



25
AÑOS

UNIVERSIDAD
PRIVADA
DE TACNA

Revista

de la Facultad
de Derecho
y Ciencias
Políticas



25
AÑOS

UNIVERSIDAD
PRIVADA
DE TACNA

Revista

de la Facultad
de Derecho
y Ciencias
Políticas

Año 3 N° 4 2010

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

Año 3. N° 4. Enero 2010

Tiraje: 1 000 ejemplares

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

Editor responsable:

Profesor Vicente Zeballos Salinas

Director del Centro de Investigación, Cultura y Derechos
Humanos de la Facultad de Derecho de la UPT.

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

Contacto y comentarios:

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

Con especial complacencia presentamos el cuarto número de la "Revista Institucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas" de la Universidad Privada de Tacna, con el único propósito de alcanzar el pleno desarrollo y perfeccionamiento académico no sólo vinculado al deber que nos enaltece a docentes, estudiantes, administrativos y egresados encaminados a conseguir la excelencia, sino también comprometidos con el estudio constante, la investigación y la minuciosidad del análisis empírico de las reformas jurídicas del sistema y otros temas que exige conocerse a profundidad.

En efecto, cada día que pasa notamos transformaciones que no por ser paulatinas dejan de ser sustantivas en una época de grandes cambios sociales, políticos y económicos que vive el mundo globalizado, los cambios que sufre América del Sur y el Perú se circunscriben dentro de una coyuntura histórica de orden mundial.

Dentro de este contexto, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas no ha podido permanecer inactivo y aislado, por lo que algunos hechos han marcado nuestra preocupación desde que asumimos la administración y el gobierno de la Facultad desde hace seis meses. En tal sentido, la primera inquietud ha sido la aplicación del Plan Estratégico y la Autoevaluación con miras a la acreditación de la FADE, convencidos de que su ejecución nos conducirá a mejorar la calidad de la enseñanza en el nivel superior de la educación. Felizmente, gran parte de los profesores, administrativos y estudiantes han hecho eco a nuestro llamado. Ahora, ya sabemos lo que hasta hace unos meses atrás ignorábamos de la existencia de un Plan Estratégico, así como las ventajas y desventajas que trae la autoevaluación y acreditación. Ahora que estamos en este proceso exhorto a la comunidad institucional para que pongamos el hombro a fin de lograr una exitosa culminación. Invitamos desde aquí a algunos docentes a compartir estas inquietudes, sólo así conseguiremos transformar nuestra Facultad.

Algunos de los artículos que publicamos han sido expuestos por los docentes para nuestros alumnos y la colectividad con el objeto de elevar el nivel de sus conocimientos; sin embargo, algunos no han respondido a estas invitaciones. Ahora bien, hago llegar nuestra más cálida felicitación a los docentes que han contribuido con este propósito. A los demás profesores y estudiantes invitamos para que se sumen a nuestros esfuerzos a fin de convertir a la Facultad de Derecho en un centro de inquietudes culturales y jurídicas en las que pueda advertirse la participación activa, el debate y las conclusiones.



PRESENTACIÓN

Por lo demás nuestra preocupación también está cifrada en la celebración de las Bodas de Plata por los 25 años de vida institucional de la Universidad Privada de Tacna y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas cuyo entusiasmo deberá patentizarse en acciones concretas, razón por la cual invitamos a la comunidad institucional y egresados aunarse a participar activamente en su celebración.

De otro lado, la caracterización de los temas publicados nos permiten mostrar con precisión el alcance de la modernización y plantearnos una serie de interrogantes en relación a éstos, que aunque no quedan resueltas cabalmente en este trabajo, porque no es su objetivo, sin embargo, estamos convencidos que abrirán nuevos campos para investigaciones posteriores.

Asimismo, en esta cuarta edición se muestra el interés renovado de cada uno de los docentes estudiosos de las diversas disciplinas que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho publica en su serie de estudios doctrinales, legislativos y jurisprudenciales, a ellos expresamos nuestro más sincero agradecimiento por su disponibilidad para satisfacer las expectativas de nuestros lectores, y seguros de que las páginas que ahora nuevamente ven la luz, sean una vez más, la continuación de un fructífero y duradero esfuerzo institucional que consolida el prestigio de nuestra Facultad.

Concluimos, con la referencia obligada de nuestra travesía personal a través de la experiencia de ser parte de esta Revista dando fe de la satisfacción al lograr la edición de este cuarto número, ya que consideramos que navegar por el ancho mar de la investigación, los libros y la lectura constituyen uno de los más grandes placeres existenciales del ser humano.

DR. JAVIER ROLANDO PERALTA ANDÍA
DECANO DE LA FADE



DOS PALABRAS

De especial relevancia nos resulta proponer la Cuarta Edición de nuestra Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, en el contexto histórico de conmemorar nuestros veinticinco años de vida institucional. Hoy en día, se encuentra en grave entredicho el sistema universitario, los docentes de las universidades públicas reclamando justas expectativas laborales, universidades privadas sujetas a debate, análisis y crítica mediática ante esa especie de paraísos legales y jurisdiccionales, que distorsionan el real quehacer universitario. Lo que debe ameritar un auténtico debate sobre el rol protagónico de la universidad moderna en el desarrollo sostenible e integral de país.

Nuestras facultades de Derecho, no pueden estar ajenas a dicha discusión, por cuanto el contraste es propio de la universidad, y nos permitirá vislumbrar deficiencias, falencias, vacíos, ausencias, anacronismos, que puedan ayudarnos a construir un real puntal en la recuperación de la universidad y en la responsabilidad de participar en la dinámica pública. No es ajena a nuestra realidad cotidiana, que ya oportunamente fue observado por el Colegio de Abogados de Lima, la escasa calidad de la enseñanza del Derecho, el grave incremento de universidades, por ende de facultades de Derecho, a consecuencia de ello, la apertura desordenada e irregular de filiales, la existencia del Bachillerato Automático, y la inadvertida investigación científica universitaria, dentro de las variadas carencias actuales, que simplemente nos remiten a ser parte de un sistema presente pero sin futuro, y ajeno a la necesidad responsable de construir una cultura diferente para una sociedad diferente.

Es en ese espacio histórico que acudimos a celebrar nuestro Aniversario, y que mejor que hacerlo a instancia de una reflexión constructiva, que nos permita dimensionar en el tiempo lo que se hizo, lo que se comparte y la difícil y compleja tarea de lo pendiente por realizar. Modestamente, nuestra Facultad de Derecho, se preocupó en proponer a Tacna, la región y el país, hombres de leyes con sólida formación académica, y a través de los cuales se particulariza a nuestro Centro de Estudios. Jóvenes profesionales nuestros, en el extranjero participando de una formación especializada, y en otros casos desarrollándose en su campo profesional; otros ejerciendo la noble labor de la magistratura, tanto desde el Poder Judicial como desde el Ministerio Público; y muchos otros ejercitando libremente la profesión u orientando instituciones públicas o privadas. Es allí donde encontramos el verdadero rol que se le encomendó hace veinticinco años a nuestra Facultad. No es necesario detallar los avances en infraestructura, que ya mirando la propia sede actual nos permite ratificar cuanto se avanzó. En los primeros años nos cobijaron las aulas escolares de San Camilo, hoy contamos con un moderno y adecuado espacio institucional en Capanique, y que si no despierta algo de envidia es porque la humildad hace grande a las personas.



DOS PALABRAS

Cuan reconfortante resulta compartir docencia con profesores que ayer eran nuestros alumnos, y que se entregan a ese delicado ejercicio con soltura, competencia y esfuerzo. Cuan satisfactorio es compartir docencia con profesores fundadores de nuestra Alma Mater, que en la difícil circunstancia de su creación, con el único apoyo de su confianza y fe de estar participando de algo nuevo y creativo en bien de la sociedad tacneña, sienten sus anhelos concretizados. Ya en la madurez de nuestras vidas compartimos con muchos jóvenes abogados, alumnos de antes, del ejercicio de nuestra noble profesión, y simplemente a través de ellos, de su desenvolvimiento cotidiano vemos a nuestra Facultad de Derecho. Pero, aquí en el silencio cómplice de nuestro campus queda la satisfacción y alegría de que estos veinticinco años, se forjaron a instancia de una esperanza colectiva, que con mucha dignidad supo enfrentar el mañana para un reto que es nuestra realidad presente.

No podemos pasar por alto, una vez más, que una forma humilde de homenajear a nuestra Casa de Estudios, es a través de la propuesta de nuestra Revista Institucional, que con el aporte intelectual y académico de nuestros docentes, nos compenetra en esa delicada tarea de la investigación. Si al inicio con mucho esfuerzo se plasmó nuestra Revista, hoy ya más duchos en su formulación, nos otorga la confianza de participar de propuestas mayores, que es el espíritu determinado por nuestro Decano, para asumir la osadía de proponernos académicamente como Facultad en un referente nacional; para ello, estamos trabajando en el Fondo Editorial, a fin de auspiciar la producción bibliográfica de docentes y alumnos.

Esperamos que esta nueva edición de nuestra Revista Institucional, renueve en nuestros lectores el espíritu de Couture, de hacer derecho leyendo, hacer derecho escribiendo, hacer derecho contrastando. Y mejor aún, esperamos que nuestra Revista sea una provocación para seguir investigando, seguir haciendo vida académica.

VICENTE ZEBALLOS SALINAS

Director del Centro de Investigación
Facultad de Derecho UPT

ÍNDICE

DOCTRINA

Valoración de la prueba penal en segunda instancia Johnny Cáceres Valencia	_____	13
La telaraña del poder: Corrupción más corrupción Eugenio Casas Durand	_____	23
El abogado, la enseñanza del derecho y la universidad vinculados con la Antropogogia, el aprendizaje significativo y la Hologogía Mario Guillermo Denegri Sosa	_____	33
La educacion y la cultura como medios de control social del delito y Derecho Preventivo Manuel Flores Chara	_____	47
La voluntad Manuel García Sandoval	_____	55
Apuntes para litigacion oral Walter Goyzueta Neyra	_____	59
La pena de prestación de servicios a la comunidad en el Código Penal de 1991 y la propuesta del anteproyecto de 2008/2009 Javier Neyra Salazar	_____	65
Algunas reflexiones sobre la adopción en el Perú Victor Hugo Nina Cohaila	_____	79
Calidad y Gestión de la Calidad en la Administración Pública en el Perú Carlos Alberto Pajuelo Beltrán	_____	87

ÍNDICE

Daño moral y sus implicancias jurídicas _____ 93
Javier R. Peralta Andía

La Calificación en el Derecho Internacional Privado _____ 105
Rafael Fortunato Supo Hallasi

¿Debe respetarse la legitimidad del asiento registral? _____ 109
César Suri Alvarez

¿Se suspende el plazo de prescripción de las acciones de la
administración tributaria, durante la tramitación del procedimiento
contencioso tributario como consecuencia de la nulidad del valor
de cobranza impugnado? a propósito de la RTF N° 0161-I-2008
Wilfredo Vargas Cancino _____ 115

La justicia penal y la prevención del delito en Tacna _____ 127
José Luis Vega Pilco

El Sistema Tributario _____ 131
Renzo Yufra Peralta

Importancia de la Lógica y El Derecho _____ 147
Marcos Luis Quispe Pérez

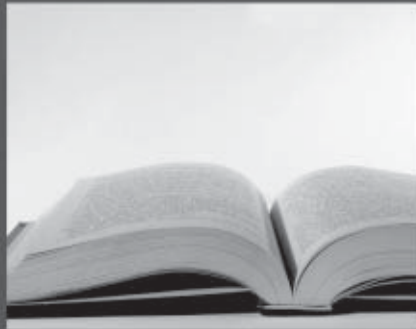
INSTITUCIONAL	151
----------------------	-----

Imágenes 2009

LIBROS Y TESIS	157
-----------------------	-----

JURISPRUDENCIA TC	171
--------------------------	-----

El anticonceptivo oral de emergencia



DOCTRINA



1985 -2010

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PENAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Johnny Cáceres Valencia *

« Acertadamente, se ha dicho que la prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial, y sobre manera en el proceso penal, pues toda la doctrina procesalista se avoca a su estudio con distintas intensidades».

* Abogado y docente de la Universidad Privada de Tacna.

SUMARIO:

I. La Prueba Penal. I.1.- Concepto I.1.1.- Medio de prueba I.1.2.- Órgano de prueba I.1.3.- Objeto de prueba I.1.4.- Elemento de prueba I.2.- Finalidad de la prueba I.3.- Actividad probatoria.- II. Principios que rigen la producción de la prueba en el proceso penal. 2.1.- Principio de contradicción 2.2.- Principio de inmediación 2.3.- Principio de libertad de prueba.- III. La valoración probatoria en el proceso penal. 3.1.-El principio de libre valoración según las reglas del criterio racional 3.2.- Valuación de la prueba en segunda instancia.

RESUMEN:

Definitivamente, el tema de la prueba en cualquiera de las esferas del Derecho resulta de trascendental importancia, tanto más en el proceso penal. Si bien, son muchos los aspectos de la prueba que hoy pueden ser objeto de análisis: su admisión, su licitud, sus principios, la prueba anticipada y preconstituida, etc.; el presente trabajo tiene como finalidad realizar un breve estudio sobre la valoración de la prueba penal pero en segunda instancia, para lo cual creímos oportuno remitirnos, en primer lugar, a la definición de prueba y a las diferentes nociones que forman parte de la materia probatoria, así como analizar los principales principios condicionantes para su formación en el proceso, lo que finalmente, nos ayudará a determinar si estamos o no, ante una segunda instancia restringida sujeta a lo decidido y resuelto por el *A quo*.

I. LA PRUEBA PENAL

Acertadamente, se ha dicho que la prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial, y sobre manera en el proceso penal, pues toda la doctrina procesalista se avoca a su estudio con distintas intensidades.⁽¹⁾

Podemos afirmar entonces, sin temor a equívocos, que la prueba constituye la esencia del proceso, dado que a través de ella se logra la formulación del juicio de hecho, la determinación de los hechos en el caso concreto y, sobre la cual cabe pronunciarse respecto a la aplicación e interpretación del Derecho, con la finalidad de dilucidar una controversia.⁽²⁾

Así pues, el derecho a la prueba es reconocido explícitamente como norma rectora por el Nuevo Código Procesal Penal, cuando en su artículo IX del Título Preliminar señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes.⁽³⁾

I.1.- Concepto.

Etimológica y gramaticalmente, la voz "prueba" es el sustantivo del verbo "probar", que representa su acción, su elemento, su procedimiento y su resultado, previo un averiguamiento, con el fin de verificar y comprobar la verdad, la veracidad o la certeza de una proposición.

La prueba en sentido objetivo constituye todo medio que sirve para llevar al Juez al conocimiento del material fáctico, vale decir todo instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial. La prueba en sentido subjetivo, es el convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente de quien tiene la enorme labor de decidir un caso: el Juzgador.

Para FRANCESCO CARRARA,⁽⁴⁾ "en general se llama prueba a todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros, la verdad en los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce a ésta; mas por la falibilidad humana puede haber certeza donde no haya verdad y viceversa."

Precisa FRANCESCO MESSINEO,⁽⁵⁾ que "prue-

(1) SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima 2004, Pág. 637

(2) Para Francesco CARNELUTTI, "...la prueba es el Corazón del juicio, lo mismo que el juicio es el Corazón del problema del pensamiento; Corazón del juicio y no del proceso..." Estimamos que, la prueba es importante no sólo en el juicio sino a lo largo de todo el proceso.

(3) TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura. Marzo 2004. Pág. 22.

(4) CUELLO IRIARTE, Gustavo. *Derecho probatorio y pruebas penales*, Editorial Legis, 1era Edición Colombia 2008, Pág. 04

(5) *Ibidem*, Pag. 06

ba es la representación de un hecho y, por consecuencia, la demostración de la realidad (o de la irrealidad) del mismo."

ARSENIO ORÉ GUARDIA, por su parte, comparte la acepción mixta que considera que prueba es todo aquello que tiene el mérito suficiente y necesario para que en su calidad de medio, elemento o actividad, pueda formar en el Juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta.⁽⁶⁾

Coincidimos con DEVIS ECHANDIA⁽⁷⁾ en afirmar que, en sentido estrictamente técnico procesal, la prueba constituye el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman objeto del juicio y sobre el cual se debe decidir.

Desde siempre el estudio de la prueba ha tenido el inconveniente de la falta de consenso a la hora de establecer un concepto uniforme, y es que sobre la prueba existen además diversas nociones (objeto, medio, fuente, elemento, etc.) que forman parte de la materia probatoria y que reciben el nombre de prueba. Veamos.

1.1.1.- Objeto de prueba.- El objeto de prueba en el proceso penal está constituido por los hechos, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia sobre la cuestión sometida a decisión. Esta noción, cuando se refiere al proceso penal, queda íntimamente ligada al principio de la libertad de prueba según el cual todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba, aunque también tiene limitaciones como veremos más adelante.

1.1.2.- Medio de prueba.- Es el procedimiento establecido por la ley para el ingreso de la fuente de prueba al proceso. Es el "vehículo" que se utiliza para llevar al Juez el conocimiento sobre lo

que se desea probar. Por ejemplo, la prueba testimonial respecto del testimonio. TONINI,⁽⁸⁾ sostiene que, la palabra medios de prueba se reserva exclusivamente para el juicio oral, siendo obvio que entre medios de búsqueda de prueba y medios de prueba no es posible confusión alguna.

1.1.3.- Órgano de prueba.- Es la persona que introduce en el proceso el elemento de prueba. Como bien señala CAFFERATA NORES, la función específica del órgano de prueba es la de servir de intermediario entre la prueba y el juzgador, transmitiendo el dato o el conocimiento del hecho con relevancia probatoria. Son órganos de prueba, el perito, el agraviado o el testigo.⁽⁹⁾

1.1.4.- Elemento de prueba.- Es todo aquel dato o circunstancia debidamente comprobado mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce al proceso de una manera objetiva y regular, siéndole de suma importancia al juzgador al momento de emitir sentencia.

1.2.- Finalidad de la prueba.

Existe, como es obvio, varias teorías que tratan de explicar qué es lo que se pretende alcanzar con la prueba. Entre las principales tenemos:

- **La averiguación de la verdad de un hecho.**- La doctrina moderna ha relativizado la idea de averiguar la verdad de un hecho como el fin de la prueba. A decir de ORE GUARDIA, no siempre se logra cumplir con el fin de alcanzar la verdad, sin embargo este ideal constituye el máximo criterio de legitimación de la actividad judicial.

- **La fijación formal de los hechos.**- El principal representante de esta corriente es CARNELUTTI quien señala que probar no es demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados.⁽¹⁰⁾

(6) ORE GUARDIA, Arsenio. Programa de Actualización y perfeccionamiento. Academia de la Magistratura. 2009. Pág. 230.

(7) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Compendio de la Prueba judicial, Rubizal -Culzoni, Santa fe- Bogota, 1984, Tomo I, Pág. 33

(8) TONINI, La prova penale, CEDAM, Padova, 2000, Pág. 243- 244, Citado por: GUZMAN FLUJA, Vicente, Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, Pág. 59

(9) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. La prueba ilícita en el proceso penal peruano. Jurista Editores. Marzo 2009. Pág. 46-47

(10) CARNELUTTI, F. La prueba civil. Depalma, 2da edición, Buenos Aires 1982

La convicción judicial.- Esta teoría asume que el fin de la prueba es la convicción judicial, y sólo cuando las afirmaciones vertidas en el proceso logran el grado de certeza en la mente del Juez, se podrá decir que la prueba ha alcanzado su fin. No estamos diciendo que el Juez posea la verdad o se sienta dueño de ella como si fuera una cosa; sino que éste crea haber dado con ella, es decir que se encuentre plenamente convencido de las versiones expuestas en el proceso.

1.3.- La actividad probatoria.

La actividad probatoria, según enseña EDUARDO M. JAUCHEN,⁽¹¹⁾ está constituida por la actuación que realizan dentro del proceso todos los sujetos procesales con el fin de establecer con exactitud o inexactitud de los hechos objeto del proceso. Este despliegue está referido no solamente a la actividad tendiente a introducir el material probatorio sino también a la manifestación intelectual y de conocimiento que se realiza en el momento crítico, o sea en la oportunidad de valorar lo colectado.

II.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Couture había identificado cinco grandes temas probatorios, a saber: qué es la prueba (concepto de prueba), qué se prueba (objeto de prueba), quién prueba (carga de la prueba), cómo se prueba (procedimiento probatorio), y qué valor tiene la prueba (valoración de la prueba). A estos cinco temas añadió otros tres: con qué se prueba (distinción entre fuentes y medios de prueba), para quién se prueba (destinatario de la prueba), con cuáles garantías se prueba (principios del derecho de prueba). Respecto de este último tema, consideramos pertinente el desarrollo de los principios de contradicción, intermediación y libertad de prueba, a efectos de establecer su importancia en la producción de la prueba en el juicio oral y en segunda instancia.

2.1.- Principio de contradicción.

Como derivación de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio del principio de contradicción del proceso en general, tiene particular importancia el principio de contradicción específicamente referido a la prueba. Concretamente se enuncia explicitando que la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla. Para conocer de la prueba es preciso que se notifique no sólo el ofrecimiento y el proveído por el cual el órgano jurisdiccional lo admite como tal, sino también el día, la hora y forma de producción, como también todos los actos procesales que refieran a la misma, como su postergación, variación o suspensión de cualquier naturaleza. Todo ello permite a la a las partes, según corresponda, conocer la naturaleza e identidad del medio probatorio, el órgano que la practicara, la oportunidad de su producción y las condiciones en que se hará, posibilitando la oposición mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere improcedentes. Y luego la posibilidad de discutir la prueba ya producida, lo que refiere a las alegaciones sobre su merito probatorio, para lo cual las leyes procesales establecen un periodo específico.⁽¹²⁾

Dicho en otras palabras, este principio comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra. Es evidente que, dicho principio debe estar presente en todas las fases o instancias del proceso. Si bien, es posible su atenuación en algunos casos, en el proceso penal dicha atenuación es imposible en la fase de juzgamiento aunque, sí puede tener lugar en la fase preparatoria.

No cabe duda que la prueba de cargo debe estar formada con plena vigencia del principio de contradicción, lo que en el caso de las pruebas personales, vale decir de aquellas pruebas que se basan en la declaración de una persona física, se tra-

(11) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, T V., Pág. 6. Citado por: JAUCHEN, Eduardo, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, Pág. 19

(12) JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal- Culzoni Editores, Marzo del 2004, Pág. 34

duce en la necesidad de que esa persona sea sometida a interrogatorio de la parte acusada, además bajo la forma de la llamada *cross examination*, como sistema necesario para ejercer la contradicción al garantizar la participación de todas las partes del proceso.⁽¹³⁾

El principio contradictorio, en su relación con la prueba tiene, como se ha dicho en la doctrina italiana "dos almas": una subjetiva y otra objetiva. El aspecto objetivo es el que se refiere al contradictorio como método de conocimiento basado en la confrontación dialéctica, y que se complementa con la necesidad de que la formación de la prueba sea llevada a cabo de forma pública, con intermediación y oralidad. La prueba no se puede obtener de forma unilateral, sino con esa confrontación dialéctica de la que hemos hablado. El método dialéctico es la mejor forma de conocimiento que puede aplicarse a la prueba, y alcanza su máxima expresión cuando se junta con la oralidad y la intermediación.⁽¹⁴⁾

De otro lado, el alma subjetiva del contradictorio va referida al derecho del acusado a confrontarse con los acusadores, a confrontarse con los testigos o, en general, con cualquier persona que rinda declaración inculpatoria contra él, incluidos los coimputados. Este sentido subjetivo, se resume en una regla de inutilizabilidad como prueba de declaraciones que no han sido sometidas al principio contradictorio.⁽¹⁵⁾

Finalmente, debe quedar bien en claro que ninguna prueba que no haya pasado por el filtro del principio contradictorio, ejecutado de forma efectiva y no formal, puede alcanzar la categoría de prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia; no se puede concebir que se dicte una resolución (sea ésta de mero trámite y con mayor razón si se trata de una sentencia definitiva) sin escuchar antes a todos los sujetos intervinientes o a la parte contraria en una cuestión planteada por otra. Es dentro del juicio, etapa medular del

proceso, en la que se va a controlar plenamente la producción de las pruebas ofrecidas por los sujetos procesales, es este el momento de alegar sobre el mérito de las mismas, efectuando las correspondientes observaciones a fin de determinar su idoneidad para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

2. 2.- Principio de intermediación.

