta última precisamente la que debe proteger al delincuente frente a toda posible instrumentalización y arbitrariedad»<sup>22</sup>. Como sabemos cuando una persona ha sido condenada por un delito y tiene que cumplir una pena privativa de la libertad, en la sentencia se estipula que pierde derechos civiles, y como vemos son a los que se refiere Kant, pierde esa personalidad civil, pero nunca debe perder la personalidad innata; en la cual se encuentra la dignidad, por más que sea un avezado delincuente, éste siempre tiene derechos que protegen su dignidad después de ser sentenciado y que reciba dentro del centro de readaptación a la sociedad un trato digno, porque a pesar de todo nunca dejó de ser una persona.

Estas críticas que se dan a la Teoría planteada por Jakobs; desde mi punto de vista son demasiado humanistas; es verdad que se debe tener respeto por la dignidad de la persona y que ésta misma es un fin supremo del Estado, pero al referirnos a ciudadanos que han perdido este status como lo dice Hobbes; se puede seguir considerando ciudadanos a una persona que está atentando deliberadamente contra el Estado, y así también contra los demás ciudadanos que lo integran?, la respuesta es más que obvia y sería que No.

Porque sí se le debería considerar esta dignidad a estos «enemigos» y no respetar la dignidad, segu-

---

19 Ídem Pág. 269

20 Ídem. Pág. 271

21 Ídem Pág. 277

22 Ídem Pág. 277

ridad y paz de los ciudadanos que se ven directamente afectados con estas conductas delictivas. Debe primar un derecho colectivo ante un derecho individual puesto que la satisfacción que dará el primero será mucho mayor que la afectación del segundo derecho.

## VIII. CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El Derecho Penal del Enemigo, se puede concebir como una nueva perspectiva del Derecho Penal Común, el cual está basado o tiene como principal característica, en el tratamiento que se le da al individuo que con sus conductas contraviene el orden jurídico, al considerarlo un enemigo.

**SEGUNDA:** El Derecho Penal del Enemigo, así como lo es planteado en el presente trabajo conforme a la Teoría de Gunther Jakobs, no debería ser tan drástico al momento de referirse sobre la supresión de las garantías procesales, ya que toda persona por más enemigo que sea, debe gozar con las mismas y no con beneficios procesales, que son cosas totalmente diferentes.

**TERCERA:** Tal como lo Plantea Gunther Jakobs, y aceptando en este sentido su teoría, se debe buscar que estos enemigos se han tratados como individuos, los cuales no deben gozar de beneficios de ninguna clase, puesto que han perdido su status de ciudadano al atentar contra la seguridad y paz de la Sociedad que los alberga.

## IX. BIBLIOGRAFIA

· GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007.

· JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CVITAS, Primera Edición España – 2003.

· NAVARRETE POLAINO, Miguel; XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Nacional del Derecho Penal y Criminología Guayaquil –Ecuador 2005; Editorial Ara Editores, Perú 2005.

## X. GLOSARIO

o **ESTATUS:** Posición que una persona ocupa en la sociedad o dentro de un grupo social.

o **PUNIBILIDAD:** Cualidad de punible.

o **REINCIDENCIA:** Der. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa.

o **RESCISION:** Acción y efecto de rescindir.

o **SUMISION:** Der. Acto por el cual alguien se somete a otra jurisdicción, renunciando o perdiendo su domicilio y fuero.

Fuente: Diccionario Virtual de la Real Academia Española







# ESCUELA DE POST GRADO

## Universidad Privada de Tacna

Creada con Resolución Nro. 084-94-ANR

### MAESTRIAS

Maestría en Relaciones Públicas con mención en Administración y Dirección de Medios  
Maestría en Psicopedagogía  
Maestría en Docencia Universitaria y Gestión Educativa  
Maestría en Docencia Universitaria y Dirección de Instituciones Educativas  
Maestría en Ingeniería Civil con mención en Tecnología Empresarial  
Maestría en Ingeniería Civil con mención en Transportes  
Maestría en Informática  
Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial  
Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales  
Maestría en Derecho Constitucional  
Maestría en Administración y Dirección de Empresas  
Maestría en Contabilidad, Tributación y Auditoría  
Maestría en Gestión y Políticas Públicas  
Maestría en Medicina  
Maestría en Enfermería  
Maestría en Fisiopatología  
Maestría en Arquitectura Paisajista  
Maestría Doble Grado Internacional en Management International

### DOCTORADOS

Administración  
Derecho  
Derecho Penal y Política Criminal  
Ciencias Contables  
Educación

Contáctenos en la Av. Bolognesi 1924, Cercado de Tacna  
Teléfonos: 052-427212 Anexos 311 o al Telefax: 052-242676  
E-MAIL: [marketing.espgupt@gmail.com](mailto:marketing.espgupt@gmail.com)

# PRINCIPIO DE FAVORECIMIENTO DEL PROCESO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ximena Lizbeth Aguilar Rosado

\*

*«La Constitución del Estado Constitucional ya no es un mero trozo de papel o un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino que esta se refuerza por el hecho de estar colocada en un escalón superior a la ley ordinaria en la jerarquía de fuentes del Derecho, y es portadora de un conjunto de valores sobre los cuales se funda no solamente un sistema jurídico, sino toda una sociedad.»*

\*Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la UPT.

## Principio de favorecimiento del proceso en el proceso contencioso administrativo

### I. SUMARIO.-

Si tuviésemos que formular un resumen procesal, teniendo en cuenta la experiencia jurídica, deberíamos señalar que este se da a través de tres construcciones teóricas: «Derecho-tutela-eficacia». Y es así como el derecho regula la relación de los ciudadanos con el Estado; la tutela es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas; y finalmente la eficacia es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas. El proceso es un instrumento de tutela del Derecho, y en el ámbito judicial tiene como director al Juez, quien tiene como facultad el rechazo liminar de la demanda, pues cuenta con principios sobre los que reposan facultades para disponer ello, siendo estos: 1) El Principio de legalidad o especificidad, en virtud del cual la causal de improcedencia sólo se declara cuando la ley expresamente o implícitamente la establece, es decir, sólo se pueden invocar las reguladas; 2) El Principio de la relación jurídica procesal, esto es, la existencia de la relación jurídica procesal se origina con la demanda dirigida al Juez, a la que luego se integra el emplazado; y finalmente el que abordaremos en adelante 3) El Principio de Favorecimiento del Proceso, que constituye un régimen interpretativo en función del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en virtud del cual, ante cualquier duda en el momento de calificar la demanda, se debe dar trámite al proceso.

Pretendemos, analizar brevemente la aplicación de este Principio en el Proceso Contencioso Administrativo, por su importante aplicación; sin embargo, sabemos que el mismo puede ser abordado en futuras oportunidades de manera más extensa.

### II. DESARROLLO.-

#### I. Generalidades:

El proceso contencioso administrativo antes de

la entrada en vigencia de la Ley N° 27584 era regulado por el Código Procesal Civil, y es con esta ley emitida el 17 de abril del 2002, que adquiere autonomía procesal, con reglas innovadoras, pretendiendo cautelar de manera eficaz los derechos e intereses de los administrados, dotando a los jueces de facultades que les permitiría cumplir con ello. La Ley N° 27584 derogó expresamente las disposiciones que hacían referencia al Proceso de «Nulidad Objetiva del Acto Administrativo», establecido en el Código Procesal Civil, para pasar a un modelo procesal de «Nulidad Subjetiva o de Plena Jurisdicción», el juez por tanto queda premunido de potestades que le permiten anular los actos administrativos, pronunciarse sobre el fondo de la controversia e incluso ejecutar sus decisiones.

Sin embargo, aunque la Ley N° 27584 introdujo innovaciones como las mencionadas, aún padecía de deficiencias, y es en el mes de mayo del 2008 en el que se dictan una serie de modificaciones legislativas que alcanzan las reglas del proceso contencioso administrativo, publicándose en agosto del mismo año el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, cuya finalidad es ordenar las reglas existentes en el Proceso Contencioso Administrativo, el mismo que en palabras de Ramón HUAPAYA TAPIA tiene como objeto a la pretensión procesal administrativa, en la medida que su contenido específico viene delimitado por el Derecho Administrativo. En la Ley N° 27584, así como en su TUO se señala que este proceso se rige entre otros Principios, por el Principio de favorecimiento del Proceso, por su importancia efectuaremos en adelante un sucinto análisis del mismo.

2. Concepto normativo del Principio de Favorecimiento del Proceso en el Proceso Contencioso Administrativo:

El Principio de Favorecimiento del Proceso establecido en la Ley que Regula el Proceso Contencioso

cioso Administrativo, Ley N° 27584, y también conocido en el Proceso Civil como Principio *Pro Actione* cumple básicamente una función tuitiva en este tipo de proceso judicial, se encuentra expresamente señalado en el inciso 3 del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, y en el mismo se indica: «El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma». Por tanto y tal como su nombre lo indica, este principio está destinado a favorecer el proceso, es decir permite la admisión de la demanda cuando existan dudas respecto al agotamiento de la vía administrativa, el cual es exigido al postular la demanda, y ante su incumplimiento es sancionado con la improcedencia de la misma, de conformidad al inciso 3 del artículo 23° de la norma antes acotada; se señala además que la aplicación del Principio de Favorecimiento puede darse cuando exista cualquier otra duda razonable, siendo incluso materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 1417-2005-AA/TCI (Caso Manuel Anicama Hernández).<sup>1</sup>

### 3. Procedencia para la aplicación del Principio de Favorecimiento del Proceso:

Pues bien podemos indicar que aunque se suele confundir o mal utilizar este principio, pues es invocado en todas las etapas del proceso, su procedencia radica en la existencia de una incertidumbre que recaiga en la falta de agotamiento de la vía administrativa o cuando no se encuentre plenamente acreditada en la postulación del proceso. No obstante y aunque pareciera ser de aplicación únicamente en la etapa postulatoria, hay quienes interpretan de manera amplia para favo-

recer el proceso, cuando se tenga alguna duda o incertidumbre, sobre la procedencia o no del proceso judicial al momento de calificar alguna excepción que pueda generar la conclusión del proceso; como cuando la parte demandada deduce la excepción de caducidad; y no se pueda determinar fehacientemente si el derecho del demandante, para recurrir al Poder Judicial, ha caducado.

Según Lissett Loretta MONZÓN VALENCIA de ECHEVARRÍA, si se efectúa una interpretación literal de la norma, se podría concluir que el favorecimiento del proceso solo sería procedente frente a una incertidumbre de falta de agotamiento de la vía administrativa al momento de calificar la demanda; sin embargo, si se efectúa una interpretación sistemática por comparación con los principios del derecho administrativo y la finalidad tuitiva del proceso contencioso administrativo, podría colegirse que la interpretación amplia también podría ser admisible para casos no necesariamente relacionados con la falta de agotamiento de la vía administrativa, al momento de calificar la demanda, sino también al analizar la procedencia o no del proceso. Considerando que siendo el proceso contencioso administrativo un proceso tuitivo debería preferirse una interpretación amplia y continuar con el proceso judicial, para no poner en riesgo el derecho del administrado, pues de rechazar la demanda, se generaría un eventual recurso de apelación, que podría ser mucho más perjudicial para el administrado, que en esa instancia se consiga los elementos necesarios para determinar si se agotó la vía válidamente.

○ *Incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.*- La falta de agotamiento de la vía administrativa, suele en la práctica judicial cuestionarse de manera común, deduciéndose como excepción en el proceso contencioso administrativo, ello por lo general sucede cuando el administrado no ha cumplido con agotar todos

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 1417-2005-AA/TC) Extraída de la página web [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe) que señala: « (...) en aplicación pro actione que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción (...)».

los recursos del proceso administrativo, y en atención a lo señalado en el artículo 148° de la Constitución Política, solo puede recurrirse al Poder Judicial cuando la actuación administrativa ha causado estado y según el artículo 20° del TUO de la Ley N° 27584 constituye requisito de procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa, conforme a las reglas del Procedimiento Administrativo General señaladas en la Ley N° 27444, y al deducirse la excepción no solo podría cuestionarse la omisión del demandado de agotar la vía previa, sino que al hacerlo lo ha realizado vulnerando lo establecido en esta Ley. Es justamente el artículo 207° y siguientes de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el que establece cuales son los recursos que pueden ser utilizados en un proceso administrativo, los mismos que son: 1) reconsideración, 2) apelación y 3) revisión, no obstante cada entidad pública regula su propio procedimiento recursal en su TUPA (Texto Único de Procedimientos Administrativos) pudiendo en algunos casos sólo interponerse reconsideración (cuando el acto impugnado fue emitido por un órgano que constituye instancia única), en otros casos podría utilizarse tanto la reconsideración como la apelación conjuntamente y en otros hasta la revisión, definiendo lo aplicable en cada caso concreto las reglas del procedimiento que establezca cada entidad demandada en su TUPA. Por ello es necesario que el Juez, al momento de determinar si se ha agotado la vía administrativa, no solo tenga a la vista el acto administrativo emitido por la autoridad administrativa, sino además deberá verificar que el procedimiento se haya agotado válidamente según las reglas establecidas en el Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Es importante que el administrado advierta de manera correcta lo antes mencionado, pues de lo contrario creyendo que pueden utilizar los 3 recursos se utiliza un tiempo de manera innecesaria, que incluso puede provocar que cuando recurra al Poder Judicial haya operado el plazo de caducidad, y puede también suceder que creyendo que ya ha agotado la vía administrativa con un recurso, realmente falte un pronunciamiento definitivo, amparándose la parte demandada, en este último caso, en deducir la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, resaltando

Juan Carlos MORÓN URBINA, que presentada la reclamación fuera del plazo hábil para la recurrencia, conducirá-como cualquier petición-a una decisión administrativa, pero no producirá el agotamiento de la vía, por cuanto esta es un efecto propio y reservado a los recursos.

○ *Duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda.*- Además de la Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, la parte demandada en el proceso contencioso administrativo suele también deducir excepciones de caducidad, de competencia y de prescripción. Resultando necesario analizar la aplicación del Principio de Favorecimiento del Proceso cuando se deduce la excepción de caducidad.

La excepción de caducidad se formula cuando se considera que el plazo para formular la demanda, el cual es regulado en el artículo 19° del TUO de la Ley N° 27584 ha caducado, ahora bien, cuando en la etapa postulatoria, no se cuente con documento que demuestre la fecha de notificación del acto administrativo que agotó la vía administrativa, no se puede advertir si el derecho de demandar en vía judicial ha caducado, por ello el juez tiende a admitir la demanda, en virtud del Principio de Favorecimiento del Proceso. Sin embargo, si la parte demandada cuenta con medios probatorios que demuestren que la caducidad ha operado la excepción debiera la misma ser amparada; no pudiéndosele exigir al juzgador que declare improcedente la demanda al momento de su calificación. No obstante se debe mencionar que en algunos casos cuando el acto administrativo que ha agotado la vía administrativa tiene una fecha muy distante a la interposición de la demanda, superando en exceso el plazo del artículo 19° del TUO de la Ley N° 27584, el Juez opta por declarar inadmisibles la demanda y requiere a la parte demandante a fin que acompañe copia certificada o fedateada de la notificación de la resolución, ello debido a que si bien en el mismo escrito de la demanda el accionante alega que fue notificado mucho después de la fecha de expedición de la Resolución Administrativa de última instancia no acompaña medios probatorios que acrediten lo expuesto.