Este principio exige que las pruebas lleguen directamente al juzgador, de modo tal, que en su recepción y percepción no se interpongan otras personas que de uno u otro modo puedan turbar o alterar la natural y original entidad de tales elementos probatorios. Queda claro entonces que allí donde la ley permite que un juez presencie la prueba y otro dicte la sentencia, no existe intermediación toda vez que, quien dictó la resolución final no ha podido formarse una convicción cabal de los hechos sino que ha formado su certeza con las constancias documentales de la prueba practicada. De allí que se afirme que, oralidad e intermediación no son principios distintos sino parte de un conjunto inescindible.⁽¹⁶⁾

El principio de intermediación tiene una doble vertiente de garantía que ha sido delimitada por la doctrina: la vertiente subjetiva y la vertiente objetiva. Conforme a la vertiente subjetiva, se trata de garantizar que el juez sentenciador se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de la prueba, percibiéndolas por sí, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios. Se debe establecer así una relación inmediata, sin que se admitan elementos intermedios que se interpongan, entre el juez que decide el caso y los elementos llamados a formar convicción. Conforme a la vertiente objetiva, la intermediación quiere garantizar que el juzgador adquiera su convicción acerca de la hipótesis que resulte más aceptable o más refrendada por las pruebas, con base en aquellas de éstas que guarden una mayor y estrecha relación de afirmación

(13) GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal. El Proceso Penal*, volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, p. 57 Citado por:

GUZMAN FLUJA, Vicente, *Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, Pág. 109

(14) TONINI, *La prova penale*, CEDAM, Padova, 2000. Pág. 75-76 Citado por: GUZMAN FLUJA, Op. Cit., Pág. 111-112.

(15) *Ibidem.*, Pág. 112-113.

(16) MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de Juicio Verbal*. Tomo I, Thomson. 2da Edición 2004, Pág. 129

de hecho a probar. Es decir igualmente se quiere que la decisión judicial lo sea en atención a los elementos más directos y extrayendo por sí mismos los hechos de la fuente probatoria.⁽¹⁷⁾

Nuestro nuevo texto procesal penal establece el principio de inmediación como base del juicio oral y de la práctica de la prueba en él. Por esta razón resulta imposible que una sentencia sea dictada por juez o magistrado que no ha presenciado la práctica de la prueba en juicio oral. En ese sentido, según FERRAJOLI,⁽¹⁸⁾ la inmediación no puede considerarse como un principio meramente técnico, ni un principio de segundo orden. Por el contrario, la inmediación se debe considerar una garantía capital de enjuiciamiento, por cuanto no sólo cumple las dos funciones dichas, sino que también permite al juez sentenciador constatar el cumplimiento de las garantías básicas de la contradicción, del derecho de defensa, así como la formulación conforme a la legalidad de la hipótesis acusadora. Así el juez puede cumplir con una función de control de las garantías que le es esencial: la percepción directa y la producción ante él de todas las actuaciones del juicio oral le proporcionan la posición necesaria para efectuar ese indispensable control.

2.3.- Principio de libertad de prueba.

Brevemente, definiremos el principio de libertad probatoria. Este principio constituye una derivación del principio de la verdad real; a través de él se procura llegar a lo realmente acontecido, entendiéndose por tal la posibilidad de que todo se puede probar y por cualquier medio. Evidentemente, dicha afirmación es perfectamente refutable, pues no todo es susceptible de convertirse en tema de prueba; de hecho existen derechos que pueden ser vulnerados si es que la libertad se ejerciera de manera indiscriminada y arbitraria. En ese sentido, existen las denominadas excepciones al principio de libertad, las cuales pueden estar referidas al objeto o al medio de prueba.

Las excepciones al objeto son absolutas, pues

impiden que el tema se convierta en objeto de prueba. Así tenemos, por ejemplo: las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, lo imposible, lo notorio, etc. Mientras que las excepciones al medio de prueba no impiden que un hecho sea probado, sino que impiden que sea probado por métodos contrarios a la Ley. En el supuesto de prohibiciones de valoración probatoria le corresponderá al órgano jurisdiccional actuar siempre con reserva o prudencia al momento de admitir un medio de prueba que importe violación de derechos y garantías constitucionales.

III. LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

Este es el momento culminante del desarrollo procesal, en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico razonado sobre el valor acreditante que tengan los elementos probatorios introducidos al proceso.

Uno de los temas más trascendentales y propios de la ciencia procesal es determinar de qué manera el juzgador debe valorar las pruebas. Ello ha dado origen, a diferentes criterios al respecto, pudiendo sintetizarse en tres grandes sistemas existentes actualmente en el mundo, que son: el sistema de la íntima convicción, el de la prueba tasada y el de la libre convicción.

3.1.- El principio de libre valoración según las reglas del criterio racional

A tenor de la prescripción contenida en el artículo 158 del Código Procesal Penal, podemos afirmar que en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, debiendo exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados. Asimismo por disposición del artículo 393 numeral 2 del mismo cuerpo normativo, el juzgador para la apreciación de las pruebas, deberá proceder primero a examinarlas individualmente

(17) GUZMAN FLUJA, Vicente. C. *Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006, Pág. 122-124

(18) Citado por: GUZMAN FLUJA, Vicente. C. *Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006, Pág. 126

y luego en forma conjunta con las demás pruebas; de lo que se infiere que nuestro ordenamiento jurídico ha acogido el sistema de libre convicción (sana crítica), el mismo que tiene como rasgos principales:

- Inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento;

- Presupone la libre valoración de los elementos producidos, la ley no establece valor alguno, hay libertad de escoger los medios probatorios para verificar el hecho;

- Se basa en los principios de libertad probatoria y de debida fundamentación de las resoluciones judiciales;

3.2.- Valuación de la prueba penal en segunda instancia

La posibilidad de que un mismo proceso sea revisado cuanto menos por dos órganos jurisdiccionales diferentes, es lo que se conoce como pluralidad de instancia, reconocida por nuestra Carta Fundamental como principio y derecho de la función jurisdiccional, según prescribe el artículo 139 inciso 6. En este sentido, asegurar una (posible) ulterior instancia es, una suerte de "garantía de las garantías"⁽¹⁹⁾ o sea y en buena cuenta, una garantía del debido proceso mismo, porque el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario de un poder por parte del primer juez y, por el otro, para permitir corregir cuanto antes los errores del mismo y así evitar que sobre lo resuelto se forme irremediablemente cosa juzgada.

Pero... ¿Estamos ante una verdadera segunda instancia? ¿El doble grado permite dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso? ¿Es la apelación la llave que necesitamos para dar paso a

una segunda instancia o constituye un mero recurso de revisión? Veamos.

En realidad, el concepto de segunda instancia resulta algo esquivo, existiendo diversidad de significados conforme a la amplitud con que se configura su objeto procesal. Así tenemos que su objeto puede concebirse: a) como un *novum iudicium*, es decir como una verdadera primera instancia, b) como una *revisio prioris instantiae*, como un mero órgano de control de lo decidido y de lo resuelto en primera instancia.

El recurso de apelación tal y como ha sido regulado por nuestro ordenamiento procesal penal, únicamente permite el reexamen de la resolución que produzca agravio, con lo que tenemos un derecho de revisión que no es lo mismo que una instancia plural. En efecto, del tenor del artículo 409° se advierte que, la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada. En este entender, si bien la apelación, en general, es el medio idóneo para impugnar autos interlocutorios con el objeto de que sean revisados, ello no siempre es suficiente para abrir la posibilidad de una segunda instancia tratándose de sentencias. Vale decir que, si el juzgador en primera instancia tenía plenitud de atribuciones para revisar íntegramente el proceso y aplicar la norma pertinente, con estricto respeto de los principios de inmediación, contradicción y con toda la libertad de prueba; ello no sucede en segunda instancia en donde el *ad quem* o juez de revisión, de primera intención sólo deberá considerar aquellos aspectos vinculados a los errores de hecho o de derecho invocados por el recurrente como sustento de su recurso, y en que, según su punto de vista, habría incurrido el juez de la instancia inferior.⁽²⁰⁾

Según cierto sector de la doctrina, sólo puede hablarse de segunda instancia en el modelo de apelación plena toda vez que es el único que permite plantear el conflicto nuevamente en toda su extensión ante un órgano superior. Pero el Nuevo Código Procesal Penal, permanece en la línea de apelación limitada atribuyendo a la Sala Penal,

(19) Extraído de *La Constitución Comentada* Tomo II Edit. Gaceta Jurídica, 1era Edición Feb. 2006 p.. 517

(20) ARMAZA GALDOS, Jorge, *Código Procesal Civil Comentarios I*, Ed. Dianota 1era Edición 2004, Pág. 110-111

la facultad de resolver dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, pudiéndose examinar la resolución impugnada tanto en la declaración de hecho como en la aplicación del Derecho. Así, el numeral 425 inciso 2 del citado cuerpo legal, establece que, la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. No podrá otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Al respecto cabe reafirmar que nos encontramos ante una segunda instancia restringida, en la que dijimos antes, el *ad quem* no puede examinar los hechos con la misma amplitud que el juez de primera instancia. Si entendemos a la inmediación como el contacto directo que debe existir entre quien le toca juzgar y los elementos de prueba, no entendemos ¿cómo es posible que en la audiencia de apelación se admita que el Tribunal Superior forme su convicción sólo con la documentación de las pruebas practicadas en el juicio oral de la instancia? ¿O sea, que lo que no está permitido en primera instancia sí puede hacerse en la denominada segunda?

A ese respecto, coincidimos con MONTERO AROCA⁽²¹⁾ en afirmar que, la inmediación no consiste en oír o ver lo que el testigo ha dicho por medio de una película,⁽²²⁾ sino en entrar en relación directa con el testigo, viéndolo y oyéndolo precisamente cuando se le hacen las preguntas y cuando las responde. La impresión de

veracidad o de mentira que un testigo transmite sólo se percibe con claridad en el acto mismo de la declaración, salvo que el que grabe el DVD sea un experto director de cine capaz de mover varias cámaras al mismo tiempo y recoger todos los matices de todas las personas que interviene en un acto que puede durar varias horas o varios días, y aun entonces ese director estaría condicionando al Tribunal por cuanto las cámaras reflejan lo que el que las maneja estima oportuno en cada caso, no en la realidad completa.

Ahora bien, la norma procesal también contempla la posibilidad de que el juez superior pueda otorgar diferente valor probatorio a las pruebas personales (aquellas que resultan relevantes o fundamentales a fin de establecer o no responsabilidad, especialmente en los delitos sancionados con penas severas), siempre que éstas hayan sido cuestionadas por una prueba actuada en segunda instancia; con lo que se restringe la actuación probatoria a tres aspectos: a) las pruebas que no pudieron proponerse en primera instancia por desconocimiento de su existencia; aquellas que fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiera formulado la oportuna reserva en su momento; y las admitidas que no fueron practicadas por causas no imputables al recurrente.

Definitivamente, esta segunda instancia no importa un nuevo juicio, pues el procedimiento de apelación no tiene sustantividad propia sino más bien es complementaria o vinculada a la primera instancia; no cabe duda que estamos ante una audiencia de revisión, pero limitada;⁽²³⁾ en el senti-

(21) MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad*, Edit. Thomson, 1era edición, Valencia 2008, Pág.461

(22) Peor aún si se trata solamente de un audio, como se da en nuestro distrito judicial.

(23) Así se ha pronunciado la Sala Penal Superior de Tacna, en el proceso Nro. 2008-1362-60. «...d) Ahora bien, como queda establecido precedentemente la responsabilidad del acusado se ha determinado de un conjunto de medios probatorios, en los cuales predomina sustancialmente la prueba personal, cuya actuación se ha producido en juicio, la misma que ha pasado por el velo garantista de la inmediación y contradicción; por tanto, el órgano revisor se encuentra imposibilitado de otorgar diferente valor probatorio a esta prueba, que fue objeto de inmediación por el Colegiado, más aun, que su valor probatorio no ha sido desvirtuado con alguna prueba actuada en esta instancia,⁴ en tal sentido el cuestionamiento efectuado por la defensa respecto a la valoración probatoria de responsabilidad efectuada por el Juzgado Colegiado no puede ser de recibo, pues conforme se tiene expuesto, estos hechos no han podido ser rebatidos con alguna prueba sustentada en esta instancia. e) Por otro lado, en audiencia de apelación, se han presentado pruebas instrumentales como certificados domiciliarios, declaración jurada de Beatriz Quiñónez, copia de actuados del proceso de alimentos que sigue Karín Martha Mamani Chipana (*madre de la agraviada*) en contra del acusado Mauro Eusebio Mamani Huayta, tres fotografías y un certificado de trabajo, estas pruebas están referidas a situaciones periféricas a los hechos que no restan mérito probatorio a la sindicación tenaz y contundente efectuada por la menor agraviada a través del juicio, por tanto, la prueba documental presentada por la defensa, no desvirtúan en nada la responsabilidad del acusado (...).»

do que, ante ella no se vuelven a practicar todas las pruebas sino que los magistrados que conforman el Tribunal Superior, podrán formar su convicción respecto a los hechos, con cierto tipo de pruebas, restringiéndoles la posibilidad de que como ente revisor puedan inmiscuirse en una decisión que ha sido elaborada en base a la prueba personal.


Cabe entonces hacernos la siguiente pregunta, ¿Qué pasaría si ante una sentencia condenatoria en segunda instancia no se presentaran pruebas que contradigan o cuestionen las pruebas personales actuadas en juicio oral, qué es lo que tendría que hacer el ente revisor? conforme la norma, la valoración del tribunal *ad quem* estaría limitada a la prueba practicada en la primera instancia, lo que en rigor, implicaría que el superior no tenga mayor protagonismo sustancial en el ámbito probatorio para emitir pronunciamiento conforme sus atribuciones.

Es pertinente señalar que, dentro de toda la gama de dispositivos legales referentes a la actuación probatoria, hallamos uno que creemos vital para rebatir el juicio de responsabilidad en contra del sentenciado, y es que aparentemente muchos no tienen conocimiento y si lo tienen, no le han dado la importancia que seguro merece. El artículo 422° del citado Código Procesal Penal, dispone que también sean citados (a la audiencia de apelación de sentencia), aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de intermediación y contradicción considere indispensable

ble su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia,⁽²⁴⁾ en cuyo caso se estará a lo transcrito en el acta de juicio. Evidentemente, el tribunal de apelación no podrá acordar la práctica de prueba alguna, porque ello significaría ir contra el modelo acusatorio garantista que defiende nuestro ordenamiento procesal, sino que debe practicarse la prueba solamente a instancia de parte. Es probable más bien, que la defensa técnica a través de este artículo tenga la posibilidad de generar un nuevo juicio en segunda instancia, propiciando que todos los sujetos iniciales se presenten nuevamente ante el superior y de ahí darle la posibilidad, las herramientas necesarias para que éste examine nuevamente la prueba.

De otro lado, queremos exhortar a los órganos sentenciadores de primera instancia a asumir el rol que les corresponde, con absoluta responsabilidad, debemos tener en cuenta que son personas las que juzgamos, por lo tanto se debe desterrar la idea anacrónica de pensar que el superior "corregirá si hay algún error", de que "revisará si se valoró correctamente la prueba o no" cuando como hemos visto, la revisión está restringida; no estamos ante una verdadera segunda instancia en la que se efectúa una nueva valoración de la prueba, sino que esta segunda instancia constituye una mera revisión de lo enjuiciado en la instancia anterior, de manera que muchas veces los jueces *ad quem* se encuentran atados de manos al momento de administrar justicia.

(24) Al respecto, la Sala Penal Superior Tacna en el proceso Nro. 2008- 944-0 ha establecido que: «...Siendo que, una de las características de un sistema acusatorio es que la actividad procesal se desarrolle fundamentalmente en el juicio oral. Nuestro ordenamiento procesal penal otorga la posibilidad que se pueda actuar prueba en segunda instancia. En este sentido conforme lo dispone el artículo cuatrocientos veintidós inciso cinco del Código Procesal Penal, se permite la actuación de otros medios de prueba a los establecidos en el inciso dos, pues señala que también serán citados aquellos testigos – incluidos los agraviados- siempre que la Sala por exigencias de intermediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia. Bajo este precepto normativo, resulta posible que en esta instancia se cite a los testigos que han depuesto en el juicio de primera instancia, toda vez que se ha cuestionado el juicio de hecho y por exigencias de intermediación y contradicción, se precisa de su actuación para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, pudiendo prescindirse de ellos cuando no hay insistencia de su concurrencia y presencia. En el presente caso se citó a los testigos deponentes en el juicio de primera instancia, sin cuestionamiento alguno por los sujetos procesales. Habiendo insistido el señor Fiscal Superior sobre la concurrencia del testigo principal Edgar Rubén Quispe Chaparro, cuya valoración testimonial ha sido cuestionada por el impugnante.»



25
AÑOS

UNIVERSIDAD
PRIVADA
DE TACNA


ESCUELA DE POST GRADO

Maestrías:

- Dirección en Dirección y Administración de Empresas
- Dirección en Derecho

Planes:

- Administración y Dirección de Empresas
- Derecho Constitucional y Administrativo
- Derecho Procesal Civil
- Derecho
- Derecho Constitucional
- Derecho Penal y Criminalística
- Derecho Procesal Civil y Comercial
- Historia
- Ingeniería Civil (Estructuras - Construcción)
- Licenciatura en Filosofía en Historia
- Literatura
- Psicología
- Sociología
- Filosofía
- Filosofía (Historia - Filosofía - Psicología)



Dirección de la Escuela de Postgrado: Dr. Carlos A. Vargas
E-mail: postgrado@updt.edu.pe

LA TELARAÑA DEL PODER: CORRUPCIÓN MÁS CORRUPCIÓN (Parte I)

Eugenio Casas Durand *

« ¿Qué hace que nuestro país sea constantemente castigado por nuevos destapes y escándalos de corrupción, que cual Piedra de Sísifo, aplastan una y otra vez los esfuerzos que se hacen contra ella y destrozan la confianza de los peruanos en la administración pública?»

* Vocal Titular de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Profesor Asociado de la Universidad Privada de Tacna.

INTRODUCCIÓN

La corrupción consiste en la violación del interés público encaminado a la obtención de privilegios, de ventajas especiales, a favor de los propios administradores, allegados, amigos o socios. Es cierto, que una legalidad sin legitimidad resulta más aflictiva para el ciudadano, que una legitimidad sin legalidad. La experiencia histórica nos indica que siempre se accedió a esta situación después de un enfrentamiento civil. Sin embargo, también es historia, que una legalidad sistemáticamente conculcada termina por erosionar la propia legitimidad jurídica, de manera que, la misma termina por aparecer a los ojos del ciudadano común carente de valor, algo por lo que no es preciso luchar.

Frecuentemente, tanta arbitrariedad y corrupción hace pensar, incluso a prestigiosos penalistas, que la presentación de enfrentar y contener la corrupción con el poder del sistema penal, no pasa de ser otra ilusión más del discurso jurídico-penal y de los aparatos de propaganda del sistema penal. La afirmación es solo sostenible en parte.

Es cierto, que el Derecho penal no es el instrumento apto para resolver problemas sociales o económicos. Por ejemplo, el narcotráfico o la delincuencia de contenido patrimonial no se resuelven exasperando la cuantía de las penas. El rigor punitivo que no este precedido por medidas preventivas deviene a la postre en una inútil arbitrariedad. Sin embargo, la otra conclusión extrema no es cierta. El sistema jurídico-penal sigue siendo una herramienta necesaria para garantizar la convivencia social.

Los presupuestos de igualdad, libertad y justicia ante la ley son dogmas formales vacíos de contenido. No debemos pensar que su reconocimiento constitucional conforma el punto de partida del sistema jurídico-penal, sino más bien el punto de llegada. Que todos los ciudadanos no son iguales ante la Ley, es una realidad aquí y allí. No obstante, esta comprobación no debería desanimarnos. Lo importante, dice el profesor BUSTOS RAMÍREZ, es que el jurista elabore el máximo de garantías posibles para que la desigualdad y discriminación frente a la ley sea lo menor posible; el máximo de controles que permitan al ciudadano fiscalizar la gestión pública. De esta forma, será posible cumplir

ese programa formal que legitima en última instancia al Estado ante la sociedad.

¿Qué hace que nuestro país se constantemente castigado por nuevos destapes y escándalos de corrupción, que cual Piedra de Sísifo, aplastan una y otra vez los esfuerzos que se hacen contra ella y destrozan la confianza de los peruanos en la administración pública?

El problema se encuentra en el enfoque que se le da a la lucha contra la corrupción. El Perú exige sanción para los corruptos de innumerables casos que se pierden en la memoria; sin embargo, también es necesario saber cómo y por qué los corruptos pueden cometer estos delitos que perjudican no sólo al tesoro público sino a la confianza general de los ciudadanos de nuestro país.

El debate actual sobre la corrupción debe trascender los titulares y escándalos del día a día y comenzar a realizar análisis que respondan a preguntas de fondo como, por ejemplo: ¿Qué permite y cómo hacemos para que no vuelvan a ocurrir actos de corrupción?

Aunque a primera vista parece una discusión poco atractiva, su importancia radica en que posibilita identificar la arquitectura defectuosa que rige la vida de las instituciones y que permite que se generen mecanismos e incentivos -premios y castigos- que motivan a los actores públicos a realizar prácticas que desvían los recursos -no necesariamente monetarios- en beneficio propio o de terceros, distintos a los intereses organizacionales.

Pasar de lo conyuntural a lo estructural no es una tarea sencilla y requiere de un profundo cambio en las instituciones del país, implica romper el esquema que centra a la corrupción como un fenómeno judicial, que si bien es de importancia porque es aleccionadora y elimina la impunidad, no es del todo suficiente porque no soluciona las cuestiones de fondo.

Por ejemplo, la ausencia o falta de idoneidad de los controles en los procesos administrativos la inexistencia de una gestión adecuada de personal (potencial humano) en el Estado, la debilidad de los sistemas de contrataciones y adquisiciones, excesiva capacidad discrecional de los funcionarios

para asignar recursos sin marcos regulatorios correctos, la falta de mecanismos de incidencia y vigilancia ciudadana, adecuadas normas sobre incompatibilidades de los funcionarios públicos, entre otros.

Hacer estos análisis, nos posibilitan proponer cambios necesarios que den a luz políticas públicas que prevengan posibles actos de corrupción, que cierren y reduzcan espacios en los que malos funcionarios cometen fechorías y que sobre todo nos lleven a mantener la confianza de los ciudadanos en la administración pública.

Pobreza y corrupción suelen ir a la mano. Sabemos que existe una estrecha relación entre el soborno y la precariedad económica; que, como ya se ha visto los bajos salarios de los funcionarios pueden servir de base a ciertas prácticas corruptas; que los países en desarrollo se ven sometidos en demasiadas ocasiones al oprobio de la compra y venta de voluntades públicas del más alto nivel, repercutiendo negativamente sobre las grandes variables macroeconómicas.

Dado que la corrupción opera como una enfermedad, se la puede concebir como un proceso patológico que se instala en un medio propicio, que permite su desarrollo; es decir, la corrupción forma parte de algo que está enquistado y que es difícil de extirpar. Ello no significa, claro está, que no se quiera dar solución a este problema y que no se puedan desarrollar los instrumentos necesarios para proceder a su extirpación.

Uno de los temas fundamentales en los programas de lucha contra la corrupción es el referido a la educación y a la ética, y cuando hablamos de ambas perspectivas estamos haciendo referencia a lo que denominamos "prevención", en el sentido de dar las herramientas necesarias que nos permitan fortalecer y, en otros casos, crear conciencia de lo que significa en nuestro contexto el manejo y el funcionamiento de la res pública.

Tenemos que partir que en el Perú hay, ausencia de una ética pública: El reflejo de lo acontecido en el decenio pasado lo ha demostrado, y las encuestas que se han venido haciendo en los diferentes ámbitos institucionales y sociales examinando demuestran fehacientemente la existencia de una gran

falta de sentido ético en los espacios públicos. Una serie de comportamientos y de prácticas sociales traslucen un muy débil compromiso con lo público y el bien común, e indican que la acción política ha prescindido del horizonte ético de los valores.

La función pública ha sido utilizada para la satisfacción de intereses particulares que afectan los deberes de función, los intereses colectivos y la moral social.

Otro enfoque que debemos considerar es el referido al fenómeno de la llamada economía informal, relacionado con el alto costo de la legalidad, propio de los países en desarrollo. Aquí se admite la corrupción en sentido conceptual y como consecuencia de la mala economía de la ley frente a un sistema institucional excesivamente costoso. No debemos negar que existe centenares de millones de personas en los países en desarrollo a las que no les queda otro camino que el de ponerse al margen de la ley para desarrollar, fuera de ella, sus actividades económicas y sociales. Lo evidente es que el alto costo de la ley los obliga a ponerse en esa situación. En tal sentido, ante la pregunta de si realmente los informales desean funcionar ilegalmente, creemos que la respuesta es negativa, si bien la realidad señala lo contrario. Una razón de ello es que el alto costo de la ley los empuja a la ilegalidad. Así, podemos advertir que existen personas que por la calidad de las cosas que hacen (que ciertamente no se nos presenta como corruptos), en la lógica económica se corrompen para llevar a cabo aquella acción que está legalmente prohibida.

I. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Actualmente, en nuestra sociedad, la corrupción en sus diferentes tipos y modalidades ha proliferado hasta alcanzar grandes dimensiones, poniendo en peligro la estabilidad y seguridad del Estado y de todo el sistema socio-jurídico.

Los antecedentes de mayor agudización de la problemática de la corrupción, dentro de las concepciones ético-sociales de la realidad objetiva, se presenta cuando la gestión del Estado no se ajusta al derecho y no existe seguridad en cuanto a la igual-

dad de los ciudadanos ante la ley y la gestión política pierde su legitimidad democrática.

El problema de la corrupción, se ha globalizando, discriminando a los sujetos económicos que tienen una ineficiente asignación de recursos, generando conflictos socioeconómicos, con la consiguiente crisis moral y de valores, que son alimentadas por factores, tales como: tráfico de drogas y armas, lavado de dinero, crimen organizado, corrupción en el sistema político, tráfico de influencias, entre otros.

El mundo en que vivimos está dominado por inconductas, vicios, actos corruptos, hechos sociales que tienen significación jurídica, donde se puede apreciar un derrumbe moral que ha dejado de lado, la moralidad, la ética y la dignidad.

La corrupción compromete al propio Estado, sus poderes, instituciones, entidades públicas privadas y directamente al Poder Judicial, que ha pesar de haber vivido un proceso de reforma y moralización, no ha atacado las verdaderas causas de los actos corruptos, donde se da la parcialidad no promoviéndose la equidad social, promoviendo una crisis de valores y ética, siendo en consecuencia la administración de justicia no eficiente y con falta de autonomía.

La historia del Poder Judicial está vinculada siempre a algún proceso de Reforma Judicial, donde surge la interrogante: ¿Cómo asegurar en estos momentos, una lucha eficaz contra la corrupción y la inmoralidad dentro del órgano jurisdiccional?

2. GENERALIDADES DE LA CORRUPCIÓN

MALEM SEÑIA, siguiendo a HEIDENHEIMER, agrupa las distintas definiciones en torno a tres grandes grupos. El primero atiende a los deberes del funcionario y a la singularidad función pública. El segundo pone el acento sobre los aspectos relativos a la demanda, la oferta y el intercambio de acciones corruptas. El tercero gira en torno al interés público.

Distinto es el planteamiento de GARZON VALDES, quien elabora una triple perspectiva: la de la mo-

derinidad, la del sistema normativo relevante y la de la moralidad. De acuerdo con la primera, se ha mantenido tradicionalmente que la corrupción es una plaga de los países poco avanzados, en los que las instancias de control social están todavía en fase de desarrollo. Esta concepción, con antecedentes en WEBER, está en cierto modo presente en alguno de los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas. En la actualidad, con democracias avanzadas o en trance de consolidación, ya no cabe sostener que sea azote exclusivo de países poco desarrollados. En consecuencia, la perspectiva de la modernidad como modelo casual explicativo de la corrupción ha de ser rechazada. La extensión y globalización de las prácticas corruptas obliga a situar el problema que nos ocupa en el contexto sociocultural e histórico en el que aparece.

Vinculado el segundo de los criterios al orden normativo entendido como conjunto de reglas religiosas, jurídicas, políticas o económicas, la corrupción representa la violación de una obligación por parte de quien decide, e implica la deslealtad o incluso la tradición al sistema normativo relevante. Constituye, en palabra de RODRÍGUEZ ARANA un atentado grave a la misma esencia del servicio público, en la medida en que supone que el funcionario deliberadamente traiciona el sentido de la gestión de intereses colectivos. Subjetivamente, además, debe perseguir la obtención de una ganancia no necesariamente pecuniaria. Ello permite que determinados honores u otras consideraciones, puedan incluirse en el beneficio ilícito, cuya obtención se procura el corrupto. La práctica ilícita ha de tener en cuenta el beneficio de quien instiga la decisión. A su vez la ventaja ha de ser inferior al costo legalmente establecido.

Característica complementaria de esta concepción es que la violación del deber no resulte sistemática y que suponga un incremento aislado y excepcional de los beneficios. Ello es así por que la corrupción pese a que se alimenta y reproduce de manera endogámica, precisa tanto para su conceptualización como para su supervivencia parasitaria la referencia al correcto funcionamiento del sistema normativo vigente. Será corrupto un comportamiento cuando contraste con la actividad normal de la Administración, regida por los principios vigentes en un momento determinado. En sentido opuesto, allí donde tales prácticas se hubieran generali-

zado, resultaría imposible sostener su naturaleza corrupta: se trataría de un sistema en que los valores formalmente en vigor se habrían disuelto. En esta situación, sólo con referencia a otros órdenes normativos se podría sostener que el comportamiento es ilícito.

Corolario de estas reflexiones de GARZON VALDES es su definición de corrupción como violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que los sobornan a cambio de otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado. Este planteamiento permite diferenciar el sistema normativo relevante de otro jerárquicamente superior: el sistema normativo justificante. Ellos son así porque el primero carece de capacidad de auto legitimación, como sucede en los regímenes no democráticos. Se desemboca así en un sistema normativo justificante supremo: la moral crítica o ética.

3. LA CORRUPCIÓN

Estudiosos como Robert Klitgaard o Susan Ackerman, señala-que la corrupción está asociada a pagos ilegales o rentismo, bajo la forma de soborno, extorsión, malversación, nepotismo, entre otros.

Autores como Joel Hellman y Daniel Kaufmann han estudiado el concepto de "capturar del Estado", que fuera desarrollado por el Banco Mundial a través de encuestas y mediciones, y que es utilizado para explicar la vida política de las economías de transición, y que se refiere a la corrupción como orientada a cambiar las reglas y regulaciones a fin de que favorezca los intereses del corruptor.

Una de las definiciones de corrupción más complejas es la de Joseph S. Nye, que la define como "aquella conducta que se desvía de los deberes normales de un cargo público por consideraciones privadas pecuniarias o de estatus; o aquella que viola normas restrictivas de cierto tipo de influencias de beneficio privado".

Para algunos juristas, como Rafael Bielsa, "la co-

rrupción en la función pública es la desnaturalización o desviación del regular ejercicio de la función pública, entendida ésta como la entera actividad del Estado, incluidas no sólo las funciones del Poder Ejecutivo como órgano administrativo, sino también el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas, judiciales, nacionales, provinciales y municipales, frente al comportamiento de sus titulares o al de terceros, destinatarios del acto funcional. No todas las prácticas corruptas son delitos tipificados en el código. La corrupción no se limita solo a las transacciones de dinero; en determinados casos, la corrupción es el precio que se paga a los individuos por participar en decisiones contrarias al interés general y a las que fueran sus propias convicciones".

4. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

Son múltiples los factores causantes de la corrupción. Atendiendo a su proximidad o lejanía, cabe distinguir causas próximas y causas últimas o remotas, referidas estas a la flaqueza de la condición humana. En razón de la naturaleza de los elementos que la determinan o la facilitan, podría hablarse de: a) causas morales; pérdidas de las referencias éticas en las costumbres de las naciones b) jurídicas; insuficiencias legislativas, imperfección de los controles, defectuosa organización de la Administración, hipertrofia de la burocracia, insuficiente remuneración de los funcionarios, carencias legales en materia de adjudicación de contratos públicos, facilidad con que opera la delincuencia organizada y transnacional, imperfecto funcionamiento del sistema judicial e inadecuación del modelo de cooperación judicial; c) económicas: monopolios, concentración del poder económico, desaparición de controles a los movimientos de capitales, mundialización de la economía; y, finalmente, d) políticas: concentración del poder político e indebido o inadecuado funcionamiento de los contrapesos institucionales.

A juicio del LAMO DE ESPINOS, son tres las causas principales de la corrupción: una de índole económica, otra de carácter cultural y una tercera de naturaleza política. La primera, considerada condición necesaria pero no suficiente, guarda relación con la rápida emergencia de un estado regulador de la actividad económica. La segunda se debe a la supervivencia de éticas aristocráticas que des-

precian la economía y son incapaces de diferenciar los comportamientos éticamente correctos de aquellos que no lo son. La tercera es política y responde en gran medida a la concentración de poder en vez de a su división.

En la selección de método de indagación de los factores causantes de la corrupción, el criterio subjetivo referido al individuo nos parece útil, pues comparto la idea generalizada de la inexistencia de un tipo universal de delincuentes económicos. Este punto de partida, asumido por el Consejo de Europa desplaza el centro de la reflexión criminológica del sujeto al medio en el que se desenvuelve la actividad. Porque la criminalidad económica es fundamentalmente un problema político, como advirtió TIEDEMANN, y reflejo del sistema económico, la corrupción es inherente al sistema económico y político.

En primer lugar, porque el estudio de la corrupción debe efectuarse a la vista de los factores internos que la posibilitan. Los resultados del análisis del fenómeno en Estados Unidos, por ejemplo, no tenemos en cuenta que dicho país responde al paradigma de la sociedad autorregulada frente al mayor intervencionismo europeo. Ello no supone ignorar el alcance internacional del problema, que obedece a factores relacionados con la mundialización de la economía y la libertad de movimientos de capital. Me ha parecido más útil, sin embargo, empezar el estudio en los centros estatales donde se adoptan las decisiones políticas y administrativas.

En segundo lugar porque la gestión que la administración ha asumido en el Estado de bienestar es por sí misma un factor de riesgo de prácticas corruptas. Lo cual no quiere decir que la disminución del intervencionismo público haya de traer consigo la desaparición de la corrupción sino, simplemente el desplazamiento de sus focos de riesgo y la aparición de otros tipos de ilicitud. Y, finalmente, porque nada hace presumir que un cambio de orientación en la actividad económica que acentúe la deriva liberal vaya a suponer, al menos de momento, un giro copernicano en esta materia. Pese a la oscilación de las políticas económicas, todo apunta a la permanencia de los contenidos esenciales de Estado de bienestar. Esta hipótesis de políticas pendulares, más o menos

intervencionistas, nos invita a prescindir de las causas inmediatas y a fijar nuestra atención en la raíz del problema que, tal y como se justificara, consiste en la ausencia de control adecuado, la manipulación política y la reducción ética del estado de bienestar.

El Estado de bienestar necesita ingentes recursos económicos para cumplir con las múltiples obligaciones que asume. Tales exigencias, junto con el modelo de las subvenciones que le es inherente, facilitan los comportamientos ilícitos. Al mismo tiempo, se atribuye al gobierno un gran ámbito de decisión, ya de forma indirecta respecto de empresas privadas de todo tipo, incluidas las insertas en el tejido industrial y bancario, ya de modo directo cuando de sociedades públicas se trata. La proliferación de las reglamentaciones multiplica los espacios de discrecionalidad en las decisiones y favorece la aparición del mercado negro y la corrupción. Claro exponente de ello es el sector de la calificación urbanística, foco universal de corrupción y causa de escandalosos precios de las viviendas.

5. DIMENSIONES Y MODALIDADES DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción presenta diversas modalidades y dimensiones. Su forma de operar; se adecua perfectamente a las posibilidades y necesidades de cada acto corrupto en concreto. Los corruptos, tal vez sin conocerlas, aplican a la perfección las categorías dialécticas posibilidad-necesidad.

Pareciera que nuestra sociedad implícita y explícitamente ha permitido la existencia de la corrupción pública y privada. Se ha vuelto necesaria para la supervivencia de muchos, se ha vuelto funcional al sistema en la medida en que convive con el mismo y las normas que castigan la corrupción son desatendidas y no aplicadas.

Se puede ser corrupto por acción y por omisión.

CORRUPCIÓN POR LA VÍA ACTIVA

La corrupción por acción deviene en actividades positivas, se presenta en un concreto abuso de poder o de la función, ejercitando las mismas. La corrupción por acción se presenta, entre otros, en los siguientes tipos de comportamiento:

- 1) Utilizar el erario público en beneficio propio.
- 2) Vender favores, sean licitaciones o empleos públicos.
- 3) Vender conceptos, decisiones, resoluciones o sentencias al mejor postor (formas activas de prevaricato).
- 4) Tramitar leyes con beneficiarios propios.
- 5) Construir mal y caro para el Estado.
- 6) Mediante evasión de impuestos.
- 7) Comprar favores electorales directamente o con auxilios.
- 8) Exigir recompensa por las ejecuciones u obras que se hacen en ejercicio de la función pública.
- 9) Ordenar publicidad contra porcentaje de gratificación.
- 10) Pagar estudios y consultorías que no se llevan a cabo.
- 11) Vender a nombre del Estado en públicas subastas con adjudicatario predeterminado.
- 12) Ordenar obras públicas para revalorizar sus propiedades.
- 13) Favoritismo en el nombramiento de personal ineficiente para el servicio público, nepotismo y clientelismo.
- 14) Abusar del erario público en viajes intrascendentes para la nación.
- 15) Exigir o aceptar pago por lo que se debe hacer.
- 16) Incrementar el patrimonio por vías diferentes a las autorizadas.
- 17) Vulnerar el principio de igualdad, patentizado en el régimen de oportunidades.
- 18) Gestionar ante las entidades estatales haciendo valer influencias o relevancia de cualquier tipo.
- 19) Entregar a terceros, a cualquier título, información privilegiada que se deba manejar bajo reserva.
- 4) No denunciar los hechos irregulares que concen.
- 5) Dejar prescribir los términos dentro de los cuales puede actuar.
- 6) Denegar justicia.
- 7) Dejar iniciado algo sin terminarlo.
- 8) Sacrificar las acciones de gobierno en favor de la popularidad.
- 9) Prometer y ofrecer lo que no se va a hacer.
- 10) En general, realizar las conductas punibles por omisión previstas en el Código Penal (en adelante C. Penal).

CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública y sus gestores son democráticos en tanto mejor aseguren la ejecución de la Ley, como forma suprema de expresión popular, debiendo calificarse de antidemocrática a una organización propicia a realizar en los actos administrativos la voluntad de los individuos frente a la voluntad general que se manifiesta. La Administración no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso al servicio de la comunidad, a la que está ordenada.

Los jueces y fiscales, aquellos funcionarios en quienes se deposita la fe pública para que administren justicia en nombre de la Nación, organismo en el que reposan las más amplias, facultades de control sobre la Administración y los servidores públicos, padecen inequívocos fenómenos de corrupción.

CORRUPCIÓN POR LA VÍA OMISIVA

El corrupto por omisión es el que deja de hacer lo que le corresponde, el que no hace lo que los deberes del cargo, por función o competencia, le imponen. Por omisión, la corrupción se presenta en las siguientes conductas:

- 1) No trabajar el tiempo demandado con la eficacia requerida.
- 2) Dejar degradar los bienes del Estado.
- 3) Realizar el gasto público sin fijar prioridades al mismo.

En estas esferas del poder público no es difícil encontrar servidores públicos-funcionarios (jueces, fiscales y procuradores) y empleados (secretarios, escribientes, etc.) que resultan comprometidos en conductas especialmente delatarías de corrupción, como proferir resoluciones manifiestamente contrarias a la ley (prevaricato), exigir o aceptar dinero de terceros por razón de lo que se debe hacer, lo que no se puede hacer o lo que se deja de hacer (concusión, cohecho, abusos de autoridad). La organización jerárquica de la justicia permite muchas veces a los superiores solicitar determinados procedimientos o favores, no siempre legales, a los infe-

riores.

Una importante investigación adelantada en 1994 sobre la corrupción en la justicia dice que habíamos creído que el problema de la corrupción en la justicia y de sus jueces y empleados subalternos era mínima y que constituían ejemplo de pulcritud frente a las demás ramas del poder público. La conclusión del estudio es otra: estos sectores de la administración han sido gravemente contaminados. Por ello ven la generalización de la corrupción, de la desidia, de la ausencia del sentido de la dignidad.

La investigación encontró como regla la ignorancia y la impreparación de los jueces y funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, campo en el que reside la responsabilidad de las facultades de derecho. La conclusión es que algo muy grave ocurre en las facultades de derecho y en las escuelas judiciales.

Si ya se daban casos de corrupción a nivel administrativo en la justicia, como el tráfico de influencias y nepotismo, este se convierte en un nuevo frente, que posibilita pedir y hacer favores, no siempre respetando los procedimientos legales o violando por lo menos la muy exigente ética pública que se pide cumplir a los servidores estatales.

6. CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN

Limitando el estudio de la corrupción al ámbito de obtención de decisiones públicas en función de intereses particulares, corresponde ahora determinar cuáles son los efectos que estas conductas generan sobre la sociedad.

Como infracciones penales, han sido tradicionalmente consideradas como delitos contra la administración pública. Con todo, la dimensión alcanzada en los últimos tiempos por este fenómeno ha revelado la existencia de otros efectos disfuncionales añadidos que, más allá de planteamientos meramente éticos, deben ser evaluados en su justa medida. El incremento de los flujos comerciales internacionales, los procesos de privatización relacionados con la transición de las economías socialistas o el aumento del peso de Estado en los mercados, son factores que han fa-

vorecido al oportunismo entre los servidores públicos, los cuales se han visto tentados a actuar en interés propio.

A. Efectos políticos

En términos generales, se derivan de la generalización de los procesos de corrupción en el marco de los poderes públicos, y aumentan en la medida en que el Estado condicione su actuación al soborno de los particulares.

La corrupción es inherente al poder, en tanto constituye una manifestación de ejercicio desviado del mismo. Con todo, parece innegable que existe una estrecha relación entre la forma de ejercer el poder político y la corrupción. Recordando la clásica máxima de Lord Acton, «si es cierto que el poder corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente».

El sistema democrático es el gran perjudicado de la corrupción, y esta se desarrolla con más facilidad conforme los controles democráticos se debilitan. En el marco de los sistemas políticos plurales, la corrupción puede perjudicar gravemente el buen funcionamiento de las instituciones públicas. La corrupción es una amenaza para el desarrollo político y económico de todos los estados.

Ciertamente, la conducta aislada de un funcionario supone un desprecio al papel que le ha sido asignado a la administración en cuyo marco actúa, dado que, teniendo capacidad de decisión, opta por ignorar el interés público y la neutralidad que constitucionalmente le ha sido impuesta.

En ocasiones, la riqueza oculta y acumulada para el pago de sobornos llega a constituir un elemento de "negociación legislativa", destinada a promover la aprobación de normas programáticas, poco precisas, susceptibles de ser luego desarrolladas con facilidad por el Poder Ejecutivo mediante formas de actuación administrativa tendentes a favorecer a unos pocos.

Las connotaciones políticas que puede alcanzar el fenómeno hacen que se generalice el reproche social respecto de los corruptos, manteniéndose durante mucho tiempo el desprestigio, no ya de las personas sino del sistema en su conjunto.

B. Efectos económicos

Se ha destacado el papel que puede jugar el fenómeno en los países subdesarrollados o en los de economía dirigida, en los que el soborno puede ser el "lubricante" necesario para accionar ciertos mecanismos de progreso. Los ciudadanos precisan servicios públicos, pero no están siendo satisfechos por causa de los criterios de distribución fijado con carácter general por los poderes públicos. En tales casos, el particular emplea el soborno como incentivo que anima al funcionario a realizar una prestación que excede de la regla general.

Sin embargo, los efectos favorables que puede generar el soborno a muy corto plazo contrastan con las graves consecuencias que, a juicio de los expertos, produce en la economía nacional y, en última instancia, sobre la de los particulares. Porque justamente en un funcionamiento netamente con proyección al futuro, lo que la corrupción hace es alejar la inversión privada, en el entendido de que los "futuros inversionistas" no quieren involucrar "sus dineros" en países con alto índices de corrupción en sus instituciones.

La corrupción puede constituir un medio idóneo para determinar la decisión de quienes tienen la potestad para la realización de obras o servicios públicos, suprimiendo el libre juego de la oferta y de la demanda en perjuicio de la leal competencia de los intereses generales.

C. Efectos sociales

Las consecuencias sociales que acarrea este problema es un tema de suma importancia que hay que considerar en el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción y Ética Ciudadana, en el sentido de que el flagelo acentúa las diferencias sociales al limitar el papel del Estado como mediador de las demandas de los distintos grupos sociales. Las clases populares o marginales se ven sometidas a un proceso de exclusión social y político, ya que la corrupción los aleja del sistema formal y los obliga a acceder de manera informal a sus medio de subsistencia.

7. ÁMBITOS DE LA CORRUPCIÓN

El mundo en que vivimos es sin igual, aterrador,

mil trescientos millones de personas en extrema pobreza con un promedio de ingreso inferior a un dólar; la vida oscila entre la integridad y la corrupción, ya que la fuerza que mueve el mundo es el dinero y poder; el que ofrece y recibe, el que la fuerza que mueve el mundo es el dinero y poder; el que ofrece y recibe, el que pide y le que da, el enemigo une al hombre y compromete a la sociedad, y en este contexto la corrupción es una especie de ave de rapiña. La corrupción se ha convertido en parte integral de la vida cotidiana, se puede controlar la corrupción mediante la cooperación internacional, medidas rigurosas que tomen los gobiernos y la sociedad civil y que debe divulgarse en el ámbito mundial acordes con el fenómeno de la globalización. La corrupción implica elementos delictivos y en estos tiempos modernos hay una tendencia creciente y con la globalización de la economía y los mercados crece la corrupción. Hay mucha corrupción en todas partes y causa problemas de desarrollo y es síntoma de estados e instituciones débiles y como principal prioridad para combatirla, hay que limpiar la propia casa, aceitar las ruedas para que camine el carro para una positiva lucha contra la corrupción. El que va ha corromper debe de pasar mucho tiempo con la burocracia y mayormente la corrupción está en el sector publico como son aduanas, Poder Judicial entre otros. La corrupción es la enfermedad de la sociedad civil; cada estado debe fortalecer su política de anticorrupción; la sociedad requiere de un ambiente limpio. Por otro lado el Juez es operador del sistema justicia agente de desarrollo económico; hay que hacer esfuerzos por mejorar el sistema judicial pues la democracia es un privilegio que respeta la justicia, se debe usar la equidad tratándose de reos en cárcel por que las penas duras no son el remedio. Debe hacer participación ciudadana para echar del cargo a los gobiernos corruptos, porque hay países ricos y países pobres; la pobreza hace que los países ricos controlen a los países pobres; la ética tiene que cumplir un rol esencial. La lucha a la corrupción es tarea de todos; hasta de la iglesia. La lucha empieza en casa con valores morales; el ser humano se convierte en arbitro de su propia conducta, pues la batalla a la corrupción resulta larga y dura.

Lo esencial de esta lucha es la prevención, antes que el castigo y la consecuencias, pues primero hay que prevenir antes que sancionar. En este pro-

pósito hay que acorrallar y rodear a la corrupción y combatirla desde las raíces extirpando este mal que tanto daño hace a la sociedad, esta lucha debe ser frontal con apoyo de la cooperación internacional, debe haber voluntad declarada de acabarla.

Aunque se afirma que si la corrupción es un acto humano jamás desaparecerá, hay que reducirla a su mínima expresión, toda la sociedad debe ponerse de acuerdo en la lucha frontal.

Un martillazo en el dedo duele - después pasa el dolor - y nos preguntamos ¿por qué dolió?: la persecución de la corrupción debe responder a un objetivo, a un diseño y perseguir requiere un plan preventivo técnico; en la corrupción mayormente no hay denunciante ya que el corrupto saca provecho de la debilidad de otras personas, pues se debe plantar el diseño de un estrategia, por otro lado, siempre hay intocables. Impunes por él vínculo del dinero y el poder, pues no hay espacio para la ingenuidad, la delincuencia campea y no sólo en un sector social.

Desde el campo de la ética debe lograrse conductas libres, debe acudir al sistema educativo para buscar apoyo, la sociedad tiene que asegurar mecanismos de control. Las coimas resquebrajan la moral publica, el testigo se convierte en cómplice frente a los otros elementos: corrupto y corrompido. Se debe vigorizar a las instituciones, ya que cuando mayor nivel de corrupción menor nivel de crecimiento; los hombres de negocios son pesimistas y surge el conflicto entre la ética y el negocio; la ética en los negocios es una conducta conforme a lo que es la persona humana; hay que convertir los ciudadanos pasivos en activos;

Hya que considerar la oportunidad, la impunidad sin sanción social, la selección de empleados honestos capaces, sistemas de castigos, ya que hay ricos corruptos y pobres honestos, hay que tener

un mejor sistema de información, minimizar la burocracia, contar con líderes en la lucha; ya que si se guarda silencio hay complicidad.

II Parte. La Década nefasta.

10. BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA LOBO, Mario Iván. *No más Corrupción.* Ediciones jurídicas, G. Ibáñez, 2005. Colombia.

GARCÍA ALONSO, Luz. *Ética o Filosofía moral* Editorial Trillas, 2000. España.

GARZÓN, Baltasar. *Un mundo sin miedo.* Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 2005.

GONZALES, Joaquín. *Corrupción y Justicia Democrática.* Ediciones Polígono Igarza. Madrid. 2000.