El Juez por otro lado y ante las demás causales de improcedencia, no analizadas, pero que están

establecidas en el artículo 23° del TUO de la Ley N° 27584, o cuando tenga dudas *razonables* al momento de calificar la demanda, en mérito al Principio de Favorecimiento del Proceso debe admitir la demanda; sin embargo, cuando advierta claramente y sin lugar a dudas una causal de improcedencia deberá así declararlo, en resolución debidamente motivada, pudiendo el demandante apelar dicha resolución.

Y en ese sentido Víctor Roberto OBANDO BLANCO, señala que debe quedar claro que las demandas absurdas o arbitrarias no tienen por que ser admitidas a trámite generando un proceso inconducente, en el fin de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso, en definitiva, en el inútil dispendio de actividades procesales, con el costo al Estado que ello implica.

#### - CONCLUSIÓN.-

Siendo el proceso contencioso administrativo un proceso tuitivo se debe preferir una interpretación amplia y continuarse con el proceso judicial, para no poner el riesgo el derecho del administrado a la tutela jurisdiccional efectiva, sin embargo el mismo se vulnerará únicamente cuando se rechaza liminarmente una demanda invocando causal de improcedencia impertinente, y no cuando se aplica una causal de improcedencia pertinente que evita un proceso inconducente. Por lo tanto en los casos en que la judicatura considere necesaria la aplicación del Principio de Favorecimiento al momento de resolver una excepción de falta de agotamiento de la vía admi-

nistrativa o de caducidad (u otra que pretenda concluir el proceso) debería tener en cuenta los argumentos señalados por las partes tanto al momento de deducir la excepción (parte demandada) así como en la absolución del traslado de la misma (parte demandante), pues al declarar infundada la excepción y así proseguir con el séquito del proceso se generaría incluso falsas expectativas al demandante, pues obtendrá una sentencia inhibitoria, vulnerándose con la expedición de la misma el principio de economía procesal.

#### - REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.-

- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. *Neoprocesalismo Teoría del proceso civil eficaz*. 1ª edición. Ara Editores. 2013.

- HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación-Estudios y cuestiones*. 1ª edición. Ara Editores. 2011. Pág. 371.

- MONZÓN VALENCIA de ECHEVARRÍA, Lissett Loretta. *Comentario Exegético a la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*. 1ª edición. Ediciones Legales. 2011. Pág. 55 y 56.

- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General*. 9ª edición. Gaceta Jurídica. 2011. Pág. 612.

- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva-Base para un modelo*. 1ª edición. Ara Editores. 2011. Pág. 138.





# OTROS





## ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL INCANATO: A PROPÓSITO DE UN DOCUMENTO DE 1582

Rafael Enrique Azócar Prado \*

*«...el Derecho a la Verdad, solo semánticamente hablando, (...) vendría a ser: «Facultad de hacer o exigir a la Ley o la autoridad en nuestro favor, que aquello dicho, propuesto, o resultado de juicio o sucedido, sea cierto y sin lugar a dudas...»*

\* Psicólogo de la Corte Superior de Justicia de Tacna-PPJ  
Dr. en Ciencias de la Salud

## Administración de justicia en el incanato: a propósito de un documento de 1582

### *Administration of justice in the incanato: report of a document, 1582*

#### Resumen

El diplomático e historiador argentino Roberto Levillier publicó el año 1925 su monumental obra: «Gobernantes del Perú. Cartas y papeles». La obra de Levillier contiene documentos del Archivo de Indias y es de suma importancia para la historiografía americana por contener, mayoritariamente, la correspondencia oficial de los gobernantes del virreinato peruano. El tomo IX concierne a la correspondencia del Virrey Martín Enríquez de Almanza, y lleva por título: «El Virrey Martín Enríquez 1581-1583». En este tomo se encuentra la «Averiguación hecha en el Cuzco, por orden del Rey y encargo del Virrey Martín Enríquez». El documento de 20 páginas recoge las declaraciones de testigos españoles que habían vivido en el Cuzco desde hacía 40 años y conocían la forma de gobernar en «tiempos del Inca». Se trataba entonces de gente entendida en religión, administración gubernamental, arte militar, caminos, costumbres, tradiciones y leyendas incásicas. La calidad de estos testigos es indiscutible, y por ello el documento que comentamos en el presente artículo es de una importancia capital para entender el modo en que los incas gobernaron a sus súbditos en lo civil y en lo penal. Palabras clave: incas, administración de justicia, castigos, testigos

#### Summary

*The Argentine diplomat and historian Roberto Levillier published his monumental 1925: «Rulers of Peru. Letters and papers. «The work of Levillier contains documents Archivo de Indias and is critical for American historiography to contain mostly the official correspondence of the rulers of the Peruvian*

*viceroyalty. Volume IX correspondence concerning the Viceroy Martín Enríquez de Almanza, and entitled: «The Viceroy Martin Enriquez 1581-1583». In this volume is the «Inquiry made in Cuzco, by order of King and order of the Viceroy Martin Enriquez». The 20-page document includes statements of Spanish witnesses who had lived in Cuzco for 40 years and knew how to govern in «times of the Inca». It was then people understood in religion, government administration, military art, roads, customs, traditions and Inca legends. The quality of these witnesses is indisputable, and therefore the document discussed in this article is of paramount importance to understand how the Incas ruled his subjects in civil and criminal matters. Keywords: Inca, justice, punishment, witnesses*

**El documento: «Averiguación hecha en el Cuzco, por orden del Rey y encargo del Virrey Martín Enríquez acerca de las costumbres que tenían los Incas del Perú, antes de la conquista española, en la manera de administrar justicia civil y criminal. Declaran García de Melo, Damián de la Bandera, el Reverendo Padre Cristóbal de Molina, Alonso de Mesa, Bartolomé de Porras y algunos indios». Cuzco, marzo-abril de 1582<sup>1</sup>**

En la gran ciudad del Cuzco del Perú a veinte y ocho días del mes de marzo de mil y quinientos y ochenta y dos años, el muy ilustre señor don Pedro de Córdoba Mexía, Caballero del hábito de Santiago, corregidor y justicia mayor en esta ciudad y su tierra por su majestad, dijo que por cédula de la real majestad dirigida al excelentísimo señor don Martín Enríquez, Virrey y gobernador y capitán general de estos reinos,<sup>2</sup> se manda se

<sup>1</sup> La redacción ha sido adaptada a nuestra época.

<sup>2</sup> Martín Enríquez de Almanza, Virrey del Perú (15 de mayo de 1581 hasta el 12 de marzo de 1583), Predecesor de Francisco Álvarez de Toledo. Falleció en Lima el 12 de marzo de 1583. Entre sus obras más importantes, se tienen: Instituyó el Colegio Real de San

haga averiguación de los usos y costumbres que los indios naturales de esta tierra, tenían en el modo de su gobierno y seguimiento de sus pleitos en tiempo de su gentilidad y sobre lo demás en la dicha real cédula contenido y obedeciendo lo que por ella se le manda y usando de una instrucción que para el dicho efecto fue servido de le mandar enviar y prosiguiendo por el orden y forma de ella que es lo que adelante ira inserto, mandó hacer y hizo sobre ello la averiguación siguiente:

Lo primero, cómo tenían divididas las poblaciones, si era por provincias o por pueblos y con qué orden en cada una y con qué orden y gobierno.

Ítem, qué orden tenían dada en las diferencias de unos en otros, así en causas civiles como en causas criminales acerca de la orden del juicio y determinación de ellas.

Ítem, si tenían jueces particulares y cuándo y cómo los nombrada o si lo eran los tucuyricos<sup>3</sup> o los caciques y si esta jurisdicción se la daba limitada o cuál y a quiénes y cómo y para qué negocios.

Ítem, si tenían ministros otros de justicia como son entre nosotros alguaciles escribanos, procuradores, abogados y cuáles y cuántos eran.

Ítem, si tenían leyes universales o particulares por donde se juzgaba o por dónde se guiaba el juicio

y la sentencia y orden de proceder.

Ítem, si estas ordenanzas o leyes había escrituras por donde hubiese memoria y ciencia de ellas para que no errasen los que juzgaban y tenían esto a cargo o era todo sola voluntad y albedrío de cada uno y estas leyes si eran diversas en una jurisdicción que en otra.

Ítem, si estos juicios y sentencias se escribían o cómo quedaba memoria para de unos tiempos a otros y a cuyo cargo estaba aquello y con qué solemnidad se hacía y ejecutaba.

Ítem, si de lo uno o de lo otro se llevaba algo por vía de derechos o de costas o gastos o por otro camino alguno y cuánto y a quién se daba.

Ítem, si en la verificación de los negocios habían algunos términos de probanzas y cómo se hacían y si era por presentación de las partes o las hacían los jueces de su oficio y de qué orden y con que solemnidad.

Ítem, si se castigaban los perjurios y como se verificaban que lo eran y con qué pena.

Ítem, si había apelación o agravio de un juez a otro y cómo.

Ítem, si los incas por si mismos ejercían alguna jurisdicción o ejecutaban algunas penas y esto si era guardando alguna ley o ordenanza o sola su voluntad y albedrío.

Martín a fin de recibir a los jóvenes de origen provinciano que venían a la capital para seguir estudios universitarios; en 1581 creó el corregimiento de Huancavelica; fundó en la Universidad de San Marcos una cátedra de quechua a la que ordenó asistieran los sacerdotes vinculados a la prédica entre los indígenas; puso en marcha un sistema de correo de postas, utilizando corredores o chasquis, similares a los de la época incaica; mejoró el servicio de la mita que hacían los indios en las minas de Potosí y Huancavelica y afrontó la segunda gran epidemia de viruela que asoló la costa peruana diezmando a millares de indígenas. El historiador peruano Rubén Vargas Ugarte S.J. ha escrito sobre este virrey lo siguiente: Enríquez había sido un hombre probo e íntegro y un leal servidor de Dios y del Rey. El haber venido con menos años al Perú y no haberle precedido un gobernante de la visión y dinamismo de Toledo, hubiera sido uno de nuestros mejores Virreyes.

3 El Tucuyricuy o Tucuiricuc (el que todo lo ve). El jesuita Bernabé Cobo (1956::252) escribía: Tocricuc que quiere decir veedor. Eran funcionarios estatales que viajaban de incógnito por las diferentes regiones del imperio, observando la forma como se aplicaban las leyes y disposiciones del Inca (veedor). En el momento preciso se identificaban ante los habitantes por medio de unos hilos de la mascapacha del Inca, luego de lo cual empezaban su labor, visitando los lugares de su responsabilidad para recoger el tributo y remitirlo al Cuzco. Cuando ejercía justicia como juez criminal lo llamaban Taripa Camayoc. En la «Relación y declaración del modo que este valle de Chincha y sus comarcas se gobernaban antes que oviese ingas y después que los uvo hasta que los cristianos entraron en esta tierra» redactado el año 1558 por el vicario del Monasterio de Santo Domingo de Chincha Cristóbal de Castro y el Corregidor de Chincha Diego de Ortega y Morejón. En este documento los curacas informantes señalaron que quien aplicaba justicia se llamaba (...) ocha camayo, que quiere decir el que castiga los pecados y delitos (1974:99).

Ítem, quién era el tucuyrico<sup>4</sup> y quién le ponía y cuándo y por qué tiempo y con qué jurisdicción y qué hacía y qué jurisdicción usaba y en qué casos y cosas.

Ítem, si en este oficio y cargo sucedía hijo o era voluntad del Inca darlo a quien él quería.

Ítem, qué era cacique de guaranga y si lo proveía el Inca y con qué jurisdicción y para qué casos civiles o criminales.

Ítem, quién era cacique de pachaca y quién le proveía y si era con jurisdicción y ésta a qué y cómo se entendía.

Ítem, si tenía o proveía otros jueces o comisarios y con qué forma y jurisdicción.

Ítem, éstos qué proveía, qué razón o título llevaban para que fuesen obedecidos y respetados.

Ítem, den razón de si hay señales o quipus u otro recaudo por donde conste de lo que dicen y por dónde se puede verificar y comprobar la verdad de lo que se le pregunta.

#### **García de Melo.**<sup>5</sup>

Y luego inició atinente para la dicha información se recibió juramento en forma de derecho del tesorero García de Melo vecino de esta ciudad y habiendo jurado y prometido de decir verdad y

siendo preguntado por los capítulos insertos, dijo lo siguiente:

Al primer capítulo dijo que este testigo a que entró en esta ciudad del Cuzco en año de treinta y ocho que a mas de cuarenta años y en este tiempo ha procurado entender lo que el capitulo dice y lo que del sabe es que los incas señores que fueron de este reino tenían su principal asiento en esta ciudad y tenían toda la tierra que poseían repartida en cuatro provincias que salían de los cuatro lados de esta ciudad porque el asiento de ella está en medio de todas las provincias y la una se llama chinchaysuyo que corre mas de quinientas leguas y la otra provincia que está del otro lado se llama collasuyo que corre hasta los términos de Chile y la otra provincia que es de la otra parte corre hacia la costa de la mar y se llama condesuyo que no es muy grande por estar la costa no muy lejos y la otra que está frontera de ésta es condesuyo que es donde se cría la coca y no es muy grande sino muy pequeña porque los incas no conquistaron mucha tierra por montaña y por ser tierra muy enferma y todas estas provincias tienen diferentes lenguas y el Inca mandó que todos aprendiesen la lengua de chinchaysuyo que llaman la general<sup>6</sup> y particularmente mandaron aprender esta lengua a los caciques y sus hijos y gente principal y en cada provincia habían pueblos poblados muchos y puestos sus mojones<sup>7</sup> y señalados sus términos a cada uno y cada pueblo tenía a cargo sus términos para aderezar los ca-

---

4 El fraile mercedario Martín de Murúa (1962:199) describe las funciones del tucuyricuy: (...) tenía en cada provincia el Ynga un Auqui, que era como virrey, el cual ordinario era orejón del linaje del Ynga, al cual llamaban tocoricucapu, que es como veedor mayor de todas las cosas. Este era superior en la provincia y gobernación, a los gobernadores, capitanes y curacas; tenía cuenta con todo lo que pasaba y se hacía en la provincia (...). En habiendo alguna cosa en que poner remedio, él de secreto lo enviaba a decir a uno de los cuatro orejones del Consejo de Estado. Esto era en los negocios arduos y dificultosos, que pertenecían a los gobernadores o curacas, porque los negocios de menos calidad, él los conocía y despachaba, juntamente con el gobernador o curaca principal.

5 Fue tesorero de la Corona española en el Cusco. A pedido del Licenciado Lope García de Castro, Gobernador del Perú, participó junto al Licenciado Juan de Matienzo en la frustrada capitulación con el Inca rebelde Titu Cusi Yupanqui, en Carco (Vilcabamba) entre los años 1565 y 1566.