IBARRA BARRÓN, Carlos. *Ética.* Guía de Estudios Pearson. México. 2002.

JOLY, Eva. *Impunidad, La Corrupción en las entrañas del Poder.* Ediciones Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2003.

LASCOURMES, Pierre. *Corrupción. El poder frente a la Ética.* Ediciones Bellaterra. España. 2000.

PEÑA K., Saúl. *Psicoanálisis de la Corrupción.* Ediciones Políticas y Ética en el Perú Corrupto Nacional. Lima. 2002.

PÉREZ VARELA, Víctor Manuel. *Deontología Jurídica.* Oxford University Press, 2002. México.

PORTOCARRERO S., Felipe. *El Pacto Infame.* Ediciones Red para el desarrollo de las Ciencias Sociales. Lima. 2005.

POVEDA PERDOMO, Alberto. *La Corrupción y el Régimen* Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá. 2000.

SALAS LÓPEZ, César. *El Sistema de la Corrupción al descubierto.* Lima. 2004.

UGARTECHE, Oscar. *Vicios Públicos, Poder y Corrupción,* Fondo de Cultura Económica. 2005. México.

VÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Francisco. *Ética.* Editorial Luis Vives. Zaragoza. 2002.

ZEGARRA, Luís Felipe. *La Economía de la Corrupción* Centro Investigaciones. U.P. Lima. 2003.

EL ABOGADO, LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y LA UNIVERSIDAD VINCULADOS CON LA ANTROPOGOGÍA, EL APRENDIZAJE SIGNIFICATIVO Y LA HOLOGOGÍA

Mario Guillermo Denegri Sosa *

« El presente trabajo de investigación básica pretende precisar la vinculación que existe entre la enseñanza del Derecho, los profesionales abogados y la Universidad, todo ello orientado en el proceso enseñanza aprendizaje (...)»

* Docente de la Universidad Privada de Tacna. Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales. Magister en Docencia Universitaria y Gestión Educativa. Doctorado en Derecho.

SUMARIO.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- PROBLEMA. III. CONTENIDO. 3.1 LA UNIVERSIDAD. 3.1.1. ETIMOLOGÍA. 3.1.2. CONCEPTO. 3.1.3 LA CONSTITUCIÓN Y LOS FINES DE LA UNIVERSIDAD. 3.1.4 LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. 3.2 LA ANTROPOGOGÍA. 3.2.1 ETIMOLOGÍA. 3.2.2. DEFINICIONES. 3.2.3 SUBDIVISIONES DE LA ANTROPOGOGÍA. 3.3. LA HOLOGOGÍA. 3.3.1. ETIMOLOGÍA. 3.3.2 CONCEPTO. 3.3.3. ETAPA HOLÍSTICA. 3.4 LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. 3.4.1 ETIMOLOGIA. 3.4.2 ENSEÑANZA DEL DERECHO Y PEDAGOGÍA JURÍDICA. 3.4.3 EL MAESTRO DE DERECHO. 3.4.3.1 EL JURISCONSULTO. 3.4.3.2 EL ABOGADO. 3.4.3.3 EL MAESTRO DE DERECHO. 3.4.3.4 EL JUEZ. 3.4.4 LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA. 3.5 EL ABOGADO. 3.5.1 ETIMOLOGÍA. 3.5.2 CONCEPTO. IV.- SOLUCIONES. V.- CONCLUSIONES Y/O SUGERENCIAS.

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación básica pretende precisar la vinculación que existe entre la enseñanza del Derecho, los profesionales abogados y la Universidad, todo ello orientado en el proceso enseñanza aprendizaje a favor de los señores estudiantes, buscando la calidad de información y formación profesional en los diversos cursos de pre grado en las escuelas profesionales de Derecho.

El trabajo está compuesto por el problema o problemas que se presentan en la realidad universitaria, el desarrollo o contenido sobre universidad, abogado, antropogogía, aprendizaje significativo y hologogía, las soluciones al problema y conclusiones y sugerencias del trabajo, asimismo la bibliografía o web grafía utilizada, en el pie de página.

II.- PROBLEMA

De la verificación y análisis de la realidad del sistema universitario y básicamente de la enseñanza y formación de profesionales en el Derecho, es decir de profesionales abogados, nos hacemos

las siguientes interrogantes, con la finalidad de contribuir a una evaluación y autoevaluación del proceso enseñanza aprendizaje en las facultades de Derecho.

Las preguntas significativas son:

==> ¿Qué se requiere para que la Universidad forme profesionales en el Derecho de alta calidad académica y científica?

==> ¿Cómo la Universidad puede contar con los profesionales suficientes para que puedan enseñar el Derecho?

==> ¿Los docentes universitarios de las facultades de Derecho o las escuelas profesionales de Derecho están debidamente capacitados y especializados para el proceso de enseñanza aprendizaje?

==> ¿Qué se necesita para que el proceso enseñanza aprendizaje sea eficaz y de calidad?

==> ¿Cómo lograr que los estudiantes universitarios tengan un aprendizaje significativo y de calidad?

==> ¿Es necesario que el estudiante de Derecho conozca cuáles son los roles del abogado en la sociedad nacional e internacional?

==> ¿El docente universitario de Derecho conoce los métodos, técnicas e instrumentos del proceso enseñanza aprendizaje?

==> ¿El estudiante universitario de Derecho conoce los métodos, técnicas e instrumentos del proceso enseñanza aprendizaje?

==> ¿Los estudiantes universitarios de Derecho deben de conocer las ciencias como la Antropogogía, y Antropogogía jurídica?

==> ¿Los docentes universitarios de Derecho deben de conocer ciencias como la Antropogogía y Antropogogía Jurídica?

==> ¿Los estudiantes universitarios de Derecho deben de conocer la Hologogía y Hologogía Jurídica?

==> ¿Los docentes universitarios de Derecho deben de conocer la Hologogía y Hologogía Jurídica?

==> ¿La enseñanza del Derecho o la Pedagogía Jurídica en las universidades debe de ser una educación permanente, de alta calidad y con un aprendizaje significativo para la vida profesional del abogado?

III.- CONTENIDO.

3.1 LA UNIVERSIDAD⁽¹⁾

3.1.1 ETIMOLOGÍA⁽²⁾

La palabra "Universidad" procede del latín UNIVERSITAS, nombre abstracto formado sobre el adjetivo UNIVERSUS-A-UM ("todo", "entero", "universal"), derivado a la vez de UNUS-A-UM ("uno").

Se denomina universidad⁽³⁾ (del latín universitas, -atis), al establecimiento o conjunto de unidades educacionales dedicadas a la enseñanza superior y la investigación. La universidad otorga grados académicos y títulos profesionales.

3.1.2 CONCEPTO.

Se conoce como Universidad⁽⁴⁾ al establecimiento educacional dedicado a la enseñanza superior y a la investigación de un tema particular, el cual además está facultado para entregar grados académicos y títulos profesionales.

Institución de enseñanza superior que comprende diversas facultades, y que confiere los grados académicos correspondientes. Según las épocas y países puede comprender colegios, institutos, departamentos, centros de investigación, escuelas profesionales, etc.

Edificio o conjunto de edificios destinado a las cátedras y oficinas de una universidad.

3.1.3 LA CONSTITUCIÓN Y LOS FINES DE LA UNIVERSIDAD⁽⁵⁾

El artículo 18° de la Constitución prescribe como fines de la educación universitaria los siguientes:

a) La formación profesional.

Consiste en la exposición de los fundamentos conceptuales y científicos atinentes a las distintas

(1) LEY UNIVERSITARIA N° 23733. Artículo 1.- Las Universidades están integradas por profesores, estudiantes y graduados. Se dedican al estudio, la investigación, la educación y la difusión del saber y la cultura, y a su extensión y proyección sociales. Tienen autonomía académica, económica, normativa y administrativa, dentro de la ley.

Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- b) Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericano y universal.
- d) Extender su acción y sus servicios a la comunidad, y promover su desarrollo integral, y
- e) Cumplir las demás atribuciones que les señalen la Constitución, la Ley y su Estatuto.

Artículo 3.- Las Universidades se rigen en su actividad por los siguientes principios:

- a) La búsqueda de la verdad, la afirmación de los valores y el servicio a la comunidad;
- b) El pluralismo y la libertad de pensamiento, de crítica, de expresión y de cátedra con lealtad a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente Universidad; y,
- c) El rechazo de toda forma de violencia, intolerancia, discriminación y dependencia.

Artículo 6.- Las Universidades son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares. Las primeras son personas jurídicas de derecho público interno y las segundas son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. El excedente que pudiere resultar al término de un ejercicio presupuestal anual, tratándose de universidades privadas, lo invierten en favor de la Institución y en becas para estudios. No puede ser distribuido entre sus miembros ni utilizado por ellos, directa ni indirectamente.

Los bienes de las Universidades que pongan fin a su actividad, serán adjudicados a otras Universidades para que continúen cumpliendo la misma finalidad educativa.

(2) http://personal.us.es/alporu/historia/universitas_termino.htm

(3) <http://es.wikipedia.org/wiki/Universidad>

(4) <http://www.definicionabc.com/general/universidad.php>

(5) <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.html>

y calificadas ramas del conocimiento humano, así como el desarrollo de las habilidades personales para su aplicación práctica.

Dicho proceso de preparación e inculcamiento de las bases teóricas y prácticas de las respectivas profesiones, implica también la actualización de los conocimientos de quienes las ejercen, a través de las actividades de postgrado.

b) La difusión cultural.

Se refiere a la diseminación de los aportes trascendentales del saber y la experiencia humana hacia la sociedad en un conjunto.

A través de esta suerte de "vaso comunicante" entre la universidad y la sociedad, se permite el acceso a la cultura de personas ajenas a los claustros universitarios, vía las actividades de proyección social.

c) La creación intelectual y artística.

Tiene que ver con la estimulación del poder forjador de ideas y conceptos, la capacidad de invención y los atributos imaginativos del espíritu humano.

En el primer caso, contribuye al avance del conocimiento a través del desarrollo de la ciencia. En el segundo caso, contribuye a la plasmación del goce espiritual a través de la comunión fecunda de los conocimientos, las emociones y los sentimientos humanos.

d) La investigación científica y tecnológica.

Se expresa en la promoción del progreso y desarrollo de los pueblos a través del conocimiento de la realidad y de las ideas; proponiéndose para tal efecto nuevas explicaciones sobre ellas.

Ello supone alentar las acciones de averiguación, indagación o descubrimiento en el ámbito de las ideas y la realidad; así como la aplicación de los conocimientos científicos a la praxis.

En el primer caso, contribuye a la consecución de nuevas interpretaciones sobre las ideas o la

sustantividad de todo aquello que circunda la existencia y la coexistencia humana.

En el segundo caso, coadyuva a la producción de bienes y servicios destinados a mejorar la vida cotidiana.

3.1.4 LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA⁽⁶⁾

La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución y las leyes. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes cinco planos:

Régimen normativo.

Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular, *per se*, la institución universitaria.

Régimen de gobierno.

Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir, *per se*, la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo.

Régimen académico.

Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria.

Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

Régimen administrativo.

Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.

Régimen económico.

Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así

(6) <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.html>

como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros.

3.2 LA ANTROPOGOGÍA.

La Antropogogía o educación permanente, está referida a la educación, proceso de desarrollo y maduración del ser humano, en sus diferentes etapas. Es por ello que la Antropogogía comprende diferentes ciencias.

"La Antropogogía es la ciencia y arte de instruir y educar permanentemente al hombre en cualquier período de su desarrollo psicobiológico en función de su vida cultural, ergológica y social".

3.2.1 ETIMOLOGÍA.

La Antropogogía que se deriva de las voces griegas:

Antropos = hombre y *hago* = guiar o conducir es decir, es la ciencia y arte de instruir y educar permanentemente al hombre en cualquier período de su desarrollo psicológico en función de su vida cultural, ecológica y social.

La Antropología comprende el estudio de la educación del niño, del adolescente y del adulto.

1. Paidología: es una ciencia que estudia la Paidagogía, la cual estudia la educación de niños en su etapa de preescolar de 3 hasta 6 años de edad y quienes la estudian son especialistas paidólogos.

2. Pedagogía: es la ciencia que estudia la pedagogía, que es una actividad de educar al niño y al adolescente en su etapa de educación básica, media diversificada; La cual es estudiada por especialistas pedagogos.

3. Andragología: es el estudio científico de la andragogía, que es una ciencia que aspira la superación de las personas adultas hasta la madurez, la cual tiene que ser estudiada por especialistas andragogos.

4. Gerontología: estudia la educación de adul-

tos en su tercera edad, que es, la de vejez, ancianidad desde los 65/70 años y más; tiene que ser estudiada por especialistas gerontólogos.

No debemos confundir Andragogía y Pedagogía aunque tienen los mismos fines, de ninguna manera pueden confundirse sus campos de acción.

La antropogogía⁽⁷⁾ es una teoría de la praxis educativa, referida a los sujetos, objetos, los medios y los fines de la construcción y deconstrucción de los aprendizajes de los seres humanos, por lo que se consideran las características de las personas objetivas (ónticidad) y de sus personalidades subjetivas (óntologicidad), a través de las distintas etapas de sus vidas.

El sentido etimológico del término, proviene de las raíces griegas: "*antropos*" que denota en sentido amplio: "ser humano" y "*ago*" que denota: "conducir"; por lo que integradamente denota: "la conducción del ser humano" o si se pluraliza: "la conducción de la humanidad".

Cabe destacar que el sentido originario griego de "antropos" (*anthorpos*), tiene la propiedad de denotar tanto lo masculino, como lo femenino.

3.2.2 DEFINICIÓN.

Una precisión del término la dio Félix Adam (1921-1991), cuando definió antropogogía como: "*La ciencia y el arte de instruir y educar permanentemente al hombre, en cualquier período de su desarrollo psico-biológico y en función de su vida natural, ergológica social*" (Adam, 1977).

K.D Benne (1981) por su parte, define contextualmente a la antropogogía como la facilitación del aprendizaje y a la reeducación de las personas de todas las edades, para consolidar una base adecuada para la supervivencia humana, destacando la importancia de dominar los procesos de razonamiento crítico e innovador, la capacidad de escuchar y de comunicarse con otros individuos que tengan puntos de vista conflictivos

(7) Citado en la página web: <http://antropogogia.zoomblog.com/cat/22351>

sobre el mundo y lo bueno, así como la posibilidad de aprender cómo aprender de lo nuevo, cuando se nos confronte con la novedad y la necesidad de adaptarnos a nivel personal y social.

K. D. Benne plantea la antropogogía, más bien como una estrategia para la supervivencia humana, señalando que los miembros de una sociedad que aprende, deben poseer la información y el conocimiento más válido que existe, pero esto no es suficiente para lograr la distensión creativa: los procesos de solución de conflictos deben aspirar no a la victoria nominal y pírrica de una facción o de una tradición sobre la otra, sino a convertir los intereses previamente en conflicto y bienes tradicionales, en nuevos patrones de conducta con los cuales los participantes se pueden identificar (Benne, 1995).

3.2.3 SUBDIVISIONES DE LA ANTROPOGOGÍA

La antropogogía como teoría general, puede subdividirse en las teorías agógicas particulares siguientes:

1. La pedagogía estudia la educación de los niños y las niñas, y puede ser dividida en pedagogía preoperativa (2-5 años) y pedagogía operativa (6 - 12 años).
2. La hebegogía estudia la educación del adolescente, que es período de la educación media con la maduración de procesos cognoscitivos complejos y desde el punto de vista biológico abarca la etapa de la pubertad.
3. La andraginecogogía, estudian la educación de las personas adultas, hombres y mujeres, hasta la madurez, subdividible a su vez en andraginecogogía temprana (entre los 20 y 40 años) y andraginecogogía intermedia (de los 40 a los 65 años).
4. La gerontogogía estudia la educación de adultos mayores o de edad adulta mayor (después de

los 65 años de edad).

3.3 LA HOLOGOGÍA⁽⁸⁾

3.3.1 ETIMOLOGÍA.

La voz griega holos se expresa en castellano como prefijo, hol u holo, y significa entero, completo, "todo"; indica también íntegro y organizado. Con holos se significa totalidad, relaciones, contexto o cualquier evento, aspecto, circunstancia, cualidad o cosa que en su momento esté siendo estudiado o tomado en cuenta, como "uno", como complejidad o como totalidad.

Es por ésto que es necesario profundizar en el concepto de hologogía (del griego holos, íntegro, entero, todo; y gogía-agein, conducción, formación).

3.3.2 CONCEPTO⁽⁹⁾

La hologogía viene a ser, entonces, el proceso educativo continuo, la praxis formativa que integra al ser humano en su perspectiva más amplia, pero que se expresa en la necesidad de diseñar una estructuración educativa armónica, que atiende a cada quien en su condición de infante, como también en su realidad de joven, o de adulto y, por supuesto, lo integren además en su senectud.

Un proceso formativo que justifique en todo momento y lugar, y según sean las condiciones, una comprensión del humano en su percepción antropológica, psicológica y social más amplia.

La hologogía, pues, está centrada en una visión universal de la persona, como ser en devenir, en evolución constante, en tránsito permanente, en realización pasada, presente y futura, en una actitud que reivindica lo fundamental de su naturaleza.

3.3.3 ETAPA HOLÍSTICA

El pensamiento holístico implica la actitud abierta a la historia, a los acontecimientos, a percibir contextos, ideas y situaciones dentro de múltiples

(8) Descriptores: Holística. Holismo. Globalidad. Holos. Totalidad.

(9) Citado en la página web www.monografias.com

relaciones. El pensamiento holístico es relacional: está en posibilidad de integrar experiencias, relacionar conocimientos, vincular acciones, dimensiones, interpretaciones, inferencias, con trasfondos de posibilidades abiertas.

El pensamiento holístico pareciera caótico: está en permanente indagación, está abierto a la comprensión, está orientado hacia variadas interpretaciones y dispuesto a apreciar posibilidades, a percibir diferentes maneras de entender, de percibir el ser y las cosas. El caos se entiende como posibilidades abiertas, el contexto y la circunstancia metahistórica en el cual se pueden entender las cosas y en donde abstracción, realidades y procesos se relacionan.

Por eso el pensamiento holístico conduce a percibir los eventos con amplitud, con apertura, pues interpreta que la realidad es una y es compleja, es una pero múltiple, es el aquí y el ahora pero tiene una filiación histórica sorprendente: alude a lo pretérito pero avisa, a su vez, los tiempos por venir, y es trascendente.

3.4 ENSEÑANZA DEL DERECHO⁽¹⁰⁾

3.4.1 ETIMOLOGÍA.

La palabra pedagogía proviene del griego. Ciencia que se ocupa de la Educación y la Enseñanza.⁽¹¹⁾

La palabra educación proviene del latín. Crianza, enseñanza y doctrina que se da a los niños y a los jóvenes.

Instrucción que se da a los jóvenes por la acción docente.

La palabra enseñanza proviene del verbo enseñar, el cual proviene del latín. Sistema y método de dar instrucción.

Conjunto de conocimientos, principios, ideas, etc., que se enseñan a otro.⁽¹²⁾

Es decir, la Pedagogía se ocupa de la educación y la enseñanza, o dicho de otra manera la Pedagogía comprende la educación y la enseñanza, siendo el esquema el siguiente:

Por tanto, la jerarquía entre la labor del pedagogo, el educador y el que enseña, sería la siguiente:



Es decir, la mayor jerarquía la ostenta el pedagogo (respecto del educador y del que enseña), seguido por el Educador y en tercer lugar el que Enseña.



3.4.2 ENSEÑANZA DEL DERECHO Y PEDAGOGÍA JURÍDICA

" LA ENSEÑANZA DE DERECHO.

" PEDAGOGÍA JURÍDICA.

Los dos temas indicados aparentemente se refieren al mismo tema, sin embargo, no es así sino de la siguiente manera:

La Pedagogía Jurídica.- se refiere a:

" La Educación Jurídica.- referida a la formación profesional.

" La Enseñanza del Derecho.- referida a la transmisión de conocimientos.

La enseñanza de Derecho.- es una parte de la Pedagogía jurídica, es decir, la Pedagogía Jurídica es más amplia, y la enseñanza del Derecho, es

(10) Citado en la pagina web www.monografias.com por Fernando Jesús Torres Manrique

(11) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Pag. 1556.

(12) Ibid. Tomo I. Pag. 845.

más reducida.

3.4.3 EL MAESTRO DE DERECHO

El maestro de derecho tiene especial importancia en la enseñanza del derecho, por tanto, haremos referencia al mismo dentro de la tipología del jurista de Ignacio Burgoa, conforme a la cual existen cuatro tipos de juristas,⁽¹³⁾ que son los siguientes:

==> JURISCONSULTO.

==> EL ABOGADO.

==> EL MAESTRO DE DERECHO. (EL ACADEMICO DEL DERECHO)

==> EL JUEZ.

3.4.3.1 EL JURISCONSULTO⁽¹⁴⁾.- El concepto de jurisconsulto equivale al de jurisprudente, pues ambos denotan sabiduría del derecho o jurisprudencia. "Prudente" y "consulto" son sinónimos de sabio docto, entendido o maestro en la ciencia jurídica. Al jurisconsulto le incumbe la importante tarea no sólo de opinar sobre proyecto de leyes, sino de elaborarlos.

La ley es una obra de arte y su elaboración debe obedecer al concienzudo estudio sobre la materia que deba normar y a la estructura lógica de sus disposiciones. La confección de una ley no debe ser el resultado de la improvisación, de la ignorancia, o de la falta de metodología jurídica, por tanto, las buenas leyes son obra de los jurisconsultos, en cambio las malas leyes, contradictorias, vagas y confusas, provienen de criterios excesivamente especializados, que aunque conozcan el árbol, su estrecho campo epistemológico les impide ver el bosque.

3.4.3.2 EL ABOGADO.- El abogado debe ser sapiente del derecho, se vale de su sabiduría para patrocinar, dirigir o asesorar a una de las partes contendientes en un litigio. Litigar implica contender, disputar, pleitear o seguir un pleito. También puede desempeñarse como consejero jurídico. El abogado no debe confundirse con el li-

enciado en Derecho, éste último está autorizado a ejercer la profesión de abogado, mientras que el abogado es el que ejerce permanentemente la Abogacía.

La profesión de abogado es la que necesita el mayor cúmulo de conocimientos, es decir, no basta ser un buen legista.⁽¹⁵⁾

Sin la vocación amorosa no puede concebirse al auténtico y verdadero abogado. Pero la vocación por sí sola no hace al abogado. Este debe tener talento jurídico que es la predisposición natural de la inteligencia hacia el Derecho.⁽¹⁶⁾ Es la libertad profesional la que puede hacer grande al abogado.

3.4.3.3 EL MAESTRO DE DERECHO.- El maestro de derecho (*magister juris*) debe ser jurisprudente, ya que no es posible transmitir conocimientos que no se tengan. *Nemo docet quod non sciet* (nadie enseña lo que no sabe).⁽¹⁷⁾

La misión del *magister juris* se realiza en dos ámbitos diferentes pero complementarios:

1) LA ENSEÑANZA.

2) LA EDUCACIÓN JURÍDICA.

La enseñanza consiste en la transmisión de conocimientos sobre el Derecho, pero como el campo epistemológico de esta ciencia cultural es muy vasto, es casi imposible abarcarla en su integridad con la profundidad, excelencia y extensión que requiere el tratamiento exhaustivo de todos sus múltiples ramas. Esta imposibilidad ha impuesto la necesidad académica que el maestro de derecho se especialice en determinadas áreas de enseñanza integradas por materias afines y sucedáneas, por tanto, el jurisprudente debe ser un jurisprudente especializado, sin que esta exigencia implique que deba desconocer las disciplinas que pertenezcan a áreas distintas de la que comprenda su especialización, puesto que el derecho es un todo cuyas partes están estrecha-

(13) Burgoa Orihuela, Ignacio. El Jurista y el Simulador de Derecho. Pag. 9 y 41.

(14) Para Raúl Chanamé Orbe el Jurisconsulto es: "El que posee una reconocida condición en derecho, y escribe textos de la materia" (Diccionario Jurídico Moderno. Raúl Chanamé Orbe. Pag. 253).

(15) El legista "es el versado en leyes" (Diccionario Jurídico Moderno. Raúl Chanamé Orbe. Pag. 271).

(16) Burgoa Orihuela, Ignacio. Ob cit. Pag. 50.

(17) Burgoa Orihuela, Ignacio. Ob cit. Pag. 60.

mente interrelacionadas y respectivo conocimiento es eminentemente interdisciplinario.

El *magister juris* no debe contraerse a repetir y comentar los ordenamientos legales positivos, sino exponer, en su dimensión histórica, sociológica y filosófica, principalmente las instituciones jurídicas, sin cumplir esta obligación académica no puede hablarse de un auténtico maestro de Derecho, y para merecer esta elevada distinción, debe estudiar permanentemente a efecto de ampliar, profundizar y actualizar sus conocimientos jurídicos. Conforme lo precisado por Eduardo Couture:

"Estudia. El Derecho se transforma constantemente; si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado".

Es decir, "menos maestro".

La enseñanza del Derecho se imparte en la conferencia, en la exposición de clase y en la obra escrita, y comprende dos partes, que son las siguientes:

- 1) LA DOCENCIA.
- 2) LA INVESTIGACIÓN.

Han existido insignes maestros, que prodigaron sus vastos y valiosos conocimientos en lecciones orales. Sus enseñanzas, aprovechadas por sus alumnos directos de varias generaciones, desgraciadamente se desvanecen con el tiempo y su recuerdo paulatinamente también se disipa.

El maestro de Derecho debe ser docente e investigador, sólo así sus enseñanzas pueden trascender a muchas generaciones de estudiantes y su pensamiento figurar siempre en la conciencia de los juristas como índice de consulta o evocación crítica, además el *magister juris* debe ser un expositor ameno, para evitar el tedio y la distracción de sus alumnos. Esto puede lograrse a través de:

- 1) LA REFERENCIA HISTÓRICA.
- 2) LA REFLEXIÓN FILOSÓFICA.
- 3) SIN DEJAR DE RECURRIR A LA ANÉCDOTA.

Sin tomar en cuenta lo indicado anteriormente, la exposición y planteamientos en cualquier cur-

so son susceptibles de provocar:

- 1) EL ABURRIMIENTO DEL ALUMNADO
- 2) DISMINUCIÓN DEL APRENDIZAJE.

El que proceda incurriendo en estos errores está muy lejos de ser maestro de derecho.

La enseñanza del derecho debe excluir el viejo, obsoleto y carcomido principio antipedagógico del "*magister dixit*", refractario crítico que debe entablarse entre el profesor y el alumno. Este diálogo es uno de los vehículos más eficaces para lograr la excelencia académica cuando se sustenta sobre bases culturales y con respetabilidad mutua. Cuando el *magister juris* escucha las dudas, las observaciones y las objeciones del alumno acerca de cualquier tópico que aborde el expositor contribuye a perfeccionar la enseñanza del derecho y a resaltar una de las cualidades que debe tener su profesante: la honestidad intelectual, que implica:

- 1) EL RECONOCIMIENTO DE LOS PROPIOS ERRORES.
- 2) LA CONSIGUIENTE RECTIFICACIÓN DEL PROPIO PENSAMIENTO

El que no es intelectualmente honesto o es un necio o es un pedante, defectos reñidos con la condición magisterial.

Educación.- Entraña la conducción del alumno hacia los valores del espíritu que concurren en la axiología jurídica, llevarlo más allá de casuística y proyectarlo a espacios ultra legales para tratar de modelar su mentalidad. La educación es el cultivo de esos valores entre los que destacan la justicia y la libertad, y que rebasan los límites del utilitarismo jurídico y de la especialización prematura.

Pero cómo hay que enseñarle vida al alumno, al hijo, al ser amado, no hay otra forma, sino vivir con él, vivir con ellos, pero cómo convivir con los que se resisten, con los que quieren vivir a solas, y hay forma acaso de enseñarle al alumno a vivir el derecho.

El *magister juris* debe tener fe ardiente e intenso amor por el Derecho y sus valores humanos para contagiar con estos sentimientos a sus alumnos, para ello se necesita emotividad, pasión y vehe-

mencia con que debe inflamar sus exposiciones. Carrancá precisa que el abogado hábil, nada más que hábil, carece de dimensión para ocupar la cátedra, la ocupa el que piensa con todas las fibras de su ser, el que se exalta, no es *magister juris* el pusilánime ni el tranquilo, por que una cosa es la exposición serena, a veces llena de gracia interior y otra el volcán que hace fuego, que remueve las pasiones adormiladas de sus alumnos, y les descubre el velo de la vida, una clase es muy poco, ya que el *magister juris* no es como el actor sino como el gran actor, que vive el papel y se transforma en su personaje, no se debe abandonar nunca la idea de imbuirle vida, de hacerlo vivir.

El *magister juris* debe ser auténtico, y los hipócritas o falsos e indignos de confianza son los que traicionan en su conducta externa lo que pregonan en la conferencia, en la clase o en la obra escrita, causando grave daño moral a sus alumnos y así mismos.

El *magister juris* debe tener autenticidad magisterial. Por ejemplo Sócrates vivió sus enseñanzas cívicas, morales y religiosas hasta su muerte y jamás abjuró de sus ideas y por ello fue condenado a beber la cicuta. Lejos de arrepentirse ante el Tribunal que lo sentenció reafirmó su verdad que fue su única pauta de su vida terrenal.

El pusilánime, el timorato y el que carece de convicciones firmes es susceptible de convertirse en hipócrita y falso. El profesor que adolece de estas lacras no puede considerarse verdadero *magister juris*, ya que bajo la presión de tales vicios, tiende a engañar a sus alumnos o a rehuir toda polémica, so pena de perder la posición política, económica o burocrática en que se encuentre.

Por ello se torna complaciente y porfía en no tener nunca adversarios que lo pongan en riesgo de "caer en desgracia". Es decir, el político es un sujeto que deshonor la excelsa condición de maestro de Derecho confinándose en su mediocridad.

El catedrático debe ser abierto, debe desnudarse intelectualmente, por tanto, el político no puede ser maestro, ya que el político debe ser discreto, y debe decir sólo lo que le conviene decir, el po-

lítico metido a profesor universitario, por más brillante que sea, será un docente que no se entregue integramente, defraudando así a sus alumnos.

El político y el maestro de derecho pueden ser personas cultas y excelentes expositores, pero el posible desagrado, impide al político desempeñarse cabalmente como catedrático, ya que para él es más importante la cautela que la veracidad y la autenticidad que requiere el *magister juris*. El espíritu crítico debe tener su noble misión, lo que no puede hacer por que un político normalmente se inclina a conservar su situación burocrática.

3.4.3.4 EL JUEZ.- El Juez es una de las mas excelsas aspiraciones de todos los pueblos del mundo, ha sido la realización de la justicia como fin trascendental del derecho. Antes de la aparición histórica del jurisprudente, jurisconsulto y abogado, en varios pueblos del orbe tuvo su presencia el Juez como delegado del monarca, e incluso de Dios, así se crearon los tribunales que en nombre del soberano o de la divinidad debían desempeñar tan importante tarea social.

La función social más relevante y trascendental ha sido la administración de justicia, ha sido el personaje público más antiguo de la historia de la humanidad, la justicia ha sido la más grande de todas las virtudes.

El valor justicia es una vivencia anímica, y describe como una estrella inalcanzable en el firmamento de su vida, pero sin cuya luz ningún pueblo puede vivir tranquilo y en paz. Ese sentido ha divinizado a la justicia en míticos personajes como Themis, Diké, o Némesis. El juez no administra justicia, su deber consiste en aplicar el derecho, diciéndolo al dirimir las controversias que las partes contendientes en un litigio le plantean, y decir el derecho no es hacer justicia sino acatar sus normas que pueden ser justas o injustas, no hay cortes de justicia, sino cortes de derecho. El Juez debe juzgar *secundum leges*, es decir, conforme a las leyes.

3.4. 3 LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

La enseñanza del Derecho se descompone en dos partes que son las siguientes:

" LA DOCENCIA.

" LA INVESTIGACIÓN.

Por tanto queremos hacer referencia a la Investigación Jurídica, la cual es de dos tipos:

" DOGMÁTICA.

" EMPÍRICA

La investigación dogmática o teórica, es la más usual, en cambio la investigación empírica se encuentra muy poco desarrollada en nuestro medio y se refiere básicamente al trabajo de campo, en la que se utilizan las siguientes técnicas:

- 1) Entrevista.
- 2) Cuestionario.
- 3) Observación.
- 4) Estadísticas.

3.5 EL ABOGADO.

El perfil profesional de un abogado probo, con una sólida formación, enmarcada dentro de valores éticos y morales. La función social del abogado en la solución de los conflictos en forma oportuna y con eficacia para su cumplimiento.

3.5.1 ETIMOLOGÍA⁽¹⁸⁾

Proviene de la voz latina *advocatus* formada por la partícula *ad*, a o para; y del participio *vocatus*, llamado; consecuentemente la acepción etimológica es "el llamado a o para"; esto en razón de que los abogados desde sus orígenes son los llamados por los litigantes para que asesoren o actúen por ellos en la solución de sus conflictos o contiendas judiciales.

3.5.2 CONCEPTO⁽¹⁹⁾

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la abogacía es la profesión cuyo ejercicio es de abogar, que significa "defender en juicio por escrito o de palabra"; el abogado es el perito en Derecho que se dedica a asesorar o defender en

juicio los derechos e intereses de los litigantes, así como a emitir dictámenes relativos a los asuntos legales que se les consulta o encomienda.

El abogado es aquél que posee un título universitario de licenciado en Derecho (no en el Perú). El título acredita el conocimiento y la experiencia necesarios para ejercer la profesión del Derecho, sin perjuicio de la obligación de colegiarse y someterse a la jurisdicción disciplinaria del Colegio de Abogados de su jurisdicción o localidad.

Un abogado es aquella persona, licenciada en derecho e inscrita en un Colegio de Abogados, que ejerce profesionalmente el asesoramiento y consejo en materia legal así como la dirección y defensa de las partes en juicio y toda clase de procesos judiciales y administrativos, ante la administración pública, o la administración privada, el Poder Judicial, el Ministerio Público o cualquier institución pública en donde se desarrollen procesos o procedimientos.

Los abogados son los principales cooperadores o agentes que intervienen en el rol de administrar justicia por parte de los magistrados.

El abogado al ser un profesional específicamente preparado y especializado en cuestiones legales y jurídicas, es la única persona o profesional que puede ofrecer un enfoque adecuado del problema que tiene el ciudadano o 'justiciable', ante el Órgano Jurisdiccional o la Administración pública.

Debe destacarse que además de su intervención en juicio, una función básica y principal del abogado es la preventiva. Con asesoramiento, una correcta redacción de los contratos y documentos, escritos, recursos etc, se evitan conflictos, de forma que el abogado, más que para los pleitos o juicios, sirve para no llegar a ellos, o resolverlos rápidamente.

Existen varias definiciones y atributos que se han dado a los abogados:⁽²⁰⁾

(18) Artículo publicado por Juan Guzmán Rodríguez, Profesor de Derecho Procesal Civil. Universidad Nacional de San Agustín

(19) Artículo publicado por Juan Guzmán Rodríguez, Profesor de Derecho Procesal Civil. Universidad Nacional de San Agustín

(20) Artículo publicado por Juan Guzmán Rodríguez, Profesor de Derecho Procesal Civil. Universidad Nacional de San Agustín

" Denisart manifiesta que *"el abogado es un hombre que se entrega al estudio de las leyes, para que con sus luces ayude a las personas que recurren a él para defender sus derechos"*.

" Parry indica *"de todas las carreras es sin duda la abogacía la que mayor número de conocimientos necesita, la cultura más amplia y recia, es la que mayor y más amplio estudio requiere; para ser buen abogado no basta ser un buen legista"*.

" Hamburger asevera que el *"abogado es un apasionado de la libertad dentro del respeto recíproco a las tendencias y a las convicciones más opuestas"*. Campillo manifiesta que *"la vocación del abogado debe ser luchar por los valores que deseamos realizar, con espíritu de servicio a los demás y con deseo de contribuir a realizar la justicia y los otros valores del derecho; por lo que el abogado debe ser un hombre perfecto, probo, prudente, con sentido humano, veraz, firme, dinámico, tenaz, culto, con capacidad de raciocinio lógico, persuasivo, desinteresado, idealista, diligente, ordenado, lleno de sentido de dignidad y decoro"*. Luego añade que *"debe tener un profundo sentido humanitario, es un médico del alma; debe luchar porque ningún hombre oprima a otro y porque exista un orden que haga posible que cada uno, pueda realizarse plenamente como hombre"*.

" Kant decía: *"Los hombres tienen dignidad y las cosas tienen precio, los abogados deben tener siempre la más elevada conciencia de su dignidad"*.

" Morris opina que *"el abogado debe buscar la justicia, el orden, la seguridad, la libertad y la paz para servir al perfeccionamiento y realización del hombre en toda su plenitud e integridad"*.

" Bielsa expresa que *"la abogacía es un sacerdocio que se mide por su talento y su moral"*. Osorio señala que *"la rectitud de la conciencia del abogado es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos"*.

" Jiménez de Asúa dice que *"la conducta moral*

es la primera condición para ejercer la abogacía".

Amén de los citados, existen muchos más que definen y resaltan las cualidades y condiciones que debe reunir un abogado para lograr cumplir con la sagrada misión que tiene, pues de lo contrario serían cómplices de la injusticia y del fraude; y además deben velar porque la justicia sea pronta, eficaz, duradera y armónica, para lograr la paz social como fin supremo.

El abogado,⁽²¹⁾ cualquiera sea el ámbito o función que desempeñe (litigante, asesor, docente, funcionario público, juez, fiscal, árbitro, congresista, gerente, periodista, etcétera), está comprendido en el ámbito de la ética profesional.

No hay buenos estudiantes universitarios si no hay enseñanza de calidad e investigación.

No hay buenos profesionales si no hay buenos docentes.

La Universidad debe invertir en la formación de docentes capacitados ética y profesionalmente. Deben colaborar a ello los colegios profesionales.

Si no hay docentes capacitados y acreditados, el Estado no debería autorizar la habilitación de estudios de abogacía que no han de contribuir a superar la situación problemática del país y de la sociedad.

Los maestros deben reconocer que no basta ser grandes doctrinarios: deben enseñar a enseñar. No es una cuestión de normas sino de hombres... y de cultura.

Se debe de rescatar hacia el estudiante:

PEA = PROCESO ENSEÑANZA APRENDIZAJE

(21) Citado en la página web: <http://www.indianajustice.org/>

El docente universitario debe tener presente:



El Abogado del siglo XXI⁽²²⁾ debe tener ciertas cualidades: capacidad negociadora, equidad, ecuanimidad; en consecuencia, los abogados deberán tener conocimientos de mediación, conciliación e incluso ser una especie de psicólogos y sociólogos, todo esto con la finalidad de evitar largos procesos legales que distan completamente de la rapidez y agilidad que demandan, actualmente, las relaciones comerciales y en general, las relaciones jurídicas de la sociedad.

IV.- SOLUCIONES.

La solución al problema de la enseñanza del Derecho se puede resolver con la aplicación, utilización e implementación de:

- ==> La Autoevaluación Universitaria, en todos sus niveles, buscando la unidad institucional y cohesionando el trabajo en equipo hacia un solo objetivo institucional universitario, y no aislado.
- ==> La Acreditación de las carreras profesionales de Derecho, debiendo los currículos estar adaptados a las nuevas exigencias de la globalización y era del conocimiento.
- ==> Difundir e implementar los estándares para la autoevaluación con fines de acreditación de las facultades de Derecho, elaborado por la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), elaborar planes de mejora con los estándares nacionales e internacionales.
- ==> La capacitación de los académicos o Docentes en TICs, Aula Virtual, Metodología

de enseñanza, Didáctica, Pedagogía, sistemas de evaluación, etc. Ordinización de docentes, creación de mesas de estudio y diálogo entre docentes.

- ==> La capacitación docente al más alto nivel.
- ==> La evaluación y promoción docente.
- ==> El fomento de la investigación científica, y la derogatoria del Bachillerato Automático.
- ==> Los sistemas administrativos y de gestión universitarios se adapten a las nuevas condiciones de trabajo y de la nueva tecnología.
- ==> El conocimiento de aprendizaje significativo, y holístico.
- ==> El conocimiento de Antropología.
- ==> El conocimiento y aplicación de métodos, Técnicas e Instrumentos de enseñanza universitaria por parte de los docentes.
- ==> El conocimiento y aplicación de métodos, técnicas e instrumentos de aprendizaje universitario por parte de los estudiantes, buscando que los estudiantes de Derecho desarrollen lo que se denomina destreza legal en la solución de problemas socio jurídico y/o jurídico; asimismo la enseñanza práctica del Derecho que se plasme en aprender con la práctica forense y que no solo se convierta en un "copy".
- ==> Conocimiento y aplicación de métodos, técnicas e instrumentos para captar y procesar información y conocimiento científico.
- ==> La enseñanza del Derecho no debe de limitarse a la enseñanza de normas legales o el denominado Derecho Positivo o De-

(22) Citado en la pagina web: <http://filosofiyderecho.blogia.com/2004/111801-el-abogado-en-el-siglo-xxi.php>

recho escrito, sino que también debe de incluir los valores y la conducta humana, ya que el derecho comprende: la conducta humana, los valores y normas legales (teoría tridimensional del derecho). La implementación es urgente.

==> La enseñanza real del Derecho comprende: La docencia y la INVESTIGACIÓN, pero muchas veces esta última no se ejecuta o práctica. La investigación es indispensable.

==> Es muy importante la Pedagogía Jurídica y se divide en educación jurídica que trae consigo la formación con valores y virtudes, y la enseñanza de Derecho que consiste en la transmisión de conocimientos jurídicos y científicos; en el Perú la Pedagogía Jurídica está centrada en la enseñanza de Derecho y se descuida casi por completo la Educación jurídica, que es de mayor importancia que la enseñanza de Derecho, y a vez se pretende suplir con un

curso de Deontología Jurídica.

==> El maestro de Derecho es un jurista, al igual que el jurisconsulto, el abogado y el Juez, asesor jurídico, o académico del Derecho.

V.- CONCLUSIONES Y/O SUGERENCIAS.

En conclusión se han observado, precisado, determinado y probado diversos problemas que trae consigo la desvinculación de la profesión de abogado, la enseñanza del derecho y la universidad, vale decir existe un divorcio entre esta trilogía, de otro lado estos tres pilares deben de cohesionarse con la antropogogía, el aprendizaje significativo y la hologogía, todo ello con fines de calidad total en la educación universitaria.

Por lo tanto, se sugiere urgentemente la implementación de las soluciones tendientes a superar defectos y vacíos en la ejecución de la labor de docencia universitaria a nivel de las ESCUELAS PROFESIONALES DE DERECHO.

LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA COMO MEDIOS DE CONTROL SOCIAL DEL DELITO Y DERECHO PREVENTIVO

Manuel Flores Chara

« (...) creemos que antes de castigar al hombre, se le debe «educar y cultivar», dentro del marco de la libertad y la razón, sólo así lograríamos disminuir el incremento delincuencia; en síntesis diríamos que la educación es la luz y la antorcha que ilumina la mente, la razón y el espíritu humano, que forma, reforma, socializa y resocializa al individuo de manera integral».

* Fiscal Provincial y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que apareció el hombre sobre la tierra vemos que, en su evolución y desarrollo histórico como ser social, inicialmente fue conformando la familia; así tenemos que en armonía con estas ideas, el gran filósofo francés **Juan Jacobo ROUSSEAU** manifiesta: «*La familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas*»,⁽¹⁾ luego surgieron los incipientes grupos sociales, apareciendo así la primitiva y precaria sociedad humana; pero, cuando éstas, se multiplicaron, el orden social y económico se volvió caótico e incontrolable⁽²⁾, pues como diría el pensador inglés **Thomas HOBBS** «El hombre tiene un natural anhelo de poder y de depredación sobre sus semejantes; **'el hombre es un lobo para el hombre'**. En este estado primitivo sin ley ni orden el ser humano vivía en una guerra de todos contra todos, una vida sórdida, salvaje y temerosa. La naturaleza humana hace imprescindible la ley y el orden encarnados en la autoridad ya sea de un rey, de un jefe o de un sacerdote», es así, que el ser humano se vio en la necesidad de crear el Derecho y organizándose jurídicamente dio nacimiento al Estado, para controlar el caos y lograr la paz social. Dentro de este contexto, desde el punto de vista penal, el Estado, así como la sociedad, para regular y controlar la conducta humana, mantener y garantizar el orden social, a fin de que los individuos se comporten de acuerdo a ciertos esquemas sociales, respetando los bienes jurídicos tutelados por el derecho, se vale mecanismos de control social. Aquí es importante resaltar lo que dice al respecto el jurista italiano **Cesare BECCARIA** «*Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad*». ⁽³⁾

2. CONTROL SOCIAL FORMAL E INFORMAL

En concordancia con lo anteriormente acotado, diremos que los medios de control social vienen a ser un conjunto de normas, medidas, prácticas, actitudes y valores, destinados a mantener el orden establecido en la comunidad, las que se realizan por medios coactivos o por medios racionales, que para su mejor comprensión podemos agrupar en dos formas: Una denominada **Control Social Formal**, las que se implementan por medio del Derecho, entendido como un conjunto de normas jurídicas, especialmente la Ley Penal y la consiguiente sanción mediante la imposición de la pena al infractor como último recurso o de estricta necesidad (*ultima ratio*); y otra llamada **Control Social Informal**, que son aquellos que no están institucionalizados por normas coactivas, como son: la educación, la cultura, los valores, medios de comunicación, la religión, la moral enmarcada dentro de la ética y otros mecanismos de regulación sociales.

2.1. Control Social Formal

El **Control Social Formal**, está constituido por el Derecho, destacándose fundamentalmente la ley penal como instrumento jurídico, que con lo enunciado de la pena, actúa como medio de control sobre el conjunto de la sociedad y el individuo en particular, pues la norma penal y consiguiente sanción cumplen dos fines: Una, que es la **Prevención General**, en este contexto el jurista alemán **Paul Johann Anselm FEUERBACH** afirma: «*la ley penal debe proteger a la sociedad mediante la disuasión de la delincuencia a través de la amenaza de sanciones y sólo debe castigar los crímenes que se han definido con exactitud por la ley*». ⁽⁴⁾ También es impor-

(1) ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. Pág. 169

(2) Disponible en: <http://sanguisleonisviridis.blogspot.com/2007/10/el-origen-del-estado.html>

(3) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Losada S.A. 4ta edición. Buenos Aires, 1964. Pág. 37.

(4) VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, 1775-1833, jurista alemán. Su trabajo fue en el campo del Derecho Penal. En su libro «*Critica de la ley natural*» (1796) sostuvo que la ley era el mandato positivo de la situación y no se debe confundirse con la moral natural. Los escritos de FEUERBACH le sirvieron para lograr puesto de docente en las universidades de Jena (1799), Kiel (1802), y LANDSHUT (1804). Y en el año de 1805 se incorporó al Ministerio de Justicia de Baviera con la tarea de elaborar un código penal. Asimismo FEUERBACH, a lo largo de su fructífera vida intelectual, consiguió la abolición de la tortura en Baviera en 1806. También redactó el código penal liberal en 1813, de gran influencia en toda Alemania y fue adoptado por varios estados alemanes y de los cantones suizos. FEUERBACH se desempeñó como juez de apelación de 1814 hasta su muerte en 1833.

tante remarcar que la Prevención General,⁽⁵⁾ está dirigida al colectivo social y se proyecta a través de la norma jurídico-penal, con su enunciado hipotético, así como la aplicación de la pena al infractor, para infundir temor y miedo a los individuos de la sociedad en su conjunto, que aún no han delinquido o que pueden ser potencialmente tentados para hacerlo, esto es, que los intimida y persuade a los supuestos o potenciales infractores, advirtiéndoles⁽⁶⁾ que si la infringen, pueden correr la misma suerte de quien está sufriendo la pena impuesta. De esta manera el castigo al delincuente inspira temor al resto de los componentes de la sociedad y hace que éstos, respeten y se conduzcan, dentro del marco normativo y no alteren el orden y la paz social.

En cambio, la **Prevención Especial**, actúa sobre el individuo, es personal, por ello, la pena debe servir para evitar futuros delitos, ya que el que se cometió no desaparece; por lo que, se ha sostenido que el mal de la pena debería actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convirtiera en lo contrario, esto es, en inhibición del impulso criminal. Dado que, con la Prevención Especial, se infunde temor y escarmiento al propio delincuente castigado, para que no pueda incurrir en nuevo delito y no vuelva a delinquir, de tal manera que la ley penal en sí, así como su aplicación, cumplen una función preventiva, en su doble aspecto, general y especial.