6 Se refiere al quechua, el idioma del Estado Inca. Quechua o quichua, llamada también runasimi. Para el padre jesuita Blas Valera, S.J. (1945:55) la ley primera en el incario fue que todos los sujetos al imperio de los incas hablen una misma lengua general, y esta sea la quichua (kechwa) del Cuzco, y la aprendan por lo menos los señores y sus hijos y parientes y los que han de gobernar o administrar justicia o ser prefectos de oficios y obras y los mercaderes y contratantes. Contrariamente a Valera, para el fraile mercedario Martín de Murúa (1962:229) la 1ª ley del Incario estaba referida a la blasfemia: La primera Ley: que el que blasfemase o dijese mal del Ynga estuviese en pena colgado todo un día y después, si quedaba vivo, lo desterrasen para siempre de su pueblo a tierras remotas y estériles. Murúa fue destinado a partir de 1577 al Perú, tuvo estrecho contacto con los indígenas y aprendió quechua y aymará.

7 Poste de piedra u otra señal que se clava en el suelo y señala el límite de un terreno o indica la dirección o distancias de una vía o un camino.

minos y la manera del gobierno era por caciques que tenían sus pueblos y jurisdicciones señalados y estos caciques son como señores en España y en cada cacicazgo ponía el Inca un tucuyrico que el oficio de éste era mirar lo que todos hacían y si se cumplía lo que estaban obligados a hacer los dichos caciques y los dichos tucuyricos tenían a su cargo sus tierras del sol y del Inca<sup>8</sup> que en cada cacicazgo había dedicadas al sol y al dicho Inca y las hacían labrar y cultivar beneficiando lo que se cogía de ellas y a este tucuyrico si no hacía bien su oficio le quitaba el Inca y ponía otro y si lo hacía bien le dejaban estar siempre.

Al segundo capítulo dijo que lo que sabe y oyó y entendió lo contenido de personas antiguas de este reino es que la orden que los Incas tuvieron en juzgar las causas civiles y criminales fue arbitraria porque entre ellos no se escribía ni se regían sino por la orden que el Inca daba la cual los descendientes unos de otros guardaban y la forma que se pudo saber era que a donde el Inca estaba todas las causas que se ofreciesen se venían a determinar ante él<sup>9</sup> y se hacía lo que él mandaba y esta misma orden se guardaba en las provincias

donde tenía gobernadores y de la manera que el dicho Inca juzgaba era lo siguiente:

- Cuando alguno era acusado de delito le ponían en presencia del Inca y allí venían los testigos con que le acusaban y delante de él se averiguaba el delito y allí luego era sentenciado y se ejecutaba la sentencia sin más apelación réplica.<sup>10</sup>
- La forma del juramento de los testigos era por el sol y por la tierra<sup>11</sup> y si juraban falso los castigaban gravemente por la primera vez y a la segunda le daban pena de muerte.
- Tenían indios señalados para ejecutar la justicia que el Inca mandaba y cuando iban a matar a alguno iba el tal ejecutor con una señal que llevaba en la mano que a lo que se acuerda oyó decir que era un vasillo de plata y así el delincuente en viéndolo entendía que había de morir.
- El indio que mataba a otro por robarle ponían en la cárcel donde le tenían muchos días dán-

8 Al respecto, la historiadora peruana María Rostworowski (2004:94) escribió lo siguiente: Este tipo de tierras se hallaban presentes en todo el territorio del Tahuantinsuyo. Gracias a los documentos de los archivos coloniales se sabe que cada ayllu o grupo étnico disponía de ciertos campos de cultivo destinados al servicio del Estado Inca y de la nobleza cusqueña en particular. Estos campos eran trabajados por la gente del común en forma colectiva. Los productos obtenidos de estos terrenos eran recibidos por el Estado a manera de tributo. De manera similar, el estamento religioso también disponía de terrenos emplazado en todo el territorio incásico. María Rostworowski (2004:95) señala que: (...) a toda huaca grande o pequeña se le asignaba un pedazo de tierra y su usufructo era destinado para las ofrendas, especialmente para la preparación de las bebidas y comidas que se convidaban durante los rituales y fiestas que se organizaban para su culto.

9 Bernabé Cobo (1956:268) ratifica lo dicho por García de Melo: Donde se hallaba presente el Inca él solo era el juez ante quien se pedían todos los agravios hechos y donde no, hacían justicia sus gobernantes y caciques según a quien tocaba conocer del caso.

10 El cronista Pedro de Cieza de León recogió diversas versiones respecto del profundo temor y obligado acatamiento a la voluntad del Inca. Sobre Huayna Capac: (...) que no se halla que en tierra tan grande hobiese quien osase alzar la cabeza para mover guerra ni dejar de obedecer, así por el temor que tenían á Guayna Capac (1880:297). Sobre Pachacuti Yupanqui: Cuando le iban á hablar, iban cargados livianamente; mirávanle poco al rostro; cuando él hablaba, temblaban los que le oían, de temor ó de otra cosa (1880:212). Sobre Atahualpa: (...) fué de tanto valor y mató tanta gente, por temor fue obedecido de muchas naciones (1880:49). Al respecto, cuenta Pedro Pizarro (1978:65) que estando cerca de Atahualpa (fue su custodio en la prisión del Inca en Cajamarca) fue testigo del temor reverencial que le profesaban sus súbditos indígenas, sean éstos hombres del común, curacas o jefes militares: Era muy temido por los suyos, acuerdeme que el señor de Guailas le pidió licencia para ir a ver su tierra y se la dio, dándole tiempo en que fuese y viniese, y tardose algo mas, y quando volvió, estando yo presente, llegó con un presente de fruta de la tierra, y llegado que fue a su presencia, empezó a temblar en tanta manera, que no se podía tener en los pies.

11 Lo reafirma el cronista Pedro de Cieza (1880:48): (...) Y allí hacían juramento solene, á su usanza, por el sol. Asimismo, Pedro Pizarro (1978:242) también describe el juramento de los incas al sol: Juravan asimismo por el sol alzando el rostro a él, y por la tierra. Pero es Pedro Gutiérrez de Santa Clara (1905:287) quien ofrece la mejor versión acerca del juramento de los indígenas del Tahuantinsuyo: Asimismo tenían estos yndios por diosa a la tierra, y quando juravan, la tocavan con los quatro dedos de la mano derecha, y luego alzavan la mano en alto al sol, o a la luna, diciendo: jullol Annan pacha ynde, o ana n pacha quilla; y assí dezían lo que querían proponer en su dicho; Pacha llaman a la tierra, hazedor de todas las cosas; ynde es el sol; quilla es la luna; ana es cosa alta; de manera que quiere decir: Juramento hago al sol, o al hazedor de la gran tierra y de la luna.

- dole tormentos y al cabo le mataban.<sup>12</sup>
- Si un indio mataba a otro en pendencia averiguaban quien había sido la causa de ella y si lo había sido el muerto desterraban al matador a tierras enfermas y mal pobladas y si el matador había dado causa a la pendencia matabanle luego.
  - El que mataba a traición era luego condenado a muerte aunque fuese persona principal.
  - El que mataba con hechizos era condenado a muerte él y todos los de su casa porque no quedase en ella quien supiese el oficio.
  - El cacique que mataba a algún indio su sujeto sin enviar a pedir licencia al Inca le castigaban públicamente dándole con piedras en las espaldas que era entre ellos castigo afrentoso, este castigo le hacían por la primera vez y si reincidía a la segunda le condenaban a muerte y si por ruego la concedían la vida era quitándole el cacicazgo y desterrándole a lejanas tierras.<sup>13</sup>
  - El indio que mataba a su mujer por adulterio era libre y si la mataba por otra culpa si el marido era persona principal le daba el Inca la pena que le parecía sin muerte y si era indio particular le condenaban a muerte.
  - Si alguna mujer mataba a su marido la colgaban de los pies hasta que moría allí.
  - Si alguno hacía morir a alguna mujer con hechizos o por golpes que le daba tenía pena de muerte.
  - La mujer preñada que toma algo para morir tenía la misma pena.
  - El que forzaba a alguna mujer por la primera vez no le daban pena de muerte sino la que el Inca arbitraba y si reincidía en ello le mataban.
  - Si alguno corrompía alguna mujer virgen si era hija de principal le mataban luego y si era particular le castigaban con tormentos y si hallaban que lo había fecho otra vez le mataban.
  - El que adulteraba con mujer ajena le castigaban con tormentos y si era mujer de persona principal los mataban a entrambos porque decían que si ella no consintiera el no podía hacer el delito.
  - El ladrón que hurtaba cosas de comer si era pobre le daban la pena liviana y al que lo hacía por vicio le castigaban con tormentos y si lo había hecho muchas veces le condenaba a muerte.
  - El hurto que se hacía al sol o al Inca por pequeño que fuese tenía pena de muerte.<sup>14</sup>

12 Pedro de Cieza de León - llamado Príncipe de los Cronistas por el peruano español Marcos Jiménez de la Espada - en su crónica titulada «Segunda parte de la crónica del Perú que trata del Señorío de los Incas Yupanquis» (1880:118) se refirió al asunto de las cárceles del incario, señalando: (...) Y si había algunos motines ó conjuraciones ó levantamientos, los principales y más movedores llevaban al Cuzco á buen recaudo, donde los metían en una cárcel que estaba llena de fieras, como culebras, víboras, tigres, osos, y otras sabandijas malas; y si alguno negaba, decían que aquellas serpientes le harían mal, y si mentía, que le matarían. El jesuita Bernabé Cobo (1956:272) decía que: Tenían los Incas dos cárceles en el Cuzco, la una media legua de la ciudad, enfrente de la parroquia de San Sebastián, que se llamaba Aravaya, la cual estaba en un sitio dicho Umpillay, donde eran castigados los ladrones y otros facinerosos con pena de muerte (...) la otra carcel estaba dentro de la ciudad, debajo de la tierra, en que tenían encerrados leones, osos, tigres y serpientes (...).

13 En la versión de Juan de Betanzos (1987:116) el castigo a los caciques o funcionarios orejones hallados culpados los administraba un funcionario del más alto rango venido desde el Cuzco y enviado por el propio Inca. Según Betanzos, el Inca Pachacuti Yupanqui: Ordenó y mandó que cada año saliese un señor principal de la ciudad del Cuzco hijo del Ynga a ver y visitar estas provincias y el tratamiento que era hecho a los naturales de las tales provincias por los señores orejones que aní tenían cuidado y cargo dellas como por los caciques de las tales provincias y que si el tal señor hallase culpado a cualquier destes orejones o caciques les diese el castigo que le pareciese que merecía e quitase estos tales y pusiese otros de su mano. Según el cronista Bernabé Cobo (1956:273) la justicia no se administraba por igual a gente del común y a nobles o personas importantes del Estado Inca: (...) También es de saber que no era entre ellos común y por igual la justicia, porque aunque se preciaban de hacerla y castigar todos los delitos, siempre se daban diferentes penas a los nobles y ricos que a los humildes y pobres.

14 Se refiere a los bienes que poseía el Estado Inca o la jerarquía religiosa y que se almacenaban en colcas.



- El que yendo de camino tomaba alguna cosa de comer con necesidad no incurría en pena ninguna.
- Las cargas que los indios llevaban de los caminantes si faltaba alguna la pagaba el pueblo de donde era el tal indio porque era obligado a tener servicio y el pueblo castigaba al tal indio.
- El que descalabraba o hería a otro la pena que le daban era arbitraria.
- El que ponía fuego a alguna casa pagaba el daño de sus bienes y matabanle por ello.
- El que quemaba algún puente o la deshacía tenía pena de muerte.
- El que era reincidente a su cacique le castigaban con tormentos y si perseveraba en ello le desherraban o le condenaban a muerte.
- Los hijos que eran inobedientes a sus padres los castigaban los propios padres públicamente.
- El indio mitimae<sup>15</sup> que el Inca ponía en un pueblo si se iba por la primera vez le castigaban con tormentos y por la segunda tenía pena de muerte.
- Al alhuete le castigaban públicamente en presencia de mucha gente y si perseveraba le mataban.
- El que quitaba mojones o los retraía le castigaban con tormentos por la primera vez y por la segunda con pena de muerte.
- El que cazaba caza vedada y en parte prohibida sin licencia del Inca le castigaban con tormentos.
- Si algún ganado hacía daño en alguna sementera el señor de ella tomaba del ganado el valor del daño que le había fecho.
- El que era obligado al servicio de algún tambo si faltaba del castigaban al cacique en cuyo distrito estaba el tambo.
- Los caciques estaban obligados a comer en la plaza en público y sus indios con ellos y el que no lo hacía le quitaban el cacicazgo.
- Al indio que dormía entre día le azotaban y era entre ellos género malo el dormir entre día.
- El indio que en cualquier cosa se descomedía contra los gobernadores le castigaban con rigor.
- Si algún gobernador por cohecho o afición disimulaba algún castigo el Inca le quitaba el cargo y le castigaba y si era el caso grave le mandaba matar.
- Si alguno tomaba la hija a su padre contra su voluntad si era para casarse con ella y la hija consentía en ello no tenían pena si eran de un pueblo pero si eran de diferentes pueblos los castigaban porque no se consentía que siendo de diferentes pueblos se casasen.<sup>16</sup>
- El que era deshonesto con mujeres solteras tenía pena de muerte porque todas estaban debajo del amparo del Inca para darlas marido.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Los mitimaes o mitmacuna (el que se va). Fueron grupos de familias separadas de sus comunidades por el Inca y trasladados de pueblos leales a conquistados o viceversa para cumplir funciones económicas, sociales, culturales, políticas y militares. Ninguna otra política afectó tanto la demografía y conjuntos étnicos andinos como ésta de los mitimaes. Se llega a afirmar que hasta una cuarta parte de la población del imperio fue reasentada (trasladada para colonizar regiones deshabitadas o enseñar a los naturales la cultura Inca). La función política y estratégica más común de estos desplazamientos fue la necesidad del imperio incaico de dividir a las poblaciones que suponían una amenaza a las elites incaicas, de esa manera estos reasentamientos servían para debilitar el peso de una población para la resistencia. Sobre este punto, el Oidor Juan de Matienzo (1910:12) declaraba que: (...) y para poderlos mejor sojuzgar, los hacían pasar de una parte a otra y a estos llavaman Mitimes y hasta ahora están fuera de sus tierras.

<sup>16</sup> Sobre este punto, Garcilaso de la Vega (1985:143) señalaba: No les era lícito casarse los de una provincia en otra, ni los de un pueblo en otro, sino todos en sus pueblos y dentro en su parentela por no confundir los linajes y nasciones mezclándose unos con otros.

<sup>17</sup> Cronistas como Garcilaso de la Vega, Cieza de León, Blas Valera, Pedro Pizarro, Juan de Betanzos, entre otros, confirman la potestad del Inca para casar. Del Inca Garcilaso (1985:142) es la siguiente cita: Es de saber que cada año mandaba el Rey juntar todos los mozos y mozas casaderas que en la ciudad el Cusco havia de su linaje. Las mozas habían de ser de diez y ocho a veinte años y los mozos de veinte y cuatro arriba (...). El Inca se ponía en medio de los contrayentes que estaban cerca unos de otros y mirándolos los llamava a él y a ella y a cada uno tomava por la mano y los juntava como que los unía con el vínculo del matrimonio.

- El cacique que no tenía cuidado de corregir los indios de sus pueblos y avisar de sus vicios al Inca le privaban del cacicazgo.
  - Las mujeres solteras que eran públicamente malas las castigaban con rigor y si perseveraban tenían pena de muerte.
  - El que por descuido se le quemaba su casa y se encendía otra casa era obligado al daño.
  - El que mancaba a otro le castigaban y mandaban que sustentase al que así quedaba manco.
  - El que mudaba el traje de la provincia de donde era natural le castigaban gravemente.<sup>18</sup>
  - El que quebrantaba la casa donde estaban las mamaconas<sup>19</sup> que eran como monjas dedicadas al sol, le colgaban de los pies hasta que moría.<sup>20</sup>
- Al cuarto capítulo dijo que no tenía mas ministros de justicia de los ejecutores que ejecutaban lo que el Inca mandaba y que para esto tenía un pueblo llamado Corca (sic) dos leguas de esta ciudad adonde residían los dichos ejecutores y no había otros ministros de justicia.
- Al quinto capítulo dijo que la orden y leyes que el Inca, tenía era conforme a lo que tiene dicho en el segundo capítulo y que esto no estaba escrito sino que de mano en mano había venido entre ellos del Inca que tenían por costumbre para memoria cantar estas leyes y penas que el Inca comenzó a ejecutar y ejecutaba en los delitos que se ofrecían como nosotros los romances que cantamos.
- Al sexto capítulo dijo que dice lo que dicho tiene en el capítulo antes de este y que en cuanto a ser voluntad o albedrío del Inca todo estaba sujeto a él.
- Al tercero capítulo esta respondido en el de arriba. Al sétimo capítulo dijo que entre los indios no

18 El Anónimo Jesuita (1968) menciona la ley novena del código civil y moral del incario, que a la letra dice: Que cada uno se vista y adorne conforme a la cualidad que tiene, el plebeyo como plebeyo, y el noble como noble; y que ninguno se vista del genero de ropa y traje y labor que se visten los reyes, si no fuese hijo o hija o pariente del rey, o si no hubiere particular privilegio para ello.

19 Al respecto, María Rostworowski (2004:140) afirma que (...) eran muchachas sacadas de sus lugares de origen para llenar los aclla huasi o casa de las escogidas. Al margen de las hijas o hermanas de los incas, quienes disfrutaban de una situación de privilegio, las demás mujeres del Tahuantinsuyo significaban para el Estado fuerza de trabajo para la fabricación de textiles, la preparación de bebidas para los ritos y una provisión de esposas para cuando lo soberanos incas deseaban congraciarse con determinados curacas. El soldado cronista Cieza de León (1880:220) al referirse a los aclla huasis señala: A las puertas destas casas estaban puestos porteros que tenían cargo de mirar por las vírgenes, que eran muchas hijas de señores principales, las más hermosas y apuestas que se podían hallar; y estaban en el templo hasta ser viejas; y si alguna tenía conocimiento con varon, la mataban óla enterraban viva, y lo mesmo hacían á él. Estas mujeres eran llamadas mamaconas; no entendían en más de tejer y pintar ropa de lana para servicio del templo y en hacer chicha, que es el vino que hacen, de que siempre tenían llenas grandes vasijas.

20 La violación de las acllas (mujeres ocupantes de los aclla huasis) fue considerado en el Incario un acto sacrilego. El jesuita Blas Valera (1982:47) refiere que cualquiera que las maltrataba de manos y de palabra había de ser castigado bravísimamente. Sin embargo, cuanta habría sido la sorpresa e indignación experimentada por los incas cuando observaron a los españoles abusar de las jóvenes recluidas en los aclla huasis, que a decir de Valera (1982:38) eran vírgenes escogidas, hermosas y de sangre noble, electas y consagradas al sol. La violación sexual de las vírgenes escogidas se inició antes de la llegada de los españoles a Cajamarca, en el año de 1532. Cuenta el cronista y viejo soldado español Diego de Trujillo (1970:50) que al llegar a Cajas (hoy pueblo desaparecido pero en ese momento ubicado muy próximo de la actual Huancabamba, en la serranía de Piura) las huestes de Hernando de Soto hicieron tropelías en el acclla huasi ubicada en dicho pueblo: (...) avia en aquel pueblo tres casas de mujeres escogidas que llamaban mamaconas y como entramos y se sacaron las mujeres a la plaza, que heran mas de quinientas y el capitán dio muchas de ellas a los españoles, el capitán Inca se ensobreció mucho y dijo como osais vosotros a hacer esto estando Atabaliba veinte leguas de aquí, porque no ha de quedar hombre vivo de vosotros. El cronista- soldado Pedro Cieza de León (1880:37) también da cuenta de la violación sexual sufrida por las vírgenes del sol en la ciudad de Cusco a manos de los tres españoles que hicieron una espectacular y osada travesía desde Cajamarca hacia el Cusco enviados por Pizarro a recoger el oro y la plata para completar el rescate de Atahualpa: (...) corrompieron algunas vírgenes y á ellos tuviéronlos en poco; que fué causa que los indios, por esto y por ver la poca reverencia que tenían á su sol, y como sin vergüenza ninguna ni temor de Dios violaban sus mamaconas, que ellos tenían por gran sacrilegio, dijeron luego que la tal gente no eran hijos de Dios, sino peores que Supais, que es nombre del Diablo. Los tres españoles fueron: Juan de Zárate (contador y escribano), Martín Bueno y Pedro de Moguer. Más datos biográficos de estos soldados de la conquista se encuentran en James Lockhart (1972).

había escritura ninguna más de que de mano en mano sucedía a la memoria de sus ritos y costumbres y que para este efecto como tiene dicho acostumbraban a cantar las cosas de su gobierno para memoria de ellas.<sup>21</sup>

Al octavo capítulo dijo que entre los indios no había costas ni gastos en los pleitos que trataban. Al noveno capítulo dijo que las probanzas y averiguaciones se hacían en presencia del Inca con los testigos y partes presentes y no había mas plazos de lo que el Inca quería.

Al décimo capítulo dijo que los perjurios se castigaban gravemente y con rigor y la forma de ello es la que tiene dicha.<sup>22</sup>

Al once capítulo dijo que no había apelaciones en tiempo del Inca.

Al doce capítulo dijo que como tiene dicho ante los incas venían todos los pleitos civiles y criminales y guardaban en ellos la forma y orden que tiene dicho.

Al trece capítulo dijo que el tucuyrico era siempre persona principal y este le ponía el Inca por el tiempo que él quería y que el mando y jurisdicción que tenía era ver como cumplían los caciques lo que cada uno estaba obligado a hacer en su lugar y que el oficio de estos era ser sobreestantes de lo que el Inca mandaba.

Al catorce capítulo dijo que el oficio y cargo de tucuyrico no se heredaba sino que el Inca lo daba a quien quería.

A los quince capítulos dijo que cacique de guaranga<sup>23</sup> quiere decir cuenta de mil indios y el Inca los proveía como le parecía para que tuviese cuenta y cargo de estos mil indios para acudir con ellos a donde les mandase.

A los diez y seis capítulos dijo que cacique de pachaca es lo mismo que tiene dicho de guaranga salvo que pachaca se entiende ser cacique de cien indios,

A los diez y siete capítulos dijo que lo que supo

21 29 años antes de que este documento fuese elaborado, el soldado-cronista Pedro de Cieza (1880:59) se había referido a los cantares como instrumento nemotécnico utilizado en el incario: (...) para cada negocio tenían ordenados sus cantares ó romances, que, viniendo á propósito, se cantasen, para que por ellos se animase la gente con lo oír y entendiesen lo pasado en otros tiempos, sin lo inorar, por entero. Y estos indios que por mandado de los reyes sabían estos romances, eran honrados por ellos y favorecidos, y tenían cuidado grande de los enseñar á sus hijos y á hombres de sus provincias los más avisados y entendidos que entre todos se hallaban; y así, por las bocas de unos lo sabían otros, de tal manera, que hoy día entre ellos cuentan lo que pasó ha quinientos años, como si fueran diez. El Agustino Antonio de la Calancha (1939:93) también hace mención de los cantares incas como medio de conservación y trasmisión de tradiciones y leyendas: (...) que ya por sus Quipos, que son sus Anales, de que diré adelante; ya por cantares i eventos en que conservaban las tradiciones. Por su parte, Fray Martín de Murúa (1962:67) refiere que a la muerte de Huayna Cápac: (...) Todos cantaban cantares tristes y de melancolía, refiriendo las hazañas famosas de Huaina Capac y rogando al Hacedor por él. (...)

22 Mucho se ha escrito sobre la severidad de las penas aplicadas en el Tahuantinsuyu. Algunos cronistas incluso tacharon de bárbaras e inhumanas estas leyes, mientras que otros repararon más el efecto en la paz social conseguida (por las leyes) que en la dureza de las sanciones. Sobre la severidad de las penas en los Incas. El fraile Antonio de la Calancha (1939:100) decía al respecto: Sus leyes fueron de las más conformes a la razón natural, que Gentiles an tenido, ni otros preceitos, fuera de los de nuestra Fe Católica, les an igualado. Eran inviolables en egecutar las penas, i cuydadosos en destruir los ecosos. Las penas eran, o castigo afrentoso, o muerte cruel; moría el que urtava, aogavan al que mentía, despeñavan al adúltero despedaçando al omicida, afrentavan al sensual, i moría con toda su familia el traydor; i por ser tan castigado el urto, i de tanto terror el omicidio, ni guardavan sus bienes en cajas, (aún oy dura aquesto) ni aseguravan la vida con paredes ni llaves. Los tipos de delitos que con mayor frecuencia castigaba el ocha camayo, según Diego de Ortega y Cristóbal de Castro, eran los siguientes: acceso carnal con una aclla (escogida), descuido al llevar el tributo al Inca o huido el hatunruna con la carga (tributo), que no se hubiese labrado la tierras del Inca o del sol y si se había cometido algún homicidio. En la «Relación de Chíncha» (1974:99) se lee lo siguiente: (...) porque una india que estaba en este valle de Chíncha señalada para el Inga tuvo aseso con un principal vino un ocha camayo a un asiento llamado Asto ocho leguas deste valle que era cárcel de el Inga y mando encarcelar allí todos los curacas e hijos de curacas de diez años arriba y sin dexar nenguno los mando despeñar dende una peña agra. Respecto a la severidad y tipo de castigo, la «Relación de Chíncha» (1974:99) dice que el ocha camayo aplicaba justicia: (...) sin que obiese ley ni quipo determinado el castigo que obiese de dar sino según su voluntad.

23 El cronista jesuita de principios del siglo XVII, Bernabé Cobo (1956:262) decía que los funcionarios del gobierno Inca no se diferenciaban por las materias en las que intervenían, sino por la cantidad de individuos que gobernaban. Cobo menciona los siguientes funcionarios administrativos y el número de individuos bajo su jurisdicción: (...) el que tenía cuanta con diez se decía chunca camayu, el de quinientos, pichcapachac camayu, el de mil, huaranca; y el de diez mil hunu; y todos los que gobernaban de ciento arriba se decían comúnmente curacas.

de esto es que el Inca proveía comisarios y ministros para que fuesen a las provincias donde él no estaba ni podía ir personalmente para que oyesen y ejecutasen la justicia conforme a la comisión que el Inca les ordenaba de palabra.<sup>24</sup>

A los diez y nueve capítulos dijo que en lo que toca a los quipus que sirve a los indios para sus cuentas que hoy día los usan y los tienen y que en lo demás se rigen por memoria que va de unos en otros y por cantares que cantan como tienen dicho todo lo cual sabe este testigo por haberse informado de ello en el tiempo que ha que esta en esta tierra de los indios antiguos de ella porque este testigo es muy antiguo en estos reinos y ha sido juez de naturales muchas veces donde ha tenido noticia de lo que dicho tiene y esto es la verdad de lo que a entendida cerca de lo que se le ha preguntado y que es de edad de más de setenta años y firmelo de su nombre y el señor corregidor don Pedro de Córdova Mexia, ante mi Juan de Quiroz. Escribano publico.

### Damián de la Bandera.<sup>25</sup>

Después de lo susodicho en el Cuzco a treinta y un días del mes de marzo del dicho año el dicho señor corregidor hizo parecer ante sí a Damián de la Bandera vecino de esta ciudad del cual se recibió juramento en forma de derecho so cargo del cual prometió de decir verdad y siendo preguntado por el tenor de los dichos capítulos dijo lo siguiente:

Al primer capítulo que lo que sabe y a sabido y entendido es que los yngas señores que fueron de estos reinos residían en esta ciudad del Cuzco como en cabeza de todo él y que para poder gobernar reino tan grande lo tenían dividido en cuatro provincias conviene a saber chinchasuyo, collasuyo, condesuyo, andesuyo las cuales provincias eran pobladas y lo son de presente de diferentes naciones y lenguas de gentes todas las cuales naciones se diferenciaban en el traje de las cabezas<sup>26</sup> y de las dichas cuatro provincias tenían cuatro gobernadores supremos a quien cada pro-

24 Martín de Murúa (1962:199-200) recogió la versión de que los castigos a los hombres del común los ejecutaba el *tucuyricuy* y si los culpados eran hombres principales (gobernadores u orejones) los administraba el propio Inca o quien éste mandaba. Decía Murúa: Estos castigos que hacía el Ynga eran desde el orejón, de los cuatro ya dichos, hasta el curaca de mil indios, que de ahí abajo lo ordenaba y mandaba el *tocoricuc* y los gobernadores que tenía en las provincias puestos. Del castigo a los indios principales, la versión de Murúa es la siguiente: (...) si era muy principal el delincuente, estaba con prisiones y ponía guardia hasta que, con gran diligencia y recato, se enviaba a hacer inquisición y pesquisa, a la parte donde había estado, y de donde procedían las quejas, mandando que sus deudos y parientes no estuviesen entonces en los pueblos donde se inquiría. Preguntaba del delito y allí por las personas a quien lo encargaba el Ynga, que siempre eran de los más principales orejones y de sus deudos, se hacía diligencia averiguación y probadas las quejas, se venía al Cuzco y daba parte al Ynga de lo que había hecho. Entonces el Ynga hacía llamar a sus consejeros y demás personas principales, que estaban en el Cuzco, y habiéndose juntado traían al delincuente delante de ellos, y estando presente les hacía un parlamento, trayéndoles a la memoria su obligación y reprendía el delito, y los daños que él habían procedido (...). Habiendo reñido y afrentado de palabras al reo, mandaba que con un mazo, llamado de ellos *champi*, le diese tres o cuatro golpes en las espaldas, los cuales luego al momento un principal, de los que allí estaban, le daba ejecutándose la sentencia, y los golpes eran tales que muchos morían de la fuerza y dolor de los dichos golpes, y otros escapaban. En la «Relación de Chíncha» de Diego de Ortega y Cristóbal de Castro (1974:97) se dice que: La común justicia que entrestos avia por cosas livianas tenían un azote con una porra al cabo que se llama *chata* que quiere decir acusadora este traya el chocas y dava los azotes que le mandaba dar el curaca y si era alguna cosa grave davanle con la porra de lo cual muchas veces moria la qual justicia han usado hasta el dia de hoy en estos llanos.