En este marco de ideas, nuestro Código Penal, tiene carácter preventivo, tal es así, que en su Art. I del Título Preliminar prescribe: «Este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas

como medio protector de la persona humana y la sociedad»; asimismo, en su Art. IX, establece: «Que la pena tiene una función **preventiva**, protectora y resocializadora», de tal manera que la ley penal con su enunciado punitivo y consiguientemente sanción al delincuente, cumple una función preventiva. Lo que armoniza con el Art. 1º de la Constitución Política del Estado, que señala: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

2.2. Control Social Informal

Por otro lado, el Control social Formal, la Ley Penal y la imposición punitiva al delincuente, no son los únicos medios de control social; pues existen otras formas de control, como el denominado **Control Social Informal**, dentro de los cuales podemos mencionar: la educación, la cultura, la religión y otros medios; entre los que podemos destacar con especial connotación a la «**Educación**», en su acepción amplia y multidimensional; que también la encontramos descrita en el Antiguo Testamento en el Libro de la Sabiduría Capítulo I versículo 11, en el que señala: «*Desdichado el que desprecia la sabiduría y la educación; vana es su esperanza, baldíos sus esfuerzos, e inútiles sus obras*»; asimismo, el filósofo y pensador francés **Juan Jacobo ROUSSEAU**⁽⁷⁾, en su obra «*Emilio o la Educación*», afirma: «*A las plantas las endereza el cultivo y a los hombres la educación*»; de tal manera que al árbol para que dé buen fruto hay que cultivarlo y al hombre para no castigarlo hay que educarlo, el «castigo» no forma ni reforma al ser humano, sólo genera en él, resentimiento y

Además de sus sistemáticos tratados, escribió varios estudios psicológicos, incluida una narrativa notable sobre juicios penales. 1828-29, tr. 1846). Feuerbach piensa que la fuerza que lleva a los hombres a delinquir es de índole psíquica: son sus pasiones y apetitos. Esos impulsos pueden contrarrestarse haciendo que «todos sepan que a sus actos seguirá inevitablemente un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho». (JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit. Pág. 49).

- (5) Es importante mencionar que modernamente se habla de la Prevención General Positiva, en este sentido FEIJOO SANCHEZ, Bernardo sostiene que la Prevención General Positiva consiste en: «Evitar la futura comisión de delitos mediante un proceso de integración psicológica que evite las naturales o instintivas tendencias delictivas de la población. Se utiliza el término prevención general positiva, ya que no se busca la prevención de delitos negativamente mediante intimidación, sino mediante otras estrategias: reforzando o estabilizando la conciencia jurídica/antijurídica o las convicciones valorativas de los ciudadanos, ejercitando la fidelidad al derecho». (FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la Teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Editorial B de F. Montevideo - Buenos Aires, 2007. Pág. 266.)
- (6) PROTÁGORAS en relación a la aplicación de la pena afirma: «Nadie castiga a un hombre malo sólo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que pueden sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo». (FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, Ob. Cit. Pág. 5)
- (7) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Emilio o la Educación*. Editorial Universo S. A. Tomo I. Tercera Edición 1977 pag. 8.

rebeldía, e induce a la violencia y habitualidad. Precisamente, de aquí nace la primacía de la «Educación», como medio de control social, que debe ser el sustento y esencia de la **prevención del delito** y otras inconductas que afectan a la comunidad, para que éstos disminuyan y la sociedad conviva en armonía.

2.2.1. La Educación y la Cultura como eje del control social informal

En este contexto, creemos que antes de castigar al hombre, se le debe «educar y cultivar», dentro del marco de la libertad y la razón, sólo así lograríamos disminuir el incremento delincriminal; en síntesis diríamos que la educación es la luz y la antorcha que ilumina la mente, la razón y el espíritu humano, que forma, reforma, socializa y resocializa al individuo de manera integral. Pues, como decía el inmortal Sócrates: «*El malo lo es por ignorancia, y por tanto se cura de ello con la sabiduría*». En consecuencia, la ignorancia vendría a ser la madre de los vicios e inconductas humanas.

Entre los dos medios de control social, esto es, el **control formal** que es explícitamente coactiva, por medio de la norma penal y su aplicación a través de sanciones punitivas, y el **control informal**, por medio de la educación, la cultura, la religión, los medios de comunicación, los comportamientos generalmente aceptados, los usos y costumbres éticos y otros mecanismos, consideramos que la «educación y la cultura» tienen mayor trascendencia e importancia en la lucha contra la delincuencia y otras taras sociales, ya que, mientras más educado y culto sea el individuo y en su conjunto la sociedad o un pueblo, habrá menos delincuencia, lo que quiere decir

que a mayor educación y cultura corresponde menor incidencia delincriminal; mientras más colegios, universidades y centros de educación se construyan, habrá menos necesidad de construir centros penitenciarios,⁽⁸⁾ donde lejos de reformarse los hombres, sólo se deforman, pervierten, denigran y degeneran, allí muchos entran sanos moralmente y salen delincuentes pervertidos y perfeccionados, y es desde donde se dirigen y organizan bandas delictivas muchas veces, de tal manera que de las cárceles egresan como «profesionales del delito». La cárcel sólo debe ser para la gran criminalidad, reincidentes, incorregibles y peligrosos socialmente como medio de reeducación y resocialización efectivas.

La educación y la cultura transforman al hombre,⁽⁹⁾ en su esencia moral y ético, es a través de estos medios, que el ser humano se forma en valores, haciendo que sus emociones, pensamientos, conductas y actos sean positivos, comprendiendo el mensaje que contiene el derecho como norma jurídica y disciplina de valores, para la convivencia social pacífica y haciendo que el hombre sea más humano, por ello, es que consideramos que debe ser impartida desde la etapa de la concepción, aún en el vientre materno y no recién desde que nace, porque, si bien el enunciado de Juan Jacobo Rousseau, en su libro *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, que: «*El hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe*»⁽¹⁰⁾ aún tiene vigencia; sin embargo, creemos que frente a la nueva realidad, los profundos cambios y avances tecnológicos-científicos, así como la velocidad de las comunicaciones que inciden en el vertiginoso cambio de las relaciones socioeconómicas y culturales del mundo globalizado, se puede afirmar que el ser humano es concebido sano y es en el vientre materno

(8) Según FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, en su Libro *Retribución y Prevención General*, a este respecto dice: «Son necesarios más pedagogos, psicólogos y psiquiatras, y no tantos guardias y carceleros. No se trata de eliminarle todos los contactos con el mundo exterior, sino de fortalecer o crearle nuevos contactos sociales al delincuente que ha tomado el mal camino a causa de la pobreza de sus relaciones anteriores». (FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, Ob. Cit. Pág. 101.)

(9) De WITT, Clinton, Gobernador del Estado de Nueva York en 1822, señaló que educar es: «Volver a sus ciudadanos virtuosos mediante la instrucción intelectual y la disciplina moral, mediante la iluminación de sus mentes, la purificación de sus corazones, y la enseñanza de sus derechos y obligaciones.» Por otro lado, Jonathan Swift, nos advierte que: «En la república de los perros que todo el Estado disfruta de la paz más absoluta después de una comida abundante, y que surgen entre ellos contiendas civiles tan pronto como un hueso grande viene a caer en poder de algún perro principal, el cual lo reparte con unos pocos, estableciendo una oligarquía, o lo conserva para sí, estableciendo una tiranía».

(10) ROUSSEAU, Juan Jacobo *El Contrato Social o Principios de Derecho Político* Editora «Lima» Primera Edición 1975.

donde empieza a deformarse; pues, en su desarrollo psicosomático, el concebido⁽¹¹⁾ percibe y recibe todas las impresiones que el medio ambiente y las relaciones socio-culturales causan o afectan a la madre, se transmiten a través del cordón umbilical al «concebido» e influyen en su futura conformación psicosomática, es por ello, que la «educación» debe comenzar desde el momento de la gestación,⁽¹²⁾ para continuar con su nacimiento en la familia, base y sustento de la sociedad, tema que es mucho más complejo y que por lo mismo requiere análisis particular.

3. LA LEY DE LA CAUSALIDAD EN LOS PROBLEMAS SOCIALES

Desde una concepción filosófica-metafísica la visión del cosmos en macro como el universo, así como en micro como la sociedad y la existencia humana, está sujeta a la ley de la causalidad, al principio inmutable de causa y efecto, todo tiene su causa y consiguiente efecto y todo efecto o resultado tiene su origen o causa, en los diferentes planos de causalidad. Todo lo que existe o no existe tiene su origen, principio y fin, la causa es el inicio y el resultado es el efecto deseado o no deseado, el efecto es siempre futuro, de tal manera que sabiendo la causa se puede predecir o preveer el resultado próximo; ya que, todo se origina en el presente, que luego será pasado; pero, lo que se hizo en el presente, aparecerá en el futuro, pues todo lo que se realiza en el presente se recoge en el futuro, «*Lo que se siembra se cosecha*».

Dentro de esta concepción, en los problemas sociales, lo que se advierte en el plano superficial

a primera vista, son: los efectos o consecuencias, y no las causas, por lo que, el Estado y la sociedad, al advertir solamente los efectos, fundamentalmente se preocupan de éstos y tratan de dar solución a los mismos, sin enfocar la raíz,⁽¹³⁾ el origen, la motivación o causas que lo generan, lo que hace que las «soluciones» aparentes se conviertan en un círculo vicioso de problemas sin solución o de soluciones transitorias, pues, si realmente se enfocaran las causas, los resultados serían más efectivos; es así que, en el ámbito del delito, el delincuente viene a ser el resultado de muchos factores o causas, pero fundamentalmente, en gran medida tiene su origen en la falta de educación o cultura de valores, así como falta de oportunidades para ello y consiguientemente una falta de política preventiva del Estado y de la misma sociedad proyectada en una educación y cultura de valores.

Frente a esta realidad y ante el incremento de la criminalidad, el Estado, la sociedad civil organizada en su conjunto, deben encontrar las causas del problema de la delincuencia, con el objetivo de erradicarla desde sus raíces que la originan; mediante una Política Criminal Preventiva del delito y no dedicarse solamente a la política criminal persecutoria o represiva⁽¹⁴⁾ de sus efectos, esperando que sucedan los hechos para actuar después de consumados; dado que, **prevenir** es adelantarse para evitar la concreción de las inconductas humanas que afectan y alteran la humana convivencia pacífica en sociedad, por lo que, debemos aproximarnos a la criminalidad desde las causas y no desde los síntomas.

4. LA PREVENCIÓN EN LA SALUD

- (11) El Art 1º del Código Civil sobre principio de la persona prescribe en su segundo párrafo: «la persona humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece». Y el Art. 2 Inc. 1 de la Constitución Política del Estado, regula toda persona tiene derecho: «a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».
- (12) Salmo 58.4 La Biblia Latinoamericana «Desde el seno materno andan descarriados los impíos; desde el vientre de su madre se desvían los que dicen la mentira»
- (13) En el árbol, la raíz no se ve y sólo contemplamos el tronco, las ramas y las hojas; pero aquéllas, hundidas en la tierra, forman parte de la especie herbórea y le nutren de las substancias terrestres. Así, la ley no es todo el Derecho; no es el Derecho a secas, sino que las normas lo constituyen también.
- (14) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis al respecto nos dice: «Una política criminal basada sobre mera intimidación resulta dañosa en dos sentidos. Ante todo, porque reclama del Estado un empleo de fuerza, de violencia se traduce en un aumento de la aflicción, y por ende, del dolor, que está a su vez en inversa proporción a la sensibilidad dolorífica del penado. Y, por tanto, todo aumento de «brutalidad» de la pena, obra necesariamente como un «estupefaciente» que hace insensible a la pena misma.» (JIMENEZ DE ASUA, Ob. Cit. Pág. 48).

CÓMO MODELO DE POLÍTICA PREVENTIVA

Desde esta perspectiva, creemos que una política preventiva⁽¹⁵⁾ del Estado y la sociedad, no deben aplicarse solamente en el campo de la delincuencia, sino que deben comprender todos los aspectos de la vida social, para que nuestro país adquiera de esta manera una verdadera política de prevención, como ocurre en la mayoría de países desarrollados; estos países entendieron que si se gasta más en prevención, se va a gastar menos en tratamiento.

Para destacar con meridiana claridad la importancia y trascendencia de una «política preventiva⁽¹⁶⁾ o cultura de la prevención», podemos citar como ejemplo ilustrativo lo que ocurrió en el ámbito de la salud en nuestro país, cuando aparecieron y se propagaron las epidemias masivas,⁽¹⁷⁾ como el «paludismo» y el «cólera», las cuales rebasaron la capacidad hospitalaria al no haber espacio para internar a los pacientes, con el consiguiente aumento de la mortalidad.

Estos hechos demostraron fehacientemente que no existía una verdadera política de prevención en el ámbito de la salud, pues se había privilegiado la construcción de hospitales descuidando la prevención; por lo que, dichas circunstancias hicieron cambiar el modo de enfocar la solución de los problemas en el campo de la salud, adoptando un nuevo paradigma como política de buscar y encontrar las causas que la originan, esto es,

que para evitar enfermedades epidémicas, se debía prevenir averiguando o investigando el origen; es así que en relación con la epidemia del «paludismo», se ubicó la causa o agente transmisor que era el zancudo «*Anopheles*», cuyo hábitat eran los pantanos y depósitos de agua, por lo que, se fumigaron estos lugares y de esta manera, atacando la causa desapareció la enfermedad, dando como resultado la inexistencia de nuevos enfermos; lo mismo ocurrió con la epidemia del «cólera», en que se buscó y se descubrió que la causa era la falta de higiene, adoptándose como solución una campaña preventiva de educación, en limpieza e higiene en la preparación e ingestión de alimentos, fumigación de los basurales y así adquirimos una cultura y hábito de limpieza, hasta de lavarnos las manos antes de ingerir los alimentos, así, atacando la causa preventivamente, se pudo extinguir el efecto, lo mismo ocurre con la reciente pandemia denominada «*Gripe Porcina*» A(H1N1).

Es así que desde una concepción política-filosófica, el nuevo enfoque preventivo en el ámbito de la salud en países desarrollados, es preocuparse de mantener sanas a las personas, para no tener que curarlas, a fin de que el Estado no gaste ni invierta en enfermedades. En síntesis, diremos que la solución de los problemas por el Estado y la sociedad, en el campo de la salud, nos da una idea clara de cómo debemos aplicar una verdadera política de prevención en el campo de la delincuencia, a fin de transformar la cultura de hechos consumados por una cultura preventiva.

(15) MULLER SOLÓN, Enrique Hugo en su artículo «Nuevos enfoques para la prevención del delito» nos advierte: «La mayor para del mundo, vienen aplicando los siguientes modelos para la prevención del delito: Prevención Situacional, Prevención Social y Prevención Comunitaria». Más adelante nos dice: la Prevención Situacional busca reducir las oportunidades que tiene el criminal para delinquir; la Prevención Social trata de disminuir los factores de riesgo; y, la Prevención Comunitaria persigue involucrar a la ciudadanía para hacer frente al delito».

(16) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, fue uno de los pioneros en proponer el Derecho Preventivo, tal es así, que en su capítulo V que trata sobre el Derecho Penal del futuro, propone la creación de un Código Preventivo en el que advierte: «El Código Preventivo que proponemos es el que regulará tan sólo el estado peligroso antes del delito» (JIMENEZ DE ASUA, Luis, Ob. Cit. Pág. 222).

(17) El año 1991 el Perú fue azotado por la epidemia de cólera, llegando a 322,562 sospechosos de cólera con un total de 2909 defunciones. Los primeros casos fueron informados casi simultáneamente en tres ciudades costeras Chancay, Chimbote y Piura. Se confirmó que este brote era causado por la bacteria *Vibrium Cholerae* O1 toxígeno, Biotipo El Thor, serotipo Inaba. La dedicación del personal de salud, que aplicaron las normas instituidas, y la capacitación de los profesionales de la salud y técnicos asistenciales para el tratamiento de la deshidratación, dio como resultado un rápido descenso de las muertes por cólera en el primer quinquenio de los 90, manteniéndose esta tendencia hasta 1999. En el Perú ocurre cada año un promedio de 80.000 casos de paludismo y el más frecuente es la variante por «*Plasmodium vivax*». Los casos de «*Plasmodium falciparum*», la forma más grave, se dan en la región amazónica, donde se registró en lo que va del año 5609 casos, según la Oficina General de Epidemiología (OGE). La cifra, sin embargo, muestra una disminución del 40% con respecto al número de casos reportados en el mismo período del 2005, año en que murieron tres personas (ahora ya suman cuatro los fallecidos).

Los ejemplos anteriormente descritos, nos dan una pauta importante sobre como debemos enfocar el problema de la delincuencia, desde una perspectiva de la prevención social, descubriendo y atacando las causas y no solamente las consecuencias. Asumiendo esta premisa, el Estado pretende dar impulso a la prevención del delito y la violencia, es por ello, que paralelo a los fiscales de la persecución, se han creado los fiscales especiales de la prevención del delito.

5. PREVENCIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

Frente al incremento delictivo y la consiguiente alarma social en nuestro país, se hizo indispensable la promulgación de la Ley Nro. 27938,⁽¹⁸⁾ Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, con una nueva visión de hacer participar en la lucha contra el delito a la sociedad civil organizada. Esta acción integrada, que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, está destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, del mismo modo contribuir a la prevención de la comisión de daños y faltas.

Pero, observamos que todavía las instituciones estatales encargadas en su institución, así como algunos operadores del Derecho, y la mayoría de componentes de la sociedad civil organizada y no organizada, aún no comprenden el mensaje y espíritu de esa norma, que en su Art. 1º, prescribe que: *«La presente Ley tiene por objeto proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizar la seguridad, paz, tranquilidad, el cumplimiento y respeto de las garantías individuales y sociales a nivel nacional. Comprende a las personas naturales y jurídicas, sin excepción, que conforman la Nación Peruana»*; en su Art. 2º, define a la Seguridad Ciudadana, como *«la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración*

de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas»; precisando en su Art. 3º, que dicha ley *«tiene por objeto coordinar eficazmente la acción del Estado y promover la participación ciudadana para garantizar una situación de paz social»*.

Tal como se desprende de su propósito, la prevención del delito, debe ser tarea de todos los ciudadanos desde el individuo, la familia, la sociedad y el Estado; a través de la sociedad civil organizada en todos sus niveles y formas, con participación de todos los sectores que tengan injerencia en el problema, pues, dicha tarea, no puede ser la actividad aislada y fraccionada de cada sector, sin un enfoque global y participación integral que abarquen todos los aspectos y que se sustente fundamentalmente en la educación, la cultura, los medios de comunicación, paralelo a la moral y otras actividades de orden económico social que contribuyan a ello y que generen un cambio de actitud y comportamiento de todos los componentes de la sociedad, pasando de una conducta pasiva individualista, egoísta, aislada y fragmentada, para adoptar un comportamiento solidario humano, global e integral, donde la escuela y la familia, deben ser el motor del cambio, así como los medios de comunicación, los portadores de mensajes del nuevo hombre y modelo de sociedad y en la práctica de una cultura preventiva. Finalmente, creemos que sólo una cultura de prevención como política de Estado y de la sociedad civil organizada, nos salvará del miedo de la epidemia delincencial.

6. EL DERECHO PREVENTIVO CÓMO NUEVO PARADIGMA

Dentro de este esquema, conviene resaltar que en las universidades, especialmente en las facultades de Derecho, donde tradicionalmente se pre-

(18) El Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, fue creado mediante Ley N° 27933, el día 11 de febrero del año 2003, teniendo como principal objetivo el proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizar la seguridad, paz, tranquilidad, el cumplimiento y respeto de las garantías individuales y sociales a nivel nacional, comprendiendo a las personas naturales y jurídicas sin excepción, que conforman la Nación Peruana.

para y se forma a los futuros abogados dentro del marco de la cultura de litigio, esto es, que se preparan solamente para confrontar y generar conflictos,

Sobre hechos consumados, que sólo contribuyen a la acumulación de la carga procesal y el retardo en la administración de justicia. Frente a los cambios de la sociedad moderna, en el ámbito de la globalización, requiere que las facultades de Derecho del país, asuman nuevos paradigmas, orientando su política de formación profesional hacia el Derecho Preventivo, como una nueva forma de entender la justicia, como medio de pacificación social.

Ante los nuevos desafíos de la justicia, el Derecho Preventivo o la actuación preventiva del Derecho, debe ser el futuro que espera la sociedad, en el objetivo de la búsqueda de la paz, la concordia y la tranquilidad social, que debe ser un movimiento cultural, que nazca de las universidades y envuelva a la sociedad de tal manera que se invierta en seguridad jurídica, antes que en problemas jurídico-sociales, que simplemente han desviado la labor de los operadores del Derecho, hacia una cultura de conflicto y del litigio que sólo alimenta el marco de la violencia social, de tal manera, debe transformarse la cultura del conflicto por una cultura de paz y conciliación.

La concepción del nuevo Derecho, debe entenderse que el rol del profesional del Derecho (abogado), no debe ser solamente generador de conflictos jurídicos sino que, debe tener un rol preventivo, de conciliación y de composición, ello implica también un cambio de comportamiento de los propios integrantes de la sociedad, que deben entender que el abogado no debe ser el que promueva el litigio, sino que el justiciable debe comprender que su deber y obligación es el de tener un asesor y recurrir a él antes de que se generen los problemas, para evitar su consumación y se conviertan en conflicto.

En la conciencia colectiva de los profesionales del

Derecho existe una concepción tradicional, de que mientras más litigios hayan, los beneficia económicamente, sin tomar en cuenta que esta forma de concebir los problemas jurídico-sociales, simplemente generan graves consecuencias en los litigantes, porque implica que éstos se embarquen en pleitos interminables, con la consiguiente inversión de dinero, a veces insulso, con pérdida de tiempo, secuelas negativas en su salud y otros problemas. Frente a ello, necesitamos profesionales con nueva mentalidad, que comprendan que no se puede solamente actuar sobre hechos consumados, sino que debe actuarse preventivamente, dentro de una cultura de Conciliación, Composición y Soluciones equitativas; o sea, el nuevo profesional del Derecho debe ser un armonizador de conflictos, esto es, que debe ser un consultor y asesor permanente que pueda percibir sus honorarios por las «consultas», que orienten preventivamente los problemas jurídicos y no sustente sus ingresos solamente en pleitos. Debe ser un profesional que influya en el cambio de actitud mental y cultural de su cliente, para que concurra a su estudio antes que ocurran los hechos y no después de consumados. Todo ello implica una revolución cultural de cambio de mentalidad y de actitudes arcaicas, que debe transformarse hacia una nueva forma de enseñanza del Derecho, puesto que, nacemos, vivimos y morimos en el Derecho, por ser la vida humana una sucesión de hechos y actos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- **FEIJOO SANCHEZ, Bernardo.** *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la Teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal.* Editorial B de F. Montevideo - Buenos Aires, 2007.
- **JIMENEZ DE ASUA, Luis.** *Tratado de Derecho Penal.* Tomo II. Editorial Losada S.A. 4ta edición. Buenos Aires, 1964.
- **ROUSSEAU, Juan Jacobo.** *El Contrato Social o Principios de Derecho Político.* Editora «Lima». Primera Edición 1975.
- **ROUSSEAU, Juan Jacobo.** *Emilio o la Educación.* Editorial Universo S. A. Tomo I. Tercera Edición 1977.
- **MULLER SOLÓN, Enrique Hugo.** Artículo «Nuevos enfoques para la prevención del delito».

FUENTE DE PÁGINA WEB:

- <http://sanguisleonisviridis.blogspot.com/2007/10/el-origen-del-estado.html>

LA VOLUNTAD.

Manuel García Sandoval

«Somos (...) un país que carece de entusiasmos, hay una inhibición (Voluntad) en los peruanos que se da en todos los campos; hay una carencia de entusiasmo, que no debe ser pasajero, pero yo me pregunto, ¿esa inhibición será falta de voluntad?»

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

Durante mi vida, mi ejercicio profesional y últimamente como magistrado, (de lo cual estoy profundamente agradecido a quien me dio esta brillante oportunidad para servir, con los méritos suficientes por supuesto), he percibido que todo lo que se haga o se tenga que hacer no sale bien, o sale mal, por falta de voluntad en la actividad que se realiza, o tal vez, por que se desconoce que es la **voluntad** y, precisamente, leyendo al gran filósofo alemán, NIETZSCHE, quiero compartir con ustedes, lo que él nos dice acerca de la voluntad y creo definitivamente que no le falta razón, por que su filosofía no es una guía para pensar como él, sino una guía para pensar por uno mismo.

La vida está para realizarse con esfuerzo, perseverando siempre por hacer las cosas bien; laborando con entusiasmo, sin que el trabajo se vea como una imposición, sino como un verdadero privilegio, el tener la oportunidad de ser útiles y sirviendo a la sociedad con voluntad. De igual manera ocurre esto con el estudio, cuando emprendemos una carrera, para alcanzar nuestra meta con el título profesional.