25 El conquistador español Damián de la Bandera escribió el año 1557 su «Relación general de la disposición y calidad de la provincia de Guamanga, llamada San Joan de la Frontera, y de la vivienda y costumbres de los naturales della». Según José Antonio del Busto (1986:195,196) Damián de la Bandera vino al Perú como soldado del Virrey Núñez de Vela, pero preso este gobernante, de la Bandera huyó y se unió a Diego Centeno luchando junto a éste en la batalla de Huarina en contra del rebelde Gonzalo Pizarro. Derrotados los partidarios del Rey, de la Bandera se pasó a las fuerzas del Presidente Gasca y participó en la batalla de Jaquijahuana. También sirvió a las fuerzas leales a la Corona en contra del insurrecto Francisco Hernández Girón. El Virrey Marqués de Cañete premió su valor y lealtad nombrándolo Corregidor de Ayacucho. Damián de la Bandera se preciaba de conocer todo el Perú y del Busto refiere que «estaba reputado de gran experiencia en cosa de indios».

26 Se refiere a los adornos y arreglos en los peinados de los indígenas. Al respecto, Bernabé Cobo (1956:258) menciona que: (...) porque dado que todos andaban con cabellos largo, unos lo traían cortado por bajo de las orejas y otros muy largo, unos trenzado y otros suelto y los más vendado ceñido con diversas suertes de ligaduras. Cobo describió los diversos accesorios o adornos en las cabezas de los indígenas de diversas etnias: los de Tumbamba se ponían en las cabezas una corona redonda de palo a manera de aro; los de Cajamarca traían cogido el cabello con una honda; los Huaylas usaban rodetes en la cabeza (*pillus*), los nativos de Bombón llevaban accesorios de lana pintados de amarillo y colorado; los de Jauja llevaban una fajas coloradas; los de Andahuaylas envolvían la cabeza con unas cuerdas de lana que les caía por debajo de la barba; los de Cusco (los *ayllus* o panacas reales) usaban llauto que era una cinta de lana; los del Collao traían unos bonetes (gorros) de lana (Cobo, 1956:259). El cronista Juan de Betanzos menciona que los indios del común llevaban los cabellos largos, mientras que los incas (y los miembros de las panacas reales) los llevaban cortos (1987:185). El cronista Pedro Pizarro (1978:66) cuenta que Todos estos señores andavan tresquilados y los orexones como a

vincia de aquellas<sup>27</sup> acudía con sus negocios y el gobernador al Inca y de esta manera era fácil el gobierno porque en la distancia de cada provincia había caciques principales de a mil y de cien indios y de hay abajo que tenían cargos y cuidado de todo lo que se había de hacer en cada pueblo así para el servicio del Inca como para el bien y conservación del pueblo lo que por el ynga estaba ordenado y de trecho a trecho había un tucuyrico que era como juez visitador a quien ocurrían con las cosas extraordinarias para que las juzgase y determinase porque las grandes y de mucha importancia todas iban al gobernador supremo y del al Inca como dicho tiene y eran obligados todos los caciques y personas principales de todo el reino que tenían cargo y oficio en la república de saber la lengua general para poder dar razón a sus mayores de todo lo que se ofrecía y que en todo lo demás se remite al dicho que dijo en esta causa García de Melo vecino de esta ciudad porque él lo ha visto y leído y cree y tiene por cierto que paso así todo lo que en el se declara y que por el año de cincuenta y siete siendo este testigo visitador general en la provincia

de Guamanga y en esta del Cuzco por comisión del Marqués de Cañete que Dios haya, visorrey que fue de estos reinos hizo una averiguación con mucha diligencia y cuidado acerca de las cosas contenidas en los capítulos de suyo la cual tiene originalmente el licenciado Cartagena oidor de la real audiencia de los reyes<sup>28</sup> que se la dio este testigo para cierto efecto por el mes de enero de este año a la cual se remite y en cuanto a las leyes y ordenanzas que el Inca tenía generales en lo civil y criminal sabe este testigo y tiene por cierto muchas averiguaciones que a hecho entre indios antiguos de los que fueron gobernadores y capitanes del Inca que son ya muertos en todas las cosas tocantes a lo esencial del gobierno de todo el reino tenía el Inca cerca de si dos quipucamayos a manera de secretarios los cuales tenían por memoria en unos cordeles de muchos colores<sup>29</sup> todas las leyes y ordenanzas generales tocantes al gobierno y a lo civil y criminal los cuales tenían tanta habilidad y memoria en conocer el cordel en que estaba cada cosa que a cualquiera ora que el Inca lo pedía le daban razón de ello los cuales tenían como registros cotejado el un secretario

sobrepeine. Sobre la importancia de la cabellera en los indígenas peruanos, el sacerdote jesuita Bernabé Cobo (1956:185) refiere que: «Tienen puesta toda su honra en la cabellera en tanto grado que la mayor afrenta que se les puede hacer es cortársela y como tal les suele dar esta pena la Justicia a los que cometen delitos graves e infames». Juan de Matienzo (1910:47) en su «Gobierno del Perú» recomienda que: Indios christianos que anduviere amancebado publicamente le persuadan a que se case y dexé manceba y no lo queriendo hazer sea azotado publicamente y cortados los cabellos y la india lo mismo. Al respecto, el cura doctrinero Bartolomé Álvarez (1998: 320-322) refiere que los indígenas «usan todos traer cabellos largos, hasta los hombros (...)». Estiman las mujeres la largueza de los cabellos«. Sin embargo, Álvarez discrepa con los funcionarios españoles que trasquilaban los cabellos de los indígenas como castigo a sus faltas o delitos, creyendo que era una afrenta a los indios culpados. Para Álvarez esto era un error; pues Si a alguno tresquilan por justicia públicamente, por algunos hurtos que hacen, en acabándoles de tresquilar se van a sus casas y se ponen una cabellera (...). Cuando algún sacerdote les cortan los cabellos, si los pueden coger los llevan a ofrecer a sus huacas o sepulturas, disculpándose de lo que les falta de la cabeza: lo ofrecen diciendo que se los quitaron por fuerza y contra su voluntad.

27 El fraile mercedario Martín de Murúa (1962:198) coincide plenamente con Damián de la Bandera respecto a los cuatro consejeros del Inca, uno para cada provincia o partes del estado Inca: El modo con que los gobernaba, era que tenía en el Cuzco, junto a su persona, cuatro señores orejones de los más principales, y de más experiencia y entendimiento, sabios en la paz y en la guerra, los cuales eran como cuatro consejeros de Estado, de cuyas manos y prudencia pendía todo el Reino, así en las cosas de policía como de guerra. Estos orejones eran de su linaje del Ynga, y parientes muy cercanos, o hermanos, o tíos, y después dél eran las personas de más autoridad en la corte; despachaban y proveían los negocios, por esta orden: cada uno tenía a su cargo una de las cuatro provincias dichas, de Colla Suyu, Ante Suyu, Conti Suyu y Chinchay Suyu. Estos cuatro orejones salían algunas veces a visitar el Reino, o algunas provincias dél, donde era necesario por casos que sucedían, y pedían jueces graves y de autoridad y, entrando en las provincias donde eran enviados, hacían Junta General de toda ella y de los pobres que había, para darles de comer y repartir entre ellos los mantenimientos, como el Ynga lo ordenaba y tenía mandado. En esta visita apartaba, conforme los avisos que tenía, a los delincuentes con sus mandones, que llaman llactacamayoc, y después de la suficiente averiguación y pesquisa que hacían, iban castigándolos a cada uno conforme merecía y había excedido de las órdenes y mandatos del Ynga, y según la calidad de los delitos, sin que ninguno se quedase exento. Con esto tenían y no osaban traspasar en nada lo que se les ordenaba. Bernabé Cobo (1956:262) también menciona la existencia de cuatro gobernadores del Estado Inca, uno para cada parte o suyo: Componiase el consejo del Inca de cuatro jueces o consejeros llamados Apucunas que siempre residían en el Cuzco, cada uno de los cuales atendía a lo tocante a la parte del reino que le pertenecía, porque como estaba dividido en cuatro regiones o partidos.

28 Se refiere a la ciudad de Lima.

29 Se refiere al quipu o quipo.

con el otro sus memoriales sin discrepar una palabra en cosa alguna y cuando de mano en mano venia alguna duda sobre cualquiera causa y negocio que se ofreciese por allí se juzgaba y determinaba y estas eran las leyes y ordenanzas del reino y que demás de estos en cada provincia generalmente habían sus quipucamayos que eran como escribanos que tenían cuenta en todo lo que se ofrecía y en la hacienda otros del Inca y los hay el día de hoy y que esto es verdad para el juramento que hizo y que es de edad de mas de setenta años y firmólo de su nombre y el señor corregidor don Pedro de Córdova Mexia, Damián de la Bandera, ante mi Joan de Quiroz.

### **Cristóbal de Molina.**<sup>30</sup>

Y después de lo susodicho en la dicha ciudad del Cuzco a dos días del mes de abril del dicho año el dicho señor corregidor hizo parecer ante si a Cristóbal de Molina clérigo presbítero cura de la parroquia del hospital de naturales de esta dicha ciudad del cual según su orden se recibió juramento en forma de derecho y socargo del prometió de decir verdad y siendo preguntado por el tenor de los capítulos dijo lo siguiente:

Al primer capítulo dixo que en cuanto a lo que contiene el dicho capítulo y los demás que todos le fueron leídos se remite a lo que dixo en esta causa García de Melo vecino de esta ciudad que todo ello le fue leído y dado a entender porque todo lo que dijo es cosa muy publica y notoria y este testigo lo ha sabido de indios antiguos con quien a tratado y trata como predicador que es de los dichos indios y como visitador eclesiástico

que fue en esta ciudad y su valle por comisión de don Francisco de Toledo visorrey que fue de estos reinos y que demás de lo que dicho tiene el dicho García de Melo supo y entendió este testigo de los dichos indios antiguos que Inca Yupanqui señor que fue de este reino hizo cárceles en que fuesen metidos los delinquentes dos perpetuas y una para mientras se averiguaban los delitos y otra gravísima y áspera, y la forma de esto era unas cuevas debajo de tierra todas hincadas por lo bajo y alto y al lado de pedernales agudos de suerte que no pudiesen estar en ellas sin herirse por muchas partes y en ésta echaban los que no querían dar la obediencia y sujeción en las guerras y tenían allí muchas sabandijas de leones culebras y otras ponzoñosas para que muriesen<sup>31</sup> y que a los indios que mentían en cosas graves o eran revoltosos los sacaban la lengua por el colodrillo<sup>32</sup> y a los que se echaban con alguna india casada demás de matarlos sembraban el lugar donde los cogían de espinas para memoria y que el Inca no oía de pleitos a los negociantes que venían de las provincias enviados por los gobernadores de ellas sino que el orden que en esto había era que el Inca tenía señalado y nombrada una persona grave<sup>33</sup> de su linaje con quien se tratasen y definiesen todos los negocios y este lo trataba con el Inca y entre ambos se acordaba lo que se había de hacer y esta segunda persona lo mandaba poner en ejecución y esta segunda persona del dicho Inca se elegía el día que a él le alzaban por señor porque la elección de éste tocaba a los sacerdotes del sol y que asimismo los que con madrastras o hermanas se echaban morían por ello porque tenían entendido porque por estos peca-

30 Cristóbal de Molina, conocido como «el Cuzqueño» (para distinguirlo del otro Cristóbal de Molina, «el Chileno»), pasó de su España natal al Cuzco hacia 1556, sin haber cumplido aún los treinta años de edad. En el Cuzco, llegó a ser párroco de Nuestra Señora de los Remedios, del Hospital de los Naturales del Cuzco y autor de dos obras escritas por encargo, una «Historia de los incas», de paradero desconocido a la fecha, y una «Relación de las fábulas y ritos de los Incas», redactada probablemente entre 1575 y 1583. La «Relación» se ocupa de dos grandes núcleos informativos: la relación de las fábulas y la relación de los ritos, ambas provenientes de información recabada por Molina a partir del testimonio oral de antiguos habitantes de extirpe Inca. Con este libro, Cristóbal de Molina se erige como el mayor conocedor de las expresiones religiosas incásicas.

31 Al respecto el cronista indio Felipe Guamán Poma de Ayala (1993:229) refiere: Castigos y prisiones y cárceles de los Ingas para la justicia que tenían en este reino para el castigo de los malos (...) debajo de la tierra hecho bóveda, muy oscura, dentro criado serpientes, culebras ponzoñosas, animales de leones y tigre, oso, zorra, perros, gatos de monte, buitres, águila, lechuzas, sapo, lagartos. De estos animales tenían muy muchos para castigar a los bellacos y malhechores delinquentes.

32 Parte posterior e inferior de la cabeza.

33 Importante

dos les castiga el hacedor y sus guacas<sup>34</sup> y que los trajes de que cada uno se vestía eran los mismos vestidos con que vestían a sus ídolos así en los trajes de las calzas como en las ropas de que usaban y que los visitadores y gobernadores que el Inca enviaba a negocios particulares la señal para que fueren mas conocidos era ir en andas y hombres de indios porque ninguno podía andar en esta forma si no era los tales so pena de muerte, excepto algunos caciques que tenían licencia particular para andar como dicho es y que esto es la verdad y lo que sabe para el juramento que hizo y que es de edad de mas de cincuenta años y firmólo de su nombre y el señor corregidor don Pedro de Córdova Mexia, Cristóbal de Molina, ante mi Joan de Quirós, escribano publico.

### Alonso de Mesa.<sup>35</sup>

Y después de lo susodicho en el Cuzco a tres días del mes de abril del dicho año para la dicha información se presento por testigo a Alonso de Mesa descubridor y conquistador de estos reinos y pro-

vincias del Perú y señor de la villa de Piedrabuena en los reinos de España y vecino de esta dicha ciudad del cual se recibió juramento en forma de derecho so cargo del cual prometió decir verdad y siendo preguntado por el tenor de los dichos capítulos dijo lo siguiente.

Al primer capítulo dijo que lo que del sabe es que desde esta ciudad hasta la puna eran provincias y se gobernaban por orejones<sup>36</sup> que el Inca ponía y estos tenían cuidado de cobrar los tributos que al Inca le pertenecían y tomaban las indias mas hermosas de la provincia, muchachas y las hacían meter en encerramientos para el servicio del sol y del Inca y éstas tenían cuidado de hacer sementeras para quemar y hacer sacrificio al sol y lo demás se ponía en depósito para cuando el Inca hacía guerra en otras provincias y de los dichos depósitos se proveía la gente de guerra de lo que habían menester sin hacer daño en la provincia. Al segundo capítulo que el Inca en este Cuzco tenía esta orden que había en el muchas

34 El sacerdote jesuita Bernabé Cobo (1956:343), quien fue un profundo conocedor de los asuntos indios, define huaca o guaca como adoratorio: Con dos nombres llamaban estos indios a sus dioses que son vilca, el uno y el otro guaca y a cualquiera dellos significa en común, no solo cualquiera dios e ídolo sino tambien todo lugar de adoracion, como templos sepulturas y cualquiera otro de los que veneraban y en que ofrecian sacrificios. Por su parte, el jesuita José de Acosta (1954)- llamado con justicia el Plinio de América - definió la huaca o huaca como: (...) la cosa que se adora es general, como sol, luna, fuego, tierra, elementos; o es particular, como tal río, fuente, o árbol, o monte (...), son adoradas estas cosas; y este género de idolatría se usó en el Perú en grande exceso, y se llama propiamente huaca. Para el estudioso de la cultura andina Astvaldur Astvaldsson (1998:1,2) el término waca constituye un importante término/concepto panandino, común a las dos principales lenguas de los Andes, el qhichwa (waqa) y el aymara (wak'a). En las crónicas y documentos jurídicos del período colonial temprano se usó ampliamente para describir una variedad de lugares y objetos naturales y de obra humana (por ejemplo, divinidades nativas, que incluyen piedras, rocas, montañas, cerros, fuentes, ídolos), los santuarios dedicados a aquellas divinidades y las cuevas y enterratorios en que se encontraban tesoros (...) y tuvo un uso amplio para referirse a los antepasados lejanos y a los objetos y fenómenos extraños y/o extraordinarios.

35 Fue un conquistador y encomendero español en el Perú. Vino al Perú con Francisco Pizarro, con quien se unió en España con sólo 15 años, convirtiéndose en el conquistador más joven de la expedición. Estuvo en la captura de Atahualpa en Cajamarca en 1532. Tuvo una destacada participación en la persecución de las huestes de Quisquis en su huida a Quito y en la defensa del Cusco cuando el levantamiento de Manco Inca. Fue uno de los hombres más ricos del Perú gracias a sus negocios inmobiliarios en el Cusco, ciudad en la que fue su Alcalde Ordinario. Era semi inválido, pues los brazos le habían quedado estropeados a raíz de las torturas que le había infligido el hermano de Francisco, Gonzalo Pizarro por oponerse a su rebelión contra la Corona. Tuvo numerosos hijos en igual número de mujeres indígenas. Ya entrado en años se casó con una sobrina-nieta de Atahualpa, la ñusta Catalina Huaco Ocllo. Fue un profundo conocedor de la historia y costumbres indígenas.

36 Estas personas fueron llamados «orejones» por los españoles, por causa de la deformación de las orejas que se provocaban con el uso de unos enormes adornos circulares encarnados en sus lóbulos. Pertenecían a la nobleza Inca y accedían a las principales dignidades religiosas, obtenían destacados cargos administrativos y militares, y tenían privilegios de los que no podían gozar quienes se encontraran fuera de la nobleza, como la poligamia. Al respecto, el cronista español de principios del siglo XVII, el jesuita Antonio Vásquez de Espinoza (1626) afirmaba que Manco Cápac, fundador mítico del Estado Inca, (...) los hizo lngas de privilegio, mandándoles horadar las orejas, que son estos, de donde proceden los hidalgos, y Cavalleros orejones del Cusco tan nombrados. Por su parte, el cronista Pedro Pizarro (1978:106) describe el procedimiento que empleaban los incas para hacerse orejones: (...) juntaban sus hijos de edad de diez años y les horadaban la orejas y les ponían bragueros, metíanles en las orejas unos palitos delgados cada día un poco más gruesos, hasta que se benían a poner una rodaja grande como aro de cedazo (...). Sajaban la carne de la oreja cada día para que les fuese creciendo. Avia algunos que las tenían tan grandes que les llegaban hasta los hombros, y el que mayores las tenían hera mas gentilhombre entrellos.

mamaconas<sup>37</sup> repartidas en casas cercadas y estas eran unas mujeres dedicadas al sol y al servicio del Inca y tenían cuidado de proveer al Inca vivo y a los Incas muertos antecesores en darles de comer maíz cocido y tostado y carne y lo ponían delante de los bultos<sup>38</sup> y lo quemaban y esto tenían por bastante comida para los difuntos, y si alguna mujer de estas mamaconas erraba tomaban al indio y a la mujer y los colgaban de los pies de manera que el uno al otro se viese y allí espiraban,<sup>39</sup> y que la determinación de pleitos sobre muertes e quitada de haciendas enviaba el Inca uno de los orejones para que le juzgase y lo que éste determinaba pasaba el Inca por ello.

Al tercer capítulo dijo que lo que del sabe es que el Inca enviaba orejones que eran como co-

rregidores a las provincias y que estos determinaban las causas y eran los caciques de las provincias sujetos a ellos y lo que aquellos que así se llamaban hacían el Inca estaba por ello y que la determinación de los pleitos los enviaban al Inca en quipos que son unas cuerdas dados unos nudos en ellas y que por aquí se entendían.

Al cuarto capítulo dijo que no había en tiempo del Inca cosa ninguna de lo que dice este capítulo. Al quinto capítulo dijo que los incas no tenían leyes escritas más de la voluntad del Inca.

Al sexto capítulo dijo que el Inca no tenía orden de leyes sino que juzgaba a su voluntad.

Al séptimo capítulo dijo que en tiempo de los incas

37 Sobre el significado de mamacona, el Inca Garcilaso de la Vega (1985:136) afirma lo siguiente: la llamaban mamaconas, que interpretándolo superficialmente bastaría decir matrona, empero para darle significación quiere decir mujer que tiene cuidado de hazer oficio de madre. Para Garcilaso, las mamaconas eran una especie de administradoras o cuidadoras de las vírgenes escogidas consagradas al sol y a los rituales religiosos.

38 Así llamaban los españoles a las momias de los incas. Pedro Pizarro (1978:89) describe las ceremonias de culto a los difuntos o momias de los incas: hera ver la xente que en este Cusco avia que ponía admiración, toda la mas della servía a estos muertos que cada día sacavan a la plaza, sentándolos en ringlera, cada uno según su antigüedad, y allí comían los criados y bebian y las criadas. Para los muertos hazíanles una lumbre delante dellos (...) quemaban aquí todo aquello que al muerto le avian puesto delante para que comiese de todo lo que ellos comían. Respecto al destino de las momias de los antiguos reyes incas, fue el licenciado Polo de Ondegardo quien siendo corregidor del Cuzco, descubrió y envió a Lima el año 1559 las momias de los incas que los indígenas del Cusco habían escondido y que idolatraban (Barrenechea, Raúl, 1986:337, 338). Las momias fueron llevadas hacia Lima para ser enterradas al interior del Real Hospital de San Andrés de Lima, en algún momento entre los años 1580 y 1628. El Licenciado Polo de Ondegardo destruyó la mayor parte de las momias que encontró; sin embargo decidió conservar solo cinco momias, éstas estaban conformadas por tres varones y dos mujeres. Se sabe que una de las momias era la de Pachacuti Inca Yupanqui y las dos mujeres muy probablemente eran Mama Runtu (la mujer de Inca Viracocha) y Mama Ocllo (esposa de Túpac Inca). Garcilaso de la Vega visitó la casa de Ondegardo en 1560, justo antes de partir de viaje del Cuzco hacia España; al mostrarle Polo de Ondegardo las cinco momias a Garcilaso, este se sorprendió por el excelente estado de conservación que mantenían. Una vez en España Garcilaso hizo una detallada descripción de las mismas en «Los Comentarios Reales de los Incas» (1609:210): (...) que habiendo de venirme a España, fui a la posada del licenciado Polo Ondegardo (...), me dijo, Pues que vais a España, entrad en ese aposento. Ver, si algunos de los vuestros que he sacado a luz, para que lleveis que contar por allí». En el aposento hallé, cinco cuerpos de los reyes Incas: tres de varón y dos de mujer. Uno de ellos decían los indios que era este Inca Huiracocha. Mostraba bien su larga edad: tenía la cabeza blanca como la nieve. El segundo decían que era el gran Túpac Inca Yupanqui, que fue bisnieto de Huiracocha Inca. El tercero era Huaina Cápac, hijo de Túpac Inca Yupanqui y tataranieto del Inca Huiracocha. (...). Una de las mujeres era la reina Mama Runtu, mujer de este Inca Huiracocha, otra era la Coya Mama Ocllo, madre de Huaina Cápac. Poco después que Garcilaso viera las momias incas en casa de Ondegardo, tres o cuatro fueron remitidas a la Ciudad de Lima, con planes de ser exhibidas, siendo el lugar escogido por las autoridades españolas el Hospital Real de San Andrés de Lima. Aunque numerosas personas deben haberlas visto allí, solamente conocemos lo descrito por el jesuita José de Acosta, quien escribió hacia el año de 1590 una detallada descripción de las mismas y de su estado de conservación. Al hablar de Pachacuti Inca Yupanqui, el jesuita Acosta (1954) menciona que: Estaba el cuerpo tan entero y bien aderezado con cierto betún, que aparecía vivo. Los ojos tenía hechos de una telilla de oro tan bien puestos, que no le hacían de falta los naturales; y tenía en la cabeza una pedrada que le dieron en cierta guerra. Estaba cano y no le faltaba cabello, como si muriera aquel mismo día, habiendo más de sesenta u ochenta años que había muerto. Este cuerpo, con otros de Incas, envió el dicho Polo a la ciudad de Lima, por mandado del Virrey Marqués de Cañete, que para desarraigir la idolatría del Cuzco, fue muy necesario; y en el hospital de San Andrés, han visto muchos españoles este cuerpo, con los demás aunque ya están maltratados y gastados. Posteriormente hacia 1638, Antonio de la Calancha (1939:185) confirma que las momias fueron enviadas por Polo de Ondegardo hacia el Hospital de San Andrés: los cuerpos que envió el Licenciado Polo a Lima en tiempo del primer Marqués de Cañete, y están en un corral del Hospital de San Andrés. Después de Calancha, los datos históricos permanecen en un largo silencio, pero a ciencia cierta se desconoce el lugar exacto donde fueron enterradas las momias a pesar de los esfuerzos desplegados por el historiador peruano Teodoro Hampe.

39 El gran cronista jesuita José de Acosta (1954) recogió la siguiente versión al respecto: (...) si se hallaba haber alguna de estas mamaconas o aclas delinquido contra su honestidad, era infalible el castigo de enterralla viva o matalla con otro género de muerte cruel.



no se escribía cosa ninguna porque no había entre los incas escritura.<sup>40</sup>

Al octavo capítulo dijo que en tiempo del Inca no había cosa de lo que dice este capítulo porque todo era del Inca.

Al noveno capítulo dijo que no había términos algunos de provincia.

A los diez capítulos dijo que no había juramento entre los indios.<sup>41</sup>

A los once capítulos dijo que no había apelación de jueces.

A los doce capítulos dijo que los incas juzgaban las causas que querían.

A los trece capítulos dijo que ya tiene dicho quien era el tucuyrico.

A los catorce capítulos dijo que el dicho tucuyrico se proveía a la voluntad del Inca.

A los quince capítulos dijo que cacique de guaranga era de mil indios.

A los diez e seis capítulos dijo que cacique de pachaca quiere decir cacique de cien indios.

A los diez e siete capítulos dijo que dice lo que dicho tiene en los capítulos antes de esto.

A los diez e ocho capítulos dijo que la razón que van proveídos por el Inca era decir que era a sus yanaconas y que iban a gobernar tal provincia y lo que decían por este respeto.

A los diez e nueve capítulos dijo que de lo contenido en este capítulo no entiende que haya al presente señales más de algunos quipos que entiende de que debe de haber entre los indios antiguos.

Y que lo que tiene dicho es la verdad y lo que a sabido y entendido para el juramento que tiene fecho y que es de edad y más de sesenta años y ármalo de su nombre y el señor corregidor don Pedro de Córdova Mexia, ante mi Joan de Quiroz, escribano publico.

### **Bartolomé de Porras.**

Y luego incontinentemente para averiguación de lo contenido en los dichos capítulos el dicho corregidor hizo parecer ante sí a Bartolomé de Porras que es hijo de Antonio Díaz de Porras conquistador que fue de este reino y de doña Beatriz india el cual tiene mucha noticia y platica de las cosas de los indios por haberse comunicado y tratado con los principales de ellos en esta ciudad y a don Francisco Cocamayta de la parcialidad de hurincuzco y a don Francisco Quiqua indio de la parcialidad de hanancuzco, ambos indios incas viejos que cada uno de ellos confesaron tener mas de setenta años y el uno dijo tener edad de ochenta años y siendo preguntados por el tenor de los capítulos por lengua a los dichos indios de don Phelipe Sayre, intérprete general de esta ciudad, dijeron lo siguiente:

Al primer capítulo siéndoles leído el que dijo en su dicho García de Melo vecino de esta ciudad y dándoles a entender a los dichos incas por el dicho intérprete dijeron que lo que tiene dicho el dicho García de Melo es la verdad y todo ello pasó como en él se declara y lo propio respon-

40 Respecto al valor de los quipos para los incas, el jesuita Anello Oliva (1895:60,61) dijo lo siguiente: (...) Verdad es que se le escusa aver carecido los yndios naturales deste occidente de las letras y ciencias humanas para escribir en historias los successos y descendencias de sus Reyes (mengua por cierto muy grande para esta nación) pero se a suplido en parte con el cuydado que tuvieron los mismos Incas Reyes que ubiese quipocamayos los quales con sus quipos (que eran unos hilos de diferentes nudos y colores) yban como escribiendo y notando las cosas mas memorables que sucedían dexandolas y enseñándolas los padres a hijos con tan gran distinción y claridad como si estuvieran escritas en historia que an durado y duran hasta el día de oy y los tales eran como coronistas y historiadores nombrados por los reyes y señores del Perú que tenían repartidas en diversas partes del Reino. Según Porras Barrenechea (1986:499), el sacerdote e historiador italiano Giovanni Anello Oliva vino al Perú en 1597 y murió en Lima en 1642. Su conocimiento del Incario lo adquirió en Chuquisaca, Potosí, Arequipa y Cochabamba. El jesuita Anello Oliva afirmó que su «historia de los Incas» la recogió personalmente de labios de un quipucamayoc y cacique de Cochabamba llamado Catari.

41 En este punto, el testigo Alonso de Mesa está equivocado.

den ellos a lo contenido en este capítulo porque así lo vieron pasar en tiempo de Huainacpac y Huascar Inca y Manco Inca señores que fueron de este reino y el dicho Bartolomé de Porras dijo haberlo oído así a indios antiguos y personas que lo sabían.