Así en su obra **«Mas Allá del Bien y del Mal»** Nietzsche, nos ilustra de la siguiente manera : *«...Los filósofos, tienen la costumbre de hablar de la voluntad como si fuese la cosa más conocida del mundo. Schopenhauer, dio a entender incluso que la voluntad era la única cosa que nos es realmente conocida, entera y perfectamente conocida, sin demasía y sin falta, pero siempre me ha parecido que Schopenhauer, en este, como en otros casos, no ha hecho sino lo que suelen hacer los filósofos: Ha adoptado y exagerado al máximo un prejuicio popular. LA VOLUNTAD se me parece ante todo como algo complejo, algo que no tiene unidad más que en el nombre, y en esta unicidad del nombre es precisamente donde reside el prejuicio popular que ha engañado a la circunspección siempre muy deficiente de los filósofos. Por una vez, seamos, pues, más circunspectos, seamos menos filósofos, digamos que en toda voluntad hay, ante todo, una pluralidad de sentimientos: El sentimiento del estado del que se quiere salir, el del estado a que se tiende, la sensación de estas dos direcciones mismas, «a partir de aquí», « para ir allá »; y, en fin, una sensación muscular accesoria que, aún sin poner en*

movimiento brazos y piernas entra en juego maquinalmente tan pronto como nos disponemos a « querer». Del mismo modo que el sentir, y un sentir múltiple, es evidente que uno de los ingredientes de la voluntad, contiene también un «pensar»; en todo acto voluntario, hay un pensamiento directriz y hay que graduarse de creer que se puede aislar este pensamiento del «querer» para obtener un precipitado que seguiría siendo voluntad. En tercer lugar la voluntad no es únicamente un complejo de sensaciones y de pensamientos, sino también y ante todo un estado afectivo, la emoción de mandar de que hemos hablado más arriba. Lo que se llama el «Libre arbitrio» es esencialmente el sentimiento de superioridad que se experimenta ante un subalterno. (...) Querer es ordenar en sí mismo a algo que obedece o por lo menos, es pensado como obediente «yo soy libre, él debe obedecer «he aquí lo que hay en el fondo de toda voluntad.... Querer es ordenar en sí mismo a algo que obedece o por lo menos, es pensado como obediente... Supongamos el caso de que seamos a la vez el que manda y el que obedece; tenemos al obedecer la impresión de sentirnos obligados, coaccionados, impulsados a resistir, a movernos, impresiones que siguen inmediatamente al acto de volición; pero en la medida en que, por otra parte, tenemos la costumbre de prescindir de este dualismo, de engañarnos a su respecto gracias al concepto sintético del «yo», toda una cadena de conclusiones erróneas y, por consiguiente, de falsas apreciaciones de la voluntad misma se ligan también al querer. (...) En todo querer se trata simplemente de mandar y de obedecer....a la voluntad se añaden voluntades « subalternas», almas subalternas y dóciles, pues nuestro cuerpo no es más que un edificio colectivo de muchas almas. El efecto soy yo; aquí sucede lo que sucede en toda colectividad feliz y bien organizada; la clase dirigente se identifica con los éxitos de la colectividad. En todo querer se trata simplemente de mandar y de obedecer dentro de una estructura colectiva compleja, integrada, como he dicho, de « muchas almas».¹

El Poder judicial es muchas veces criticado, en su labor de administrar Justicia; pero habiéndolo vivido desde adentro, es claro que hay en algunos de nosotros falta de VOLUNTAD para tratar de hacer las cosas bien desde el lugar en que nos corresponde estar; y como diría Vargas Llosa:

«Me entristece la perseverancia en el error, que es una característica nacional, en el campo político, económico y social». Somos, dice él, un país que carece de entusiasmos, hay una inhibición (de voluntad) en los peruanos que se da en todos los campos; hay una carencia de entusiasmo, que no debe ser pasajero, pero yo me pregunto, ¿esa inhibición será falta de voluntad? yo creo que sí, porque no hay ese deseo de salir de un estado para ir a otro. No hay un mando y obediencia dentro de nosotros mismos y nos quedamos inertes, inhibidos. Sin embargo, nos encontramos con una contradicción en la realidad, de quienes si tenemos voluntad, ejerciendo un control, que parece hacer quebrar esa voluntad, pero que no la podrán doblegar, por que esta sustancialmente sólida hacia el fin teleológico que se persigue en ese noble ejercicio profesional.

Además, con la vigencia del nuevo sistema, magistrados, abogados, estudiantes de Derecho, litigantes y sociedad en general, tenemos que, querer (tener VOLUNTAD) para salir de antiguos paradigmas que nos envuelven, para entrar a otro nuevo, pero para eso, nos hace bien saber que es la voluntad y aplicarla en cada acto que realicemos, estudiando, trabajando; en el caso de administrar justicia, digna labor que se asemeja a la labor divina; decidir sobre la vida, la libertad, el trabajo y todos los demás derechos de que goza el ser humano. Son los magistrados que ponen el equilibrio en el sistema nervioso central de la sociedad; la paz social en justicia, dándole el verdadero giro copernicano que necesita este cambio, para alcanzar el éxito que la sociedad espera, con la contribución de todos los operadores del derecho, muy especialmente de todos los abogados. Entonces tenemos que obedecer a nuestras almas interiores para liberarnos hacia los actos de volición buscando la **excelencia hacia el cambio al nuevo sistema** y sobre todo voluntad para administrar bien y no mal la justicia,


tratar bien al justiciable y a nosotros mismos, viendo en cada uno de nosotros, el efecto soy yo, el ser excelente del Poder Judicial y el profesional excelente luchando por las causas justas.

Nos tenemos que obedecer a nosotros mismos, pero si no hay esa voluntad de mandarnos a obedecer, quizá seamos seres inertes, carentes de valores, y fundamentalmente sin efectos de volición en nuestro interior.

Entonces, tenemos que lograr lo que nos proponemos y considerar los obstáculos en la vida, como una oportunidad para desarrollarnos, ahí está la diferencia, de por que si se puede lograr el bien o por que no se puede lograr. Nos tenemos que investir de la filosofía de la excelencia que nos conduzca al éxito con una mística de valores que se consoliden en el pensamiento, en nuestro yo, pero super yo y que perdure a través del tiempo, y no como nos dice Mario Vargas Llosa, que nuestros entusiasmos no sean pasajeros. Como vemos en la voluntad el ser humano se enfrenta a sí mismo, es un valor para liberarlo de todos los antivalores, y hacerlo agregando un «extra» a la vida con esfuerzo, pero ya trasladados al otro estado, como el pasaporte inequívoco para alcanzar los objetivos en el lugar que nos desempeñemos en el ejercicio profesional, estudiando, sacrificándonos hacia su realización, sacrificio que es parte de los obstáculos a vencer para alcanzar las metas deseadas, la satisfacción de servir a la sociedad, en busca de la plena realización personal, y una correcta administración de justicia y leal ejercicio profesional ¿Cómo lograrlo?

A través del trabajo, el estudio; es tiempo de construir y no de destruirnos a nosotros mismos, como el caso de Bagua, por ejemplo; pero ahora y, con voluntad, ¿para que descansar? si tendremos la eternidad para hacerlo alguna vez cuando Dios lo decida, y en Paz.

(1) NIETZSCHE.. MAS ALLA DEL BIEN Y DEL MAL. BIBLIOTECA EDAF Ediciones Distribuciones, S.A. Jorge Juan, 30 Madrid, 1981. Pag. 39 «

 **25**
AÑOS | UNIVERSIDAD
PRIVADA
DE TACNA

ESCUELA DE POST GRADO

Doctorado en derecho

El compromiso con los fines de la creación de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, es garantizar la excelencia de la creación de un Programa Doctoral, basado en una visión del conocimiento de la Facultad, en una constante apertura a las innovaciones y al crecimiento, que nos otorga la Universidad en el país y que fortalece al docente en el grado de Magister.

Nuestra Escuela ofrece con docentes que poseen los grados Magister y Doctor, egresados tanto en universidades del extranjero como en el país, un programa exigente de formación académica y social, todo el cual se ejecuta en este Programa Doctoral.

Además, nuestra Escuela cuenta con la infraestructura adecuada para cumplir el nivel de excelencia de la actividad académica de los cursos regulares y permite que los docentes del Programa Doctoral, tengan a su alcance las herramientas tecnológicas e bibliográficas necesarias para sus investigaciones.

Además, se ofrece la posibilidad gratuita de recibir asesoría y tutoría gratuita para el desarrollo y ejecución de investigaciones científicas con diferentes niveles de formación del país.

Doctorado en Derecho (180 Créditos) (01) 24406
E-mail: postgrado@updt.edu.pe

APUNTES PARA LITIGACIÓN ORAL

Walter Goyzueta Neyra *

« El alegato de apertura debe ser sencillo, porque en el juicio pueden aparecer sorpresas. El fiscal o la defensa, deben tener puntos contundentes que lo expondrán en el alegato de apertura».

* Fiscal Provincial y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

El presente artículo pretende exponer la experiencia que tenemos en litigación oral y lo aprendido en el curso que asistimos en el *Western School Center of Law*, San Diego California. El lector no va a leer un artículo que agota el tema, sino, como su título lo expresa, son apuntes, que consideramos se deben tener en cuenta, cuando nos corresponda litigar con el Código Procesal Penal.

TEORIA DEL CASO: Es un relato que hace necesariamente el fiscal, pero la defensa podría no hacerlo, tiene que estar de acuerdo a la estrategia que va a realizar en el juzgamiento, debe sustentarse en los elementos de convicción recabados en la investigación previa (diligencias preliminares e investigación preparatoria) y la subsunción al tipo penal imputado,

Rafael Blanco, expresa respecto a la teoría del caso, que las partes al juicio deben ir premunidos de una idea transformada en relato, que intentará dar cuenta de un hecho, omnicomprensiva, autosuficiente, única y verosímilmente. Dice que esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como teoría del caso (*theory of de case*), expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias o través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y el juicio oral.⁽¹⁾

Sugerimos algunas reglas a tener cuenta:

- No debe ser argumentativa.
- No debe tener conclusiones.
- No ofrecer lo que no se va a probar.

TEMA: O el título que se tiene que poner a la teoría del caso, que citaré, en el alegato de apertura y en el de cierre, éste debe ser corto, tipo telegrama, no más de diez palabras. El título debe ser contundente lo que se expresa. Para ejemplificar podemos mencionar, el cuento "*Ricitos de Oro*", lo conocemos, "se trata de una niña perdida en el bosque, hambrienta y cansada, encuentra una casa y se mete en ésta y en la mesa hay tres platos de comida servidos (mamá, papa y bebé oso), se come el plato más pequeño, el

del bebé oso, luego se echó en la cama del bebé oso y se quedó dormida".

Ahora en el ejemplo, usted es el abogado de la familia oso o el fiscal a cargo del caso, por lo que le corresponde acusar a la niña ricitos de oro. Como hemos expresado, el tema no debe tener más de diez palabras, se sugiere que nueve deben ser el telegrama (contenido) y una, que es lo que yo quiero, absolver (defensa) o condenar (fiscal), que viene a ser mi pretensión. Podemos proponer varios títulos, dependiendo del rol que asuma, ya sea de fiscal o la defensa. Por ejemplo el fiscal diría "*Delincuente juvenil, irrumpe casa y roba, condénenla*". La defensa diría "*Niña hambrienta, pérdida en el bosque, absuélvanla*".

ALEGATO⁽²⁾ DE APERTURA: El fiscal luego que le concede la palabra el juez, expondrá que la Fiscalía va a probar (...). La Defensa en su momento, expresará que desvirtuará los cargos de la fiscalía. El fiscal o la defensa deben enfocar de qué se trata, es aconsejable que no dure menos de cinco minutos y no más de diez minutos. Excepción a este tiempo, serían los casos complejos, como sería un caso de criminalidad organizada.

El alegato de apertura debe ser sencillo, porque en el juicio pueden aparecer sorpresas. El fiscal o la defensa, deben tener puntos contundentes que lo exponen en el alegato de apertura.

Los hechos no controvertidos no deben ser manifestados en el alegato de apertura, no ponerlos en la teoría del caso, no es necesario, porque no hay desacuerdo.

No es aconsejable que la defensa argumente inocencia, sino asume un peso. El fiscal tendrá una carga muy pesada, si dice que va a probar "intencionalmente".

ALEGATO DE CLAUSURA: Es un mapa del caso, debemos mencionar que consideramos que el ejercicio de la profesión es un arte, entonces, si hacemos un símil con una película, los abogados serán los directores y no actores, los actores son los testigos. En

(1) BLANCO SUAREZ, Rafael, DECAP FERNANDEZ, Mauricio, MORENO HOLMAN, Leonardo y ROJAS CORRAL, Hugo «Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal» 2007. LexisNexis. 4ta edición agosto 2006.

(2) Definición: "razonamiento del letrado en el que defiende la postura mantenida en el proceso, exponiendo los fundamentos en que se basa y las pruebas que la acreditan, impugnando a su vez los razonamientos de la parte contraria" Fonseca-Herrero, Raimundo J.I. Diccionario Jurídico Básico Ed. Colex Madrid 2002 pag. 28, citado por García Ramírez, Julio. "Estrategia de Oratoria Práctica para Abogados" 4ta, edición mayo 2007, pág.56-57.

este momento se culmina el objetivo trazado en el juzgamiento, que es el de convencer al juzgador, y por eso la valla que uno se trazó debe ser alta respecto al convencimiento, por ejemplo pensar que se tiene que convencer a un niño de nueve años, y partir que él no sabe nada de los hechos. ¿Cómo tengo que convencer al niño?, ¿Cual es mi estrategia para que primero me preste atención? y a partir de ese momento utilizar un lenguaje claro y que él comprenda, los niños no comprenden las cosas, igual que los adultos, por eso que mi lenguaje debe ser dirigido para convencer el niño. Igual estrategia tengo que asumir para convencer el juez, él no conoce nada de los hechos que le son llevados para juzgamiento, como se dice "no está contaminado" con un conocimiento previo.

El orador no debe recitar los hechos, decir porque debo creer. No es suficiente, expresar esto es lo que pasó, hay que vincularlo con los hechos. Postura es mostrar seguridad, para convencer (piensen que están vendiendo un producto o servicio).

El fiscal se dirigirá al juez para explicar porque lo que va a decir (anticiparse) la defensa no es correcto. Dirigirse al juez, manteniendo contacto visual, y expresar usted vio a la víctima que narraba coherentemente.

La defensa en el alegato de cierre, tiene el trabajo de hacerle creer al juez que es razonable explicar porque debe tener una duda; que usted señor juez, vio a la víctima que estaba temerosa, el testigo de la parte que imputa se le notó parcializado, en cambio el testigo de la defensa fue claro, directo, contundente. La defensa expresará, que el fiscal no ha probado más allá de la duda razonable. La defensa dirá: "*Uds. no oyeron que sea culpable, es decir hay dudas razonables*".

Si el argumento, es que la víctima y el testigo mintieron decir: "*el que miente una vez, miente otra vez*". En USA, en el sistema federal, existe el recierre, que consiste en rebatir por parte del fiscal lo que dijo la defensa en el alegato final. En Nueva York, el alegato final lo inicia la defensa y cierra el fiscal.

En el alegato final se prueba lo preparado que han estado las partes (fiscal o defensa) mostrarán la estrategia final, es el momento estelar del juzgamiento, es el donde el director de este caso, tiene el último

momento para terminar de convencer contundentemente que sus pruebas y argumentos son los más convincentes, para el fiscal que se ha superado la duda y se ha probado más allá de lo razonable y que aparece claramente la responsabilidad del imputado en el delito, en cambio la defensa en este enfrentamiento final dialéctico, sostendrá lo contrario y que existe la duda razonable o que su cliente es inocente. Respecto a los alegatos, citamos García Ramírez, él sostiene de cualquier mensaje verbal, el receptor considera, aproximadamente en un 80%, más importante "cómo se dice" que "qué se dice" (el 20% restante) y relación a la abogacía expresa que ante una buena prueba documental ni siquiera el mejor discurso podrá con ella, el porcentaje anteriormente citado se quedaría, como mucho en un 50% para ambas partes del alegato (el qué y el cómo).⁽³⁾ El alegato puede ser decisivo, si una parte tiene óptima prueba documental y buenas testimoniales, si no se las expone correctamente en el alegato final, es posible que no llegue a persuadir, convencer a los jueces que él tiene las mejores pruebas y argumentos y ante esta falencia, pudiera darse que el imputado sea absuelto o condenado, porque el juez, no puede o no debe complementar o llenar vacíos o deficiencias de los letrados, por eso que el alegato final es el escrutinio que se someten las partes, ante los jueces, imputado o cliente, público asistente en la sala de audiencia o ante quienes tomarán conocimiento a través de los medios de comunicación o críticas académicas, que se harán en la oportunidad que se analicen, ya sea en un aula o en círculos de estudio.

INTERROGATORIO DIRECTO.- Se hace difícil o casi imposible, si el testigo no está preparado. Debe organizarse la información. Tiene el objetivo de señalar credibilidad, tanto de los testigos, como de la teoría del caso. En este estadio del juzgamiento es el momento para introducir los hechos esenciales, sustentar las pruebas materiales y documentales, se debe propiciar la estimulación entre el testigo y el juez, buscar llamar la atención de los jueces. Sugiero tips:

- Presentar los hechos positivos congruentes con la teoría del caso.
- Tiene objetivo de señalar credibilidad, tanto de los testigos, como de la teoría del caso
- Presentar al testigo (el orden lo decide la parte que

(3) GARCIA RAMÍREZ, Julio "Estrategias de oratoria práctica para abogados"4ta. Edición, mayo 2007 pág.55

lo presenta, no olvidar que los fiscales en el caso, son los directores de la película)

- Al testigo se le menciona la fecha necesaria,

¿Cuándo paso esto?

- Describan la escena (creatividad), el juez no conoce donde ocurrieron los hechos, el objetivo, debe ser que el juez "sienta que en ese momento ve la escena".

- Descripción de la acción ¿qué pasó?

- Luego si tienen, usar exhibiciones (fotos, planos), si se quiere destacar algún detalle.

- Finalmente mencionan los daños o las consecuencias de lo que sucedió.

- Evitar pedir opiniones al testigo.

Las preguntas deben ser cortas, claras y sencillas, para ello se tiene que preparar, preparar y preparar, es decir no es suficiente una vez, debe hacerse más de una vez, de tal manera que se tiene que tener claridad completa de lo que es lo que el testigo sabe, de ello lo que le interesa al fiscal o la defensa, lo importante es que al testigo se le crea lo que va a contestar. En la preparación y posterior interrogatorio, no olvidarse de las preguntas ¿Cuál? ¿Qué?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?, ¿Con quién?, ¿Por qué?, son preguntas incrementales, paso a paso; luego ¿Qué vio?. A manera de ejemplo, podemos mencionar, algunos tópicos a tener en cuenta en un interrogatorio:

- ¿Cuáles son los elementos del caso?

- ¿Cuál es el hecho más importante que contribuye el testigo?

- ¿Cuáles son los hechos colaterales que hacen más creíble la información central?

- ¿Cuál es el siguiente hecho más importante que contribuye el testigo?

Lo importante es mostrar con preguntas y respuestas que el testigo es neutral.

En el interrogatorio directo, se debe utilizar preguntas de transición, cuando queremos pasar a otro tópico y el interrogado se está excediendo en responder lo que se ha preguntado, así le diremos "suficiente, ahora pasamos a (...)". También se puede hacer pregun-

ta indirecta, porque es una pregunta preparatoria.

Cómo se organiza el interrogatorio directo.-

Primero la acreditación del testigo, luego el planteamiento de la escena y el desarrollo de la acción, finalmente la conclusión del examen. Consideramos importante que si son varios testigos de un hecho, se debe llevar al más fuerte, fortaleza que aparece de varios factores, no sólo que estuvo presente, en el supuesto que dos personas hubiesen estado presente en el momento de los hechos, es aconsejable elegir al más creíble, al que va a convencer más a los jueces, no es obligatorio que el fiscal lleve como sus testigos a todos los que estuvieron presentes, él elige, es su estrategia, ello no significa que en la investigación preparatoria no le tome su manifestación, la elección a que me refiero, la tiene que hacer al momento de redactar el requerimiento de acusación.

En la preparación del testigo debemos evitar:

- Detalles que distraen.

- Hechos que no son probables.

- Hechos que van en contra del sentido común.

- Contradicciones, evitar que el testigo caiga en contradicciones.

- No hacer preguntas «*que abran la puerta*», para que la contraparte no le hagan otras preguntas.

Fontanet Maldonado,⁽⁴⁾ en relación al interrogatorio directo, expresa que no debemos conformarnos con meramente establecer aquellos elementos sustantivos que nos permitan establecer el caso, dice que es necesario ir más allá, debemos convencer al juzgador de que no necesariamente hemos establecido nuestro caso, sino que nuestra prueba es creíble. El autor citado, identifica mandamientos⁽⁵⁾ a considerar cuando se realiza el interrogatorio directo.

Baytelman y Duce,⁽⁶⁾ cuando se refieren al examen directo de testigos, expresan, que es la principal oportunidad con que un abogado cuenta para narrar y probar su historia, permitiéndole al tribunal revivir la versión de los hechos de su cliente y hacen recomendaciones generales para la preparación de un examen directo.⁽⁷⁾

(4) FONTANET MALDONADO, Julio «Principios y Técnicas de la Práctica Forense» 2da. Edición. Jurídica editores año 2002, pág1

(5) Ob.cit Los mandamientos son: 1) acreditar al testigo, 2) sencillo, 3) utilizar preguntas de transición y orientación, 4) descriptivo, 5) controlar el ritmo del directo, 6) no hacer preguntas sugestivas, 7) anunciar debilidades?, 8) escuchar la contestación del testigo, 9) posición del abogado y 10) organización. Pág. 04-27

(6) BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio «Juicio Oral y Prueba». Auspicio del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima 2005, pág. 09

CONTRAIINTERROGATORIO.- Objetivos:

- Averiguar y señalar debilidades, tanto de los testigos, como de la teoría del caso.
- Controlar al testigo o perito.
- Desacreditar al testigo o perito.
- Señalar lo que haya omitido el testigo, no hay que ir directamente al punto, primero es aconsejable preguntar periféricamente. Iniciar el contrainterrogatorio amigablemente, saludándolo(a), diciéndole soy el fiscal fulano de tal o soy el defensor, mi nombre es (...). Le dices al testigo la historia que tú sabes, primero hacer preguntas abiertas, luego en el tema, pasar a hacer preguntas sugestivas, para que te responda "sí o no".
- Reforzar hechos positivos para mi teoría del caso (tiene un riesgo, evaluar muy bien, si hago o no hago contrainterrogatorio).

Planificación del contrainterrogatorio.- Debo tener en cuenta:

- Qué quiere decir este testigo.
- Cómo puedo explicar los hechos que no puedo negar.
- Cuáles son los detalles que permiten a los jueces llegar a la conclusión que yo busco.

¿Cómo se hacen las preguntas del contrainterrogatorio?:

- Mantener el control del testigo.
- Si no conocemos la respuesta, no preguntamos.
- Escuchar atentamente la respuesta del testigo, e insistir -si ha omitido un tópico- para que responda la pregunta.

Tips para el contrainterrogatorio:

- La voz (tono) a veces devolver con un tono irónico
- Saber a donde vas con cada testigo, dominar los hechos, conocer todas las declaraciones.
- Los contrainterrogatorios son más fáciles, porque el interrogador sabe a donde va. En cambio en el interrogatorio directo es más difícil.
- Visualización de lo que quiero mostrar. Por ejemplo si mi objetivo es expresar cuantas copas de licor bebió una persona en determinado lugar. Diré cogió seis copas, uno, dos, tres, cuatro, cinco y seis copas tomó.

- Apuntar e ir chequeando y controlar (es un apoyo, ayuda visual)
- Decir, por ejemplo, usted mintió, porque acaba de decir A, pero en su declaración policial, dijo Z, afirmar contundentemente, entonces usted mintió.
- Lo importante es que el juez tenga conocimiento de los hechos, porque el juez conoce el Derecho (principio *iura novit curia*), si explica y convence de los hechos, puede concluir con contundencia.
- Evitemos hacer conclusiones, cuando el testigo responde.
- Enfaticemos lo que no vio, fallas de memoria (si el testigo no recuerda), falta de certeza (importante el tema de la distancia, el tiempo, la intensidad).
- Usar siempre, siempre preguntas cerradas cuando estamos preguntando sobre el tema. Si tiene que atacar, este es el momento de hacerlo
- Las preguntas van dirigidas al punto que te conviene.
- Cuando se pregunta a una imputada, el varón si se muestra muy duro, a veces no es aconsejable, porque podría parecer como nuevamente victimizada.

Organización del contrainterrogatorio:

- Siempre debe prepararse.
 - Colocar los puntos concretos, lo que queremos.
 - No extenderse, en los temas que se contra interroga.
 - Terminar en conclusión fuerte, llamativa.
- Las preguntas del contrainterrogatorio deben ser:
- Cortas.
 - Muy claras.
 - Sencillas.
 - Preguntar solo un hecho por cada pregunta (si incluimos dos hechos, puede ser que el testigo diga sí o no, pero no sabríamos de qué hecho?)
 - Partir paso a paso, a donde queremos llegar.