Al segundo capítulo siéndoles leído el dicho que abajo el dicho García de Melo en cuanto a este capítulo dijo que no pasaba así, lo que dicho tiene el dicho García de Melo en cuanto a ir al Inca con los pleitos y causas que se ofrecían, porque tenía el Inca doce indios los seis de la parcialidad de hurincuzcos y los otros seis de hanancuzco y estos doce asistían en un lugar señalado y que ellos iban con todos los pleitos y diferencias que a los indios se les ofrecían y que en su presencia se averiguaban y determinaban las causas civiles y criminales y sobre estos doce indios había otro indio que precedía sobre ellos y asistía a ver lo que juzgaban y determinaban y que sí se ofrecían casos graves daban cuenta de ello en ofreciéndose el negocio al Inca y de los demás se la daban de mes a mes y que cuanto al Inca no había fuerza de ley mas de arbitrar y hacer lo que él quería y que los dichos doce indios en los casos que se les ofrecía de justicia no podían arbitrar sino en cuanto a juzgar juzgaban por las leyes que ellos tenían las cuales entendían por unas señales que tenían en quipos<sup>42</sup> que son nudos de diferentes colores y por otras señales que tenían en una tabla de diferentes colores por donde entendía la

pena que cada delincuente tenía y que para saber lo que estas leyes contenían había dos indios de ordinario que no se quitaban de junto a ellas sino que siempre estudiaban en ellas y declaraban lo que contenía cada cosa y siempre había estudio en esto y de esta manera iba la memoria de unos en otros porque siempre para esto se ponían muchachos que con la niñez fuesen aprendiendo y que ya orden que se tenía en juzgar y tomar juramento es la que tiene dicha en su dicho el dicho García de Melo que les fue leído y que había indios señalados para ejecutar la justicia y que la señal que traían era un cierto bonetillo de color en la cabeza y trenzados los cabellos y en cuanto a lo demás que el dicho García de Melo tiene dicho en su dicho en lo tocante a las penas que se daban a los delincuentes que cometían los delitos referidos en el dicho del dicho García de Melo es así como lo tiene dicho el dicho García de Melo y que particularmente en el delito del que mudaba<sup>43</sup> mojones en el campo le castigaban en un lugar donde los mudaba y que el que cazaba en partes vedadas por la primera vez le castigaban y ponían los cabellos en el monte y lugar por donde entraba y la segunda le atormentaban y la tercera le mataban y que en cuanto al que mudaba el traje de la provincia de donde era tenía pena de muerte porque solo el Inca podía mudarse el traje y vestido que quería.<sup>44</sup>

Al tercero capítulo dijeron que ya tienen dicho que el Inca tenía doce jueces en esta ciudad y que

42 Aun no se conoce a ciencia cierta si los quipus servían sólo como registro contable o también como un sistema de escritura. Veamos el siguiente caso recogido por el fraile Martín de Murúa (1962:210): (...) vi en un indio viejo y curaca en cierta doctrina, donde fui cura, el cual tenía en un cordel y quipu todo el calendario romano y todos los santos y fiestas de guardar por sus meses distintos, y me dijo que lo sabía aquello, y fue que a un religioso de mi orden, curioso, que había sido doctrinario allí, le había dicho se los leyese y diese a entender, y como el Padre se lo iba diciendo el indio iba en su quipu asentándolo, y a las fiestas de guardar ponía el nudo diferente y más grueso, y así era cosa de admiración cómo se entendía por el quipu, y sabía cuándo venían las fiestas y las vigilias de ellas. Por su parte, José de Acosta (1954) decía: Son quipos unos memoriales o registros hechos de ramales, en que diversos nudos y diversos colores significan diversas cosas. Es increíble lo que en este modo alcanzaron, porque cuanto los libros pueden decir de historias, y leyes, y ceremonias y cuentas de negocios, todo eso suplen los quipos tan puntualmente, que admiran (...)Yo vi un manajo de estos hilos, en que una india traía escrita una confesión general de toda su vida, y por ellos se confesaba, como yo lo hiciera por papel escrito; y aun pregunté de algunos hilillos que me parecieron algo diferentes, y eran ciertas circunstancias que requería el pecado para confesarle enteramente.

43 Cambiaba; mudar es igual a cambiar.

44 Sobre este punto, el padre José de Acosta (1954) hace la siguiente anotación: Una cosa es mucho de advertir, que con ser tan sencillo el traje y vestido de los indios, con todo eso se diferenciaban todas las provincias, especialmente en lo que ponen sobre la cabeza, que en unas es una trenza tejida, y dada muchas vueltas; en otras ancha, y de una vuelta; en otra unos como morteretes o sombreroes; en otras unos como bonetes altos redondos; en otras unos como aros de cedazo, y así otras mil diferencias. Y era ley inviolable no mudar cada uno el traje y hábito de su provincia, aunque se mudase a otra, y para el buen gobierno lo tenía el Inca por muy importante, y lo es hoy día, aunque no hay tanto cuidado como solía. Al respecto, el cronista Pedro Gutiérrez de Santa Clara

en las provincias lo eran los gobernadores y que la jurisdicción que tenían es como tienen dicho. Al cuarto capítulo dijeron que entre los indios no había escribanos ni abogados ni procuradores pero que había indios como alguaciles que entre ellos miraban los delitos que cometían y que éstos eran muchos y había dos lugares señalados que los indios de ellos servían de este oficio.

Al quinto capítulo dijeron que ya tienen respondido a lo en él contenido.

Al sexto capítulo dijeron que dicen lo que dicho tienen y que las leyes eran universales en toda la provincia del Inca.

Al séptimo capítulo dijeron que ya tienen dicho que por quipus y señales se entendían las leyes y por ellas se juzgaban y que en cuanto al ejecutar la justicia y la solemnidad con que se hacía era que los ejecutores dedicados para este efecto como tienen dicho llevaban a los delincuentes a ejecutar las penas y no había otra forma y nadie se osaba desmandar en lo susodicho en viendo los dichos ejecutores.<sup>45</sup>

Al octavo capítulo dijo que no se llevaba derechos algunos.

Al noveno capítulo dijo que no había términos algunos sino que como se cometían los delitos y se ofrecían los negocios se determinan en delante de los jueces sin más términos.

Al décimo capítulo dijeron que dicen lo que dicho tienen.

Al once capítulos dijeron que no había apelación de lo que se mandaba y juzgaba sino era dar cuenta al Inca de los negocios grandes que se ofrecían o él podía saber.

A los doce capítulos dijeron que ya tienen dicho sobre lo en el contenido.

A los trece capítulos dijeron que el tucuyrico le ponía el Inca por el tiempo que él quería y era hombre principal de la casta de los incas porque no fiaba el dicho oficio de otros<sup>46</sup> y que tenía jurisdicción en todos los negocios que se ofrecían y que éste traía guarda consigo de su propia nación.

A los catorce capítulos dijeron que si el padre había servido bien sucedía el hijo pero que esto era como el hombre quería.

A los quince capítulos dijeron que cacique de guaranga es cacique de mil indios y que este oficio de cacique se heredaba y este cacique solo conocía y tenía jurisdicción en casos pequeños pero los grandes acudían al tucuyrico.

A los diez e seis capítulos dijo que cacique de pachaca era cacique de cien indios y que no tenían más jurisdicción de sobre estos cien indios en prenderlos haciendo algo para llevarlos al tucuyrico y acudir con el servicio de ellos a donde se le mandaba.

Y que cuando se ofrecían cosas graves en las provincias enviaba el Inca un comisario y que la señal

(1905:270) comenta: Mandó por ley que todos los yndios de cada provincia anduviessen señalados y por la señal que truxessen fuessen conocidos, de manera que si parecían en la presencia del Ynga, por la señal que el yndio traya sabía de qué provincia era, y por otra señal de que venía señalado en la ropa, por aquella entendía de qué millenario era y de qué centuria. El jesuita Bernabé Cobo también hizo referencia a los diferentes trajes de los súbditos del estado Inca. Decía Cobo (1956:258): Tenían los de cada nación y provincia hombres y mujeres sus señales y divisas por donde eran conocidos, y no podían andar sin ellos ni trocarlas con las de otra nación, so graves penas.

45 En la «Relación de Chíncha» se les llama ocha camayo.

46 Son muchas las referencias que informan que los funcionarios incas comisionados para diversas funciones pertenecían a la casta de los incas: es decir, se trataba de «orejones» del Cusco. Al respecto, el oidor Matienzo (1910:13) detalla lo siguiente: Para conservar su tiranía se acompañaban de sus parientes y criados y los gobernadores que ponían y los embiaban a visitar la tierra herana de los Ingas deudos suyos y lo mismo por capitanes no fiándose de otros. Uno de los funcionarios de mayor jerarquía que representaba al Inca en asuntos graves para el Estado fue llamado Incaranti. El cronista Betanzos (1987:111) lo llama: Apo Ynga Ranti rimaric, que dice señor que habla en lugar y nombre del rey. El cronista indio Guaman Poma (1993: 256) dice al respecto: mando que ayga virrey segunda persona y le llamava yncap rantin en lugar de ynga.

que éste llevaba para ser obedecido era ir en andas y un báculo en la mano y que si el negocio era muy arduo llevaba por señal una camiseta azul e iba con el mismo poder del Inca y le llevaban en andas como dicho tienen y acaecía que desde esta ciudad hasta Quito que hay cuatrocientas y cuarenta leguas en ocho días y muchas veces en siete y que cuando este comisario caminaba de noche apercibían los indios del camino por donde iba y salían mucha multitud de ellos y se ponían como en procesión con hachos<sup>47</sup> encendidos y el camino estaba claro como de día. A los diez y ocho capítulos dijeron que demás de lo que dicho tienen cuando el dicho comisario iba a castigar y hacer daño llevaba una borla colorada cosida en la camiseta en la espalda del brazo derecho que era señal de sangre y si era ir a hacer algún llanto por muerte de algún pariente del

Inca u otro principal o hacer demostración en caso de tristeza o desgracia que hubiese sucedido llevaba una borla negra y si iba algún caso de alegría llevaba la borla blanca.

A los diez y nueve capítulos dijeron que por su memoria saben lo que dicho tienen y que al presente no hay memoria de quipus ni de las tablas<sup>48</sup> que dicho tienen tenía el Inca para memoria de sus leyes por cuando los españoles conquistaron esta ciudad y reino las quebraron y destruyeron y que la memoria que entre ellos se platicaba y decía de los primeros incas que pusieron las leyes que dicho tienen fueron Inca Yupanqui Pachacuti<sup>49</sup> y su hijo Topa Inca Yupanqui que fueron los que conquistaron este reino y que estas leyes que ellos pusieron se platicaron y ejecutaron por sus sucesores que fueron Huainacpac<sup>50</sup> y Huascar Inca<sup>51</sup>

47 Teas, antorchas

48 Existen numerosas menciones crónicas sobre las tablas, paños y telas pintadas que representaban diversos motivos, entre los cuales se contaban las hazañas de los incas gobernantes. Cristóbal de Molina (1959:10) decía que: (...) tenían en una casa del Sol llamada Poquen Cancha que es junto al Cuzco; la vida de cada uno de los Incas y de las tierras que conquistó, pintado por sus figuras en una tablas, y que origen tuvieron. Sobre los paños pintados, el jesuita Acosta (1954) decía: (...) vi en el Perú escrita la confesión que de todos sus pecados un indio traía para confesarse, pintando cada uno de los diez mandamientos por cierto modo; y luego allí haciendo ciertas señales como cifras, que eran los pecados que había hecho contra aquel mandamiento. Enrique Marco Dorta (1975:69) cuenta que el virrey Toledo envió a España junto a la «Historia Indica» escrita por Sarmiento de Gamboa unos paños pintados por pintores indígenas. Su mayordomo, Jerónimo de Pacheco llevó a España los paños pintados que previamente había sometido a revisión a treinta y siete indios principales de diferentes ayllos y varios conquistadores compañeros de Pizarro en presencia del corregidor Polo de Ondegardo. El escribano Álvaro Ruiz de Navamuel certificó entonces que: estaban escritos y pintados en los quatro paños los bultos (momias) de los ingas con las medallas de sus mujeres y ayllos; en las cenefas la historia de lo que sucedió en tiempo de cada uno de los yngas.

49 El cronista jesuita José de Acosta (1954) coincide con los testigos indígenas al afirmar que (...) es cosa muy cierta, que desde Inga Yupanqui, que fue el que más leyes hizo de ritos y ceremonias. Asimismo, los cronistas: Pedro Sarmiento de Gamboa (1906), Fray Martín de Murúa (1962), Juan de Betanzos (1987), entre otros, mencionan que fue el Inca Pachacuti Yupanqui el primero de los gobernantes en dotar de un sistema de leyes, en lo civil y criminal, a las poblaciones bajo su dominio. Murúa (1962:33) decía sobre el Inca Yupanqui: (...) empezó a poner en orden toda su tierra y señorío, dando leyes cómo habían de vivir. Cabe mencionar que la versión de Betanzos sobre la vida social y política del incario es una de las más creíbles, pues además de su probado conocimiento del idioma quechua fue esposo de la ñusta Cuxirimay Ocllo (antes concubina de Francisco Pizarro, con el cual pocreó dos hijos) y quien fue sobrina de Atahualpa y escogida por éste como pihuihuarmi o esposa principal). Cuxirimay Ocllo (o Angelina Yupanqui) y sus parientes indígenas fueron las principales fuentes para su conocimiento del incario.

50 Según casi todas las crónicas, el Inca murió víctima de una peste de viruela o sarampión, que propagada por los españoles desde las comarcas de Chochama y Birú aniquiló a muchos nativos, no inmunizados contra esos males (Guzmán Palomino, Luís, s.f.:46).

51 Nótese que los testigos indígenas no mencionan a Atao Huallpa como Inca. La mayoría de los cronistas consideran a Atao Huallpa un usurpador y a Huáscar un Inca legítimo. Sin embargo, Juan de Betanzos es el único cronista que no incluye a Huáscar en su lista de reyes incas y afirmó que Huayna Capac designó a Atao Huallpa como Inca heredero: (...) luego los señores fueron al aposento do Atagualpa estaba al cual dijeron que era señor y reverenciándole como a tal (Betanzos, 1987:200). Por su parte, el historiador peruano Luís Guzmán Palomino señala que Atao Huallpa rechazó el nombramiento hecho por su padre. Se sabe que apenas llegó al Cusco la noticia sobre la muerte de Huayna Cápac, los Sacerdotes del Sol, Apo Chalco Yupanqui y Rupaca decidieron la entronización de Huáscar. En este proceso jugaron un rol protagónico los orejones de la panaca de Túpac Inca Yupanqui, quienes apresuradamente marcharon de Tumipampa al Cusco acompañando la momia del difunto Inca, lo que también hicieron Rahua Ocllo y Chuqui Huipa, madre y hermana (y luego esposa) de Huáscar respectivamente. Guzmán Palomino sugiere que las panacas de los Hurín Cusco también se complotaron con los partidarios de Huáscar para encumbrarlo como Inca. Betanzos (1987:210) refiere que Huáscar inauguró su efímero gobierno renunciando a su linaje Hanan Cuzco y ordenando que de allí en adelante se le considerase Hurín Cuzco. Sin embargo, la facción más poderosa -la militar- y la dinastía reinante - los Hanan- no estarían dispuestos a permitir el avance del

y Manco Inca<sup>52</sup> que fue el postrero señor de este reino y que esto es la verdad y lo que saben de lo que se les ha preguntado y lo firmó el señor corregidor y el dicho Bartolomé de Porras porque los dichos indios no supieron firmar y asimismo lo firmó el dicho intérprete, don Pedro de Córdova Mexia, Bartolomé de Porras, don Felipe Sayre, ante mi Juan de Quiroz, escribano público.

### Referencias bibliográficas

ACOSTA, José de, S.J. (1590/1954). *Historia Natural y Moral de las Indias*. Estudio Preliminar y Edición de Francisco Mateos. En: Biblioteca Virtual Cervantes.

ÁLVAREZ, Bartolomé (1588/1998). *De las costumbres y conversión de los indios del Perú: Memorial a Felipe II*. Edición: María Martín Rubio, Juan Villarías Robles y Fermín del Pino Díaz. Madrid: Ediciones Polifemo.

ANÓNIMO JESUITA (1594/1968). *Relación de las costumbres antiguas de los naturales del Perú*, Biblioteca de Autores Españoles, tomo 209 (Crónicas Peruanas de Interés Indígena), pp. 151-189.

Madrid: Ediciones Atlas.

ASTVALDSSON, Astvaldur (1998). *El flujo de la vida humana: el significado del término-concepto de huaca en los andes*. Disponible (22/11/14) en:

<http://www.comunidadandina.org/BDA/hh44/9el%20flujo%20de%20la%20vida%20humana.pdf>  
BETANZOS, Juan de (1551/1987). *Suma y narración de los incas*. Prólogo, transcripción y notas por María del Carmen Martín Rubio. Madrid: Ediciones Atlas.

CABELLO DE BALBOA, Miguel (1596/1971). *Miscelania antártica: una historia del Perú antiguo*. Lima: Edición Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Letras. Instituto de Etnología.

CALANCHA, Antonio, de (1637/1939). *Corónica moralizada del orden de San Agustín en el Perú*. Obra custodiada por el archivo y biblioteca nacionales de Bolivia. Tomo I.

CATTAN, Marguerite (2011). *En los umbrales de la Instrucción de Titu Cusi Yupanqui*. Vestfold University College. *Histórica XXXV*. 2 / ISSN

partido huascarista. La respuesta a la facción huascarista sería fundamentalmente liderada por los orejones de la panaca de Pachacuti (de donde procedía la madre de Atao Huallpa), que declaró la lucha a muerte contra la panaca de Túpac Inca Yupanqui (de donde provenía la madre de Huáscar). Por ello resulta explicable que las tropas vencedoras de Atao Huallpa desataran una sangrienta represión, con el exterminio de la panaca de Túpac Inca Yupanqui, cuya momia, incluso, sería arrastrada para mayor escarnio. Las matanzas del Cuzco fueron ordenadas nada menos que por el príncipe Cusi Yupanqui - el más alto exponente de la aristocracia cuzqueña y jefe de la panaca pachacutina - y ejecutadas por Quisquis. Ello explica el odio del joven Inca Mango Inca hacia el ejército atahualpista de Quisquis. Manco Inca incluso llegó a aliarse a Pizarro en su lucha y persecución contra Quisquis. La lucha de Manco contra Quisquis fue relatada con minuciosidad por su propio hijo, el Inca Titu Cusi Yupanqui en su «Instrucción al Licenciado Don Lope García de Castro (1570)».

52 Según Del Busto (2004:59) Manco Inca Yupanqui, nació en Tiahuanaco, junto al lago Titicaca por el año 1518. Fue hijo de Huayna Cápac y de su tercera esposa, la coya Shihui Chimpo Rontocay. Sobrevivió a la guerra fratricida entre Huáscar y Atahualpa, pero hasta antes de su encuentro con Francisco Pizarro permaneció escondido por miedo al general atahualpista Quisquis. En diciembre del 1533 Pizarro lo designó Inca siguiendo su plan político. El joven Manco cayó en la cuenta que los españoles eran sus salvadores frente las fuerzas de Quisquis. Sin embargo, paulatinamente fue dándose cuenta del engaño y de su triste papel de Inca postizo, pues en la práctica no gobernó a los suyos. Los pizarristas lo tenían secuestrado en el Cusco y le exigían oro y plata. Marco Inca escapó e inició el año 1536 la gran guerra de resistencia incaica, que terminó en 1572 con la muerte de su hijo Topa Amaru, ejecutado por el Virrey Francisco de Toledo en la plaza de Cusco el 24 de septiembre de 1572. Manco Inca no logró reconquistar el Cusco ni mucho menos «expulsar a los barbudos al mar» y murió el año 1544, cuando fue asesinado a traición por siete almagristas, a los cuales había dado refugio. Su hijo, Sayri Túpac, asumió el poder en el Estado de Vilcabamba. Desobedeciendo un mandato de su padre de continuar la guerra contra los españoles, el Inca Sayri Túpac abandonó Vilcabamba en 1558 tras negociaciones con los españoles y se trasladó al Cuzco. Otro hijo de Manco, Titu Cusi Yupanqui, se hizo cargo entonces del Estado de Vilcabamba. Pero cuando en 1560 Sayri Túpac murió en el Cuzco, Titu Cusi fue coronado como nuevo Inca (Cattan, 2011:5). Ante la muerte de Titu Cusi, le sucedió Topa Amaru, quien fue reconocido como Inca por la resistencia de Vilcabamba y quien continuó la resistencia hasta su captura por el capitán español Martín García de Loyola. Para un mejor conocimiento sobre la captura de Topa Amaru y el destino de sus capitanes, de sus hijos, sobrinos (hijos de Titu Cusi Yupanqui), de las mujeres de ambos y otros acompañantes, véase: Kerstin Nowack y Catherine Julien «La Campaña de Toledo contra los señores naturales andinos: el destierro de los Incas de Vilcabamba y Cuzco». Revista «Historia y Cultura» (1999). N° 23, pp. 15-81.

0252-8894

CIEZA DE LEÓN, Pedro (1553/1973). *La crónica del Perú*. Biblioteca de Autores Peruanos. Lima: Ediciones Peisa.

CIEZA DE LEÓN, Pedro (1553/1880). *Segunda parte de la crónica del Perú que trata del Señorío de los Incas Yupanquis*. Editado por Marco Jiménez de la Espada. Tomo V de la Biblioteca Hispano-Ultramarina. Madrid: Imprenta de Manuel Ginés Hernández.

COBO, Bernabé, S.J. (1653/1956). *Historia del nuevo mundo*. Tomo III y IV. Cuzco: Publicaciones Pando – Galimberti.

CASTRO, Cristóbal de y ORTEGA y MOREJÓN, Diego de (1558). *Relación y declaración del modo que este valle de chincha y sus comarcas se gobernaban antes que oviese ingas y después que los uvo hasta que los cristianos entraron en esta tierra*. Con anotaciones y comentarios de Juan Carlos Crespo (1974). Revista «Historia y Cultura», N° 8, pp. 91-104. Lima.

CUSI YUPANQUI, Titu, Inca (1570/1992). *Instrucción al Licenciado Don Lope García de Castro (1570)*. Estudio preliminar y edición de Liliana Regalado de Hurtado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

DEL BUSTO, José Antonio (1986). *Diccionario histórico biográfico de los conquistadores del Perú*. Tomo I. Lima: Ediciones Studium.

DEL BUSTO, José Antonio (2004). *Conquista y virreinato*. Enciclopedia Temática. Lima: Editorial El Comercio.

GARCILASO DE LA VEGA, Inca (1609/1985). *Comentarios reales de los incas*. Biblioteca Clásicos del Perú. Ediciones BCP. Lima: Banco de Crédito del Perú.

GUAMÁN POMA de Ayala, Felipe (1615/1993). *Nueva crónica y buen gobierno*. Edición y prólogo de Franklin Pease G.Y. Tomo I y II. Lima: Editorial Fondo de Cultura Económica.

GUZMÁN, Luís (s.f.). *Un apunte para la historia*

*de los incas: luchas dinásticas y guerra de panacas*. Versión digital en Internet. Disponible (27/12/14) en:

<http://es.calamo.com/books/00011609350b91f37ab81>

GUTIÉRREZ DE SANTA CLARA, Pedro (1905). *Historia de las Guerras Civiles del Perú (1544-1548) y de otros sucesos de las Indias (Quinquenarios)*. Tomo III. Madrid.

LEVILLIER, Roberto (1925). *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles. El Virrey Martín Enríquez 1581-1583. Averiguación hecha en el Cuzco, por orden del Rey y encargo del Virrey Martín Enríquez* (pp. 268-288). Colección de publicaciones históricas de la biblioteca del Congreso argentino, siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias. Tomo IX. Prólogo de Horacio Urteaga. Madrid: Imprenta de Juan Pueyo.

LIZÁRRAGA, Reginaldo (1605/1968). *Descripción breve de toda la tierra del Perú, Tucumán, Rio de La Plata y Chile*. Biblioteca de Autores Españoles, tomo 216, pp. 1-213. Madrid: Ediciones Atlas.

LOCKHART, James (1972). *Los de Cajamarca: Un estudio social y biográfico de los primeros conquistadores del Perú*. Tomo II. Lima: Editorial Milla Batres.

LÓPEZ DE GÓMARA, Francisco (1551/1965). *Historia General de las Indias*. Primera parte. Barcelona: Editorial Iberia.

MARCO, Enrique (1975). *Las pinturas que envió y trajo a España don Francisco de Toledo*. En: «Historia y Cultura» (1975), N° 09, pp. 67-78. Revista del Museo Nacional de Historia. Lima.

MATIENZO, Juan de (1573/1910). *Gobierno del Perú*. Oidor de la Audiencia de Charcas. Buenos Aires: Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.

MOLINA, Cristóbal de (1575/1959). *Ritos y fábulas de los Incas*. Buenos Aires: Editorial Futuro.

MURÚA, Martín de, Fray (1611/1962). *Historia general del Perú. Origen y descendencia de los*

- incas. Introducción y notas de Manuel Ballesteros Gaibrois. Con prólogo del Duque de Wellington. 2 vols. Madrid: Biblioteca Americana vetus.
- OLIVA, Anello, S.J. (1598/1895). *Libro primero del manuscrito original de la Historia del reino y provincias del Perú de sus incas reyes. Descubrimiento y Conquista por los españoles de la Corona de Castilla con otras singularidades concernientes a la Historia*. Publicado por Juan Pazos Valera y Luis Varela y Orbegoso. Lima.
- PIZARRO, Pedro (1571/1978). *Relacion del descubrimiento y conquista de los reinos del pirus y del gobierno y horden que los naturales tenian y tesoros que en ellos se hallaron y de las demás cosas que en el an sufedido hasta el dia desta fecha. Fecha por Pedro Pizarro conquistador y poblador destos dichos rreynos y vezino de la ciudad de Arequipa*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Edición, Consideraciones preliminares de Guillermo Lohmann Villena y notas de Pierre Duviols.
- PORRAS, Raúl (1986). *Los Cronistas del Perú*. Lima: Banco de Crédito del Perú. Biblioteca Clásicos del Perú. Tomo 2.
- PORRAS, Raúl (1970). *Una relación inédita de la conquista: La crónica de Diego de Trujillo (1571)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- ROSTWOROWSKI, María (2001). *Pachacutec*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos-IEP.
- ROSTWOROWSKI, María (2004). *Incas*. Enciclopedia Temática. Lima: El Comercio.
- ROSTWOROWSKI, María (2006). *Historia del Tahuantinsuyu*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos-IEP.
- SARMIENTO DE GAMBOA, Pedro (1572/1906). *Historia Indica*. Biblioteca de autores españoles. Edición y estudio preliminar de Carmelo Sáenz de San María, S.J. Madrid: Ediciones Atlas.
- SANTA CRUZ PACHACUTI, Juan de (1613/1995). *Relación de antigüedades de este reino del Perú*. Edición, índice analítico y glosario de Carlos Aranibar. Lima: Fondo de cultura económica.
- STIRLING, Stuart (2011). *El trágico destino de las princesas incas*. Buenos Aires: Editorial El Ate-neo.
- VALERA, Blas, S.J. (1590/1945). *Las Costumbres Antiguas del Perú y la Historia de los Incas*. Lima: Asociación Editora Los Pequeños Grandes Libros de la Historia Americana. Edición dirigida por Francisco Loayza.
- VARGAS UGARTE, Rubén, S.J. (1981). *Historia general del Perú: el descubrimiento y la conquista (1524 – 1550)*. Tomo I. (Tercera Edición). Lima: Editor Milla Batres.
- VÁZQUEZ DE ESPINOSA, Antonio, Fray (1623/1948). *Compendio y descripción de las indias occidentales*. Smithsonian Miscellaneous Collections (1862). Versión digital. Traductor Charles Upson Clark. Archivos de Internet. Edición 1948, en castellano.





## AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

### **Rector**

Dr. Hugo Calizaya Calizaya

### **Vicerrector Académico (e)**

Dr.Cs. Javier Rios Lavagna

### **Vicerrector Administrativo (e)**

Dr. Pedro Riveros Valderrama

## DECANOS

**Decano de la Facultad de Educación, Ciencias de la Comunicación y Humanidades**

Mag. Patricia Nué Caballero

**Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

Dr. Rafael Supo Hallasi

**Decano de la Facultad de Ingeniería**

Mag. Oscar Angulo Salas

**Decana de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo**

Dra. Nelly Gonzales Muñiz

**Decano de la Facultad de Ciencias de la Salud**

Dr. Cs. Javier Rios Lavagna

**Decano de la Facultad de Ciencias Empresariales**

Dr. Pedro Riveros Valderrama

**Director de la Escuela de Post Grado**

Dr. Marcelino Raúl Valdivia Dueñas

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

### **Decano:**

Dr. Rafael Supo Hallasi

### **Directora de la Escuela de Derecho**

Abog. Nora Acevedo Velásquez

### **Secretario Académico Administrativo**

Abog. Juan Enrique Sologuren Alvarez

### **CONSEJO DE FACULTAD**

Dr. Rafael Supo Hallasi (Decano)

Dr. Eugenio Casa Durand

Mag. Alberto Zeballos Ale

Abog. Augusto Franco Delgado

Abog. Luis Vargas Beltrán

Abog. David Ticona Nieto

Abog. Nora Acevedo Velásquez

Est. Priscila Cerrato Ramos

Est. María del Pilar Fuentes Coaguila

Est. Martha Paola Alessandra Vargas Ugarte







**CEREMONIA DE DESPEDIDA DE EGRESADOS**

**SEMESTRE ACADEMICO 2013-I**

El día 6 de junio del 2013, a las 19:30 hrs., en el Auditorium de la FADE., se llevo a cabo la Ceremonia de Despedida de Egresados del Semestre Académico 2013-I de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Promoción «MENS ET IUSTITIA» siendo padrinos la Sra. Abog. Nora Acevedo Velásquez y el Abog. Renzo Yufra Peralta.







**Tacna, Febrero 2015**

Cel. 957 572546

Cel. 952 684706