Como citamos a Fontanet en el interrogatorio directo, este autor también para el contrainterrogatorio tiene mandamientos.⁽⁸⁾ Baytelman y Duce expresan que el contraexamen se construye desde y para el alegato final, dicen que responde a la pregunta ¿Qué quiero estar en condiciones de poder decir en el alegato final?⁽⁹⁾

(7) Ob.cit. 1) utilizar lenguaje común, 2) ir directo al punto, 3) escuchar al testigo, 4) adelantar debilidades y explicarlas, 5) no lea su examen directo, 6) use de apoyo gráfico, pág 143-148.

(8) Ob.cit. 1) ser breve, 2) realizar preguntas sencillas, 3) sólo preguntas sugestivas, 4) sólo preguntar los que se sabe la contestación, 5) escuchar la contestación, 6) no pelear con el testigo, 7) no permitir que el testigo explique, 8) no repetir el directo, 9) saber cuando preguntar y 10) saber cuando terminar, pag.122-143

(9) Ob.cit.pag153

Presentación del testigo.- Lo que conocemos como la acreditación, lo primero es preguntarle ¿cómo se llama?, ¿de dónde es?, ¿Cuántos años tiene?, ¿Dónde vive?, luego decirle ¿cómo es su trabajo? (opcional de acuerdo a lo que va a testificar), por ejemplo si fuese barman en un bar, y nos interesa si tiene contacto visual con toda la clientela, y este hecho se encuentra como un extremo a probar en nuestra teoría del caso. También sería opcional preguntar si fue a la escuela o no, debido a que para la teoría del caso no es necesario.

Se le debe hacer preguntas para que le crea el juez, preguntar lo suficiente (en exceso pudiera distraer el juez). Se debe enfocar al testigo en el día que sucedieron los hechos. Luego pasar a lo más difícil, que es la acción (en este momento, el fiscal o la defensa debe conocer que va a decir el testigo. En este estado del interrogatorio, el fiscal o defensa, en su lenguaje debe utilizar un ritmo lento, es muy importante controlar el ritmo.

En relación a lo que hemos denominado "la acción", debemos preguntar, lo que pasó antes de que ocurrieran los hechos. El fiscal o defensa, pueden utilizar las palabras que quiere. Por ejemplo el fiscal, si es una dama, dirá la víctima o el nombre de la persona. La defensa dirá señora (apellido). Lo importante es que la persona que es interrogada tenga conocimiento de la palabra con que se le pregunta. Por ejemplo, siempre lleva a confusión o no existe uniformidad en la utilización de la palabra, cuando nos queremos referir a un "vehículo", unos lo llaman "carro", otros "auto" o "camioneta", no se debe perder la perspectiva, que lo que se quiere es convencer al juez, por ese motivo lo aconsejable es utilizar las palabras que utiliza usualmente el testigo y si fuese necesario, que el testigo, luego de lo que manifiesta, hacerle preguntas para que explique. Otras veces los testigos al contestar una pregunta, utilizan palabras que el interrogador no entiende y tampoco el juez, por ejemplo el empleo de una jerga, en ese caso, se le debe decir al testigo que utilice el lenguaje común.

Si una respuesta es muy importante, se puede regresar al tema o la acción, si está cronológicamente ya pasó en el interrogatorio.

El abogado o el fiscal no es estrella en el interroga-

rio en el interrogatorio. Ellos son estrellas en el alegato de apertura y en el de clausura.

No se debe hacer preguntas, para que responda en narrativo (en U.S.A. el testigo que narra no es admisible, es objetable), se tiene que enfocar el tema, por ejemplo preguntar ¿qué paso en la noche?, no preguntar ¿qué paso ese día?, esta última es una pregunta genérica, porque podría contestar ampliamente.

En el interrogatorio, utilizar la respuesta del testigo para hacer la otra pregunta o la siguiente.

En algunos testigos se tiene que previamente mostrar que han tenido contacto suficiente con la persona de la que va a declarar, en este supuesto, preguntar ¿Cuánto tiempo se conocen? ¿Cuántas veces salieron?

Interrogatorio al perito: A ellos se les debe preguntar por su formación profesional y experiencia en la materia que han peritado, lo que consideramos sería suficiente para pasar a preguntas sobre el tema que tienen que explicar.

Cosas que evitar: Se sugiere

- Anticipar si el otro abogado va a objetar, en este caso, no hacer preguntas.

- No preguntar lo que no conoce el testigo.

- No solicitar una respuesta, donde se requiere experiencia.

- No preguntar algo que no es relevante

- No hacer preguntas subjetivas, porque dan lugar a las objeciones.

- Pedir opiniones técnicas.

Lo más importante es que tienen que estar preparados para el interrogatorio y contrainterrogatorio.

Evitemos en el interrogatorio:

- Preguntas y gestos amenazantes (evitar ser muy hostil con el testigo).

- Formular preguntas compuestas

- Evitar generalidades.

- Evitar que el testigo evalúe o de opiniones.

- No preguntar hechos inadmisibles.

- No preguntar sobre hechos excluidos en la etapa intermedia.

- Actuar de buena fe.

Como ha leído el lector, se ha expuesto apuntes, que son perfectibles y estamos seguros que con la crítica podemos profundizarlos.

LA PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991 Y LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO DE 2008/2009

Javier Neyra Salazar *

«*En efecto, incorporar un catálogo más amplio de penas alternativas a la reclusión permite un uso racional de la solución carcelaria, lo que puede potenciar el cumplimiento del fin resocializador de ésta, en la medida en que la existencia de un universo menor de presos permitiría un empleo más eficiente de los siempre limitados recursos del sistema penitenciario (...)*»

* Abogado y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. ESTUDIO DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL

I. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1.1. CONCEPTO

1.2. OBJETIVOS

2. MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

3. MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

3.1. SUSTITUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

3.1.1. LAS PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

II. PROPUESTA PARA EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL (2008/2009)

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN:

En la doctrina que estudia la teoría de la pena y la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, se ha señalado que, *"el incremento acelerado de la criminalidad ha generado la reacción inmediata, en muchos países, de endurecer las políticas criminales, principalmente elevando el quantum de las penas con las que se sancionan diversos delitos tipificados en la ley, convirtiendo a la pena privativa de la libertad en moneda corriente"*.

Pero igualmente se ha señalado que, *"los mayores detractores de la aplicación de esta medida punitiva resaltan su naturaleza deshumanizante y debilitadora de la personalidad humana, lo cual se agrava ante el hecho irrefutable de la incapacidad de las instituciones penales de reducir las tasas de delincuencia. Obviamente, el objetivo del encierro es evitar que la persona vuelva a delinquir, pero más allá de ello, subyace el principio de resocialización, que en buena cuenta es recuperar al individuo que lesionó un bien jurídico protegido, y que por ello debió cumplir una sanción, pagando así su deuda con la sociedad"*.

Entonces, se afirma que las penas largas son cuestionadas por un sector porque le atribuyen efectos demasiado perniciosos, pero también lo son las demasiado cortas, dada su limitación temporal, lo que representa serias dificultades para llevar a cabo todo tratamiento de resocialización. Y asimismo, si tenemos presente las deficiencias de los sistemas de justicia penal para reaccionar con eficacia frente a las nuevas modalidades y dimensiones de la delincuencia, esto exige al Estado, a los juristas y al sector de la doctrina del derecho penal y de ejecución penal, formular nuevos mecanismos punitivos acordes con las más modernas políticas criminales sustentadas en el surgimiento de una sociedad moderna de derecho.

En el presente trabajo, queremos ocuparnos de la pena de prestación de servicios a la comunidad, como pena alternativa a la pena privativa de la libertad, su tratamiento en el Código Penal de 1991, su regulación como mecanismo de aplicación de pena alternativa a la pena privativa de libertad, sus dificultades y la propuesta del Anteproyecto del Código Penal del 2008/2009.

Debemos reconocer que uno de los pocos juristas, en nuestro medio nacional, que ha estudiado de manera significativa el tema de "las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad" es el Dr. VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, actual vocal titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, mi profesor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado de la UPT, cuyas diversas obras han servido de base para la elaboración de este modesto trabajo académico, que espero que sirva de información para quienes estén vinculados, de alguna manera, al campo del Derecho Penal.

I. ESTUDIO DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL:

I. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD:

I.1. CONCEPTO:

Según el Dr. Víctor PRADO SALDARRIAGA, las medidas alternativas son *"el conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración"*.

Las medidas alternativas, entonces, persiguen no privar del derecho a la libertad a aquellas personas que cometieron delitos de bagatela y que por lo tanto serán sancionados con penas de menor duración.

De la Cuesta Arzamendi precisa que los medios alternativos se tratan de mecanismos que operan de modo diferente sobre la "pena privativa de libertad que tratan de sustituir o evitar:

- Algunos sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad.
- Existen también sistemas que apoyados, en la probable falta absoluta de necesidad de pena, procuran la evitación de la prisión a través de la instauración de períodos de prueba, que si se superan satisfactoriamente no darán lugar a la imposición de pena alguna.
- Hay instituciones orientadas a la evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal y no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad.

En el Derecho Comparado los términos que se utilizan para referirse a las medidas alternativas son: sustitutivos penales o subrogados penales.

1.2. OBJETIVOS:

Los objetivos específicos⁽¹⁾ de las medidas alternativas son los siguientes:

a) Carácter punitivo.- Es decir, castigar al infractor por razones vinculadas a la retribución o, más modernamente, a la prevención general positiva, teoría de la pena esta última que hace consistir la finalidad de la sanción criminal en la necesidad de afianzar en la conciencia colectiva la importancia del valor de los bienes jurídicos afectados por el delito.

b) Carácter resocializador.

c) Evitar la desocialización, que produce la cárcel y su carácter criminógeno en los casos en que las necesidades de la justicia y la prevención general positiva lo permitan, esto es, cuando se trata de criminalidad menos grave.

d) Potenciar la eficacia de la cárcel, para los casos en que ésta sea la sanción adecuada. La sobrepoblación carcelaria y el hacinamiento -que imposibilitan tratamientos penitenciarios adecuados- se debe en alguna medida precisamente al uso extendido de la solución carcelaria.

En efecto, incorporar un catálogo más amplio de penas alternativas a la reclusión permite un uso racional de la solución carcelaria, lo que puede potenciar el cumplimiento del fin resocializador de ésta, en la medida en que la existencia de un universo menor de presos permitiría un empleo más eficiente de los siempre limitados recursos del sistema penitenciario, posibilitando la implementación de tratamientos penitenciarios más individualizados, que son los únicos capaces de tener éxito.

e) Posibilidad de contribuir con las políticas para generar una disminución de la delincuencia.

f) Efectos positivos que tendrá una modificación a las medidas alternativas en relación a los costos que significa el sistema carcelario.

2. MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO:

Señala GARCÍA VALDEZ que, en la doctrina se defiende dialécticamente el carácter retributivo de la pena, en pugna con quienes mantienen su esencia preventiva, pero la coincidencia es plena al establecer como objetivo primordial de la ejecución de las penas hoy la resocialización, reeducación y reinserción social de los condenados. Estas ideas, centrales para la nueva pedagogía, se han desarrollado desde los postulados de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria. La prisión cerrada, concepción clásica de la pena de privación de libertad, no resocializa.⁽²⁾ DAUTRICOURT ha señalado que este modelo de prisión "*corrompe completamente a los que estaban sólo medios corrompidos, desocializa a los que se integran en la artificial comunidad carcelaria*".⁽³⁾ De la misma manera que ROXIN afirmó que la prisión

(1) Propuesta para la Reforma al Sistema de Medidas Alternativas a la Privación de Libertad, Ministerio de Justicia y Fundación Paz Ciudadana, febrero de 2001. <http://biografias.bcn.cl/legislativo/pdf/cat/docs/4343-07/725.pdf>

(2) PRADO SALDARRIAGA Víctor y Otros, Derecho Penal - Parte General.- Materiales de Enseñanza: 21º Lectura.- ("Alternativas Legales a la Privación de la Libertad Clásica" de Carlos García Valdés, Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares - España), 1ra Edición Marzo 1995, Editora Jurídica Grijley EIRL, Pág. 686.

(3) PRADO SALDARRIAGA Víctor y Otros, Ob. Cit. (Lectura de Carlos García Valdez) Pág. 686.

cerrada opera como estímulo de la asocialidad, ya que el encierro produce en el sujeto más inidoneidad social que la poseída al entrar en él. A nadie se le puede enseñar a vivir en sociedad manteniéndole apartado de la misma dice ROXIN.⁽⁴⁾

Las corrientes críticas hacia la pena de prisión van, sin embargo, más allá de estos criterios innovadores, y plantean su completa sustitución por otras medidas alternativas. Su fundamento, señala SAINZ CANTERO, estriba en que existen otros bienes jurídicos, distintos a la libertad y a los que su titular concede una estimación igual o superior que a la libertad ambulatoria, de los que el hombre puede ser privado por el poder estatal, cumpliendo la amenaza de su privación una función de prevención general similar a la que cumple la pena de prisión.⁽⁵⁾

Pese al respaldo doctrinal y legal de las medidas alternativas, hay que precisar que hay unanimidad al limitar su aplicación a las penas de duración corta y media. La pena de privación de la libertad sigue siendo "la espina dorsal del sistema de sanciones en materia de delincuencia grave, y de reincidencia grave reiterada", sin perjuicio de su existencia como pena subsidiaria en caso de imposibilidad de pago de la pena de multa.⁽⁶⁾

La importancia actual de las medidas alternativas para las penas cortas de prisión se pone de manifiesto si se considera el elevado porcentaje de condenados a este tipo de penas sobre el total de los reclusos. Por ello, prácticamente todas las legislaciones europeas han suprimido las penas cortas de prisión.⁽⁷⁾ Tal es el caso de Alemania, Portugal, Austria, Suiza y Francia.

Para Javier VILLA STEIN, la construcción de este sistema es una respuesta imaginativa al encierro para el supuesto de que el caso concreto, dependiendo de la naturaleza de la infracción lo mismo que de la

culpabilidad del sentenciado, resulte a criterio del juez, más adecuado a la sociedad, a la víctima y al propio sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que padecer un encierro de corta duración;⁽⁸⁾ sin embargo, acota VILLA STEIN que, es obvio que mientras no se organicen los sistemas adecuados al funcionamiento de las penas alternativas no se puede recurrir a ellas, sin caer en la burla de la pena o simbolizarla.

En la doctrina y en el derecho comparado se suelen emplear las expresiones medidas alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales, para identificar a un variado conjunto de procedimientos y mecanismos normativos, que tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de libertad, de corta o mediana duración.⁽⁹⁾

DE LA CUESTA ARZAMENDI⁽¹⁰⁾ precisa que se trata de mecanismos que operan de modo diferente sobre la "pena privativa de libertad que tratan de sustituir o evitar:

- Algunos sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad.
- Otros, basados en la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad.
- Existen también sistemas que apoyados, en la probable falta absoluta de necesidad de pena, procuran la evitación de la prisión a través de la instauración de períodos de prueba, que si se superan satisfactoriamente no darán lugar a la imposición de pena alguna.
- Finalmente, hay hasta instituciones orientadas a la

(4) PRADO SALDARRIAGA Víctor y Otros, Ob. Cit, (Lectura de Carlos García Valdez) Pág. 686.

(5) PRADO SALDARRIAGA Víctor y Otros, Ob. Cit, (Lectura de Carlos García Valdez) Pág. 687.

(6) PRADO SALDARRIAGA Víctor y Otros, Ob. Cit, (Lectura de Carlos García Valdez) Pág. 688.

(7) PRADO SALDARRIAGA Víctor y Otros, Ob. Cit, (Lectura de Carlos García Valdez) Pág. 689.

(8) VILLA STEIN Javier, Derecho Penal Parte General, Editora y Librería Jurídica Grijley, Tercera Edición 2008, Pág. 492.

(9) PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", en Cathedra, Nro. 02, 1998, Pag. 78 y sgtes.

(10) José L. de la Cuesta Arzamendi. Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993, p. 322 y ss.). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal y no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad"

En atención, pues, a sus formas y efectos sobre la pena privativa de la libertad, cuya utilización formal o material flexibilizan, cabe considerar a tales medidas, sustitutivos o subrogados como decisiones e instrumentos de despenalización. Es más, ya el Sub-Comité de Descriminalización, del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, en un conocido informe emitido en 1980, les otorgaba dicha calificación político criminal.⁽¹¹⁾ Según el citado documento "el concepto de despenalización define todas las formas de atenuación dentro del sistema penal. En este sentido el traspaso de un delito de la categoría de "crimen" o "felonía" a la de delito menor, puede considerarse como una despenalización. Esto también ocurre cuando se reemplazan las penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios, tales como multas, sistemas de prueba, trabajos obligatorios, entre otros".⁽¹²⁾

Por su parte, en España, ENRIQUE RUIZ VADILLO, aunque con ciertas reservas ha sostenido que "también se despenaliza cuando se establece un sistema de medidas alternativas".⁽¹³⁾

Sin embargo, como ha destacado ELENA LARRAURI, el uso judicial indiscriminado que se ha venido haciendo de medidas alternativas, así como su excesiva formalización, suscitaron, a mediados de los ochenta, importantes cuestionamientos en torno a su utilidad real. En lo esencial se ha objetado que aquéllas no ejercen un efecto relevante sobre el acceso a los centros carcelarios, ni sobre su descongestión. Asimismo, se afirma que estos procedimientos han extendido de modo desmesurado el control penal fuera de la cárcel, y que lo han delegado a

agencias extra-penales que actúan con ausencia de garantías para los condenados. Por último, se cuestiona también que la proyección de los sustitutivos sobre formas leves de criminalidad, configura un instrumento de reafirmación y de relegitimación de la cárcel, no apoyando en nada las propuestas superadoras de la prisión, que son enarboladas desde la criminología crítica y el abolicionismo. En otros términos: el uso de medidas alternativas tendría un signo reaccionario y simbólico, serían más que alternativas "complementos" de la cárcel.⁽¹⁴⁾

Adicionalmente resultaba que las alternativas estaban complementando a la cárcel. Se afirmaba que la población reclusa no había disminuido un ápice, por lo que en vez de alternativas a la cárcel resultaba más apropiado hablar de complementos o añadidos. Este efecto de complemento parecía deberse a varios motivos: por su presunta benevolencia las alternativas eran aplicadas más frecuentemente de lo que hubiera sido una condena de cárcel, al introducir nuevos requisitos introducían paralelamente nuevos motivos de encarcelamiento si estos se vulneraban, al expandir la capacidad de la cárcel los tribunales volvían a sentenciar a la cárcel, al fracasar respecto de los considerados delincuentes duros relegitimaban que para estos la cárcel era la única posibilidad. En breve se producía una bifurcación: la cárcel seguía repleta con los delincuentes considerados más peligrosos y las alternativas iban dirigidas a sectores (jóvenes, delincuentes por primera vez, delincuentes de cuello blanco) que tampoco eran tradicionalmente condenados a la cárcel. Las alternativas se configuraban como alternativas a la puesta en libertad.⁽¹⁵⁾

Otro efecto disfuncional de los sustitutivos tiene más bien un origen psicosocial. En efecto, su presencia normativa produce en los sectores sociales una agudización del espectro de inseguridad ciudadana o

(11) PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(12) (Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad. Estrasburgo 1980. EDIAR. Buenos Aires. 1987, p. 23). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(13) (Cfr. Enrique Ruíz Vadillo. Descriminalización y Despenalización. Reforma Penal y Descriminalización, en Reformas Penales en el Mundo de hoy. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián. 1984, p. 378). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(14) (Cfr. Elena Larrauri. Las paradojas de Importar Alternativas a la Cárcel en el Derecho Penal Español, en Derecho Penal y Criminología N° 43, 1991, p. 139 y ss.). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(15) (Elena Larrauri Ob. cit., p., 140 y ss.). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

del sentimiento socializado de la víctima, principalmente cuando aquellas medidas se aplican a formas de delincuencia que coyunturalmente se estiman relevantes. Pues bien, la respuesta política que a ello otorga el Estado se materializa, generalmente, en una decisión sobrecriminalizadora que vuelve a abrir las vías de la cárcel, sea porque se anula la aplicación de tales medidas de modo general o específico, o debido a que se incrementan los mínimos penales de los delitos cuestionados para hacerlos inaccesibles a los alcances despenalizadores de las medidas alternativas.⁽¹⁶⁾

Sin embargo, muchas de las críticas expuestas han sido absueltas de modo consistente, con dos argumentos tan simples como realistas y sólidos. Por un lado, se ha dejado en claro que el objetivo de las medidas alternativas nunca ha sido el de abolir la prisión. Y por otro lado, que a pesar de sus disfunciones los sustitutivos siguen siendo un medio de control penal menos dañino que la cárcel.⁽¹⁷⁾

Nos preguntamos si en el futuro el derecho penal contemporáneo seguirá incorporando medidas sustitutivas a las penas privativas de libertad. Víctor PRADO SALDARRIAGA señala que, "podemos fácilmente detectar como todavía predominante, con una rápida revisión de los códigos penales promulgados en los últimos quince años. Es así que encontramos medidas alternativas o sustitutivos penales, en el Código Penal Portugués de 1982; en el Código Brasileño de 1984; en el Código Penal Cubano de 1987; en el Código Penal Peruano de 1991; en el Código Francés de 1992 y en el Código Penal Español de 1995. Pero, además, el volumen y la diversidad de los subrogados penales que se incluyen en tales códigos es mucho más amplio y rico en opciones, que los que fueron incorporados al influjo del movimiento descarceratorio de los sesenta en el Proyecto Alternativo Alemán de 1966; en el Código Penal Austriaco de 1974; en el Código Penal

Alemán de 1975; y en los Códigos Sudamericanos y Centroamericanos que se elaboraron en base a los lineamientos del Código Penal Tipo para Latinoamérica sobre todo el Costarricense y el Colombiano".⁽¹⁸⁾

¿CÓMO SE HA IDENTIFICADO EN LA DOCTRINA Y DERECHO VIGENTE A LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD?

DE LA CUESTA ARZAMENDI,⁽¹⁹⁾ establece una clasificación de penas sustitutivas de las penas privativas de libertad, en base a cuatro modalidades de medidas:

- a) Sistemas de Privación de Libertad atenuada (arresto de fin de semana);
- b) Sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas (multa, trabajo en provecho de la comunidad);
- c) Instituciones probatorias (suspensión condicional de la pena y suspensión del fallo);
- d) Otras alternativas (dispensa de pena, perdón judicial, conciliación delincuente-víctima).

PRADO SALDARRIAGA señala que, el listado de medidas alternativas o sustitutivos penales que actualmente existen en el derecho penal comparado, es muy extenso y variado en tipos y características. En todo caso, para alcanzar una clasificación más o menos exhaustiva de sus diversas manifestaciones, conviene referirnos a dos importantes documentos de la materia:

- a) En primer lugar, el Informe General de la Secretaría General de las Naciones Unidas, presentado al Segundo Congreso O.N.U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado el

(16) PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(17) (En ese sentido: Francisco Muñoz Conde - Mercedes García Arán. Derecho Penal. Parte General. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1993, p. 496 y ss.). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(18) PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(19) PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

Londres en agosto de 1960.⁽²⁰⁾ Según dicho informe, pueden operar como sustitutivos de la pena privativa de libertad los mecanismos y procedimientos que a continuación se detallan:

- Suspensión condicional de la pena.
- Aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba.
- Multa.
- Arresto domiciliario.
- Prestación de trabajos o servicios al Estado o Instituciones oficiales o semioficiales.
- Reparación de los daños causados.
- Asistencia obligatoria a centros de educación.
- Promesa con fianza o sin ella de observar buena conducta en un período de tiempo.
- Amonestación o represión judicial o administrativa a puerta cerrada o en sesión pública.
- Obligación de comparecer durante un corto tiempo periódicamente ante una autoridad determinada.
- El perdón Judicial.
- La revocación temporal o definitiva del permiso de conducir.
- Prohibición de ausentarse del país durante un tiempo no mayor de seis meses, sin previa autorización judicial o administrativa.
- Obligación de someterse al cuidado o asistencia de un servicio social con el fin de seguir un tratamiento como paciente externo durante cierto período.

b) Y en segundo lugar, debemos citar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio, aprobados por la Asamblea General de la O.N.U. en diciembre de 1990.⁽²¹⁾ El artículo 8.1 de dichas Reglas señala como medidas alternativas las siguientes:

- Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia.
- Liberación condicional.
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones.

- Sanciones económicas y penas de dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días.
- Incautación o confiscación.
- Mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización.
- Suspensión de la sentencia o condena diferida.
- Régimen de prueba y vigilancia judicial.
- Imposición de servicios a la comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Para el profesor alemán JESCHECK, quien en 1985 publicó un importante estudio comparativo internacional sobre las medidas alternativas a la prisión,⁽²²⁾ los sustitutivos penales pueden ser sistematizados en cuatro grupos:

a) Formas especiales de privación de libertad de corta y mediana duración. A modo de ejemplo ubica en este nivel al arresto de fin de semana del anteproyecto de Código Penal Español de 1983 (Art. 36º) y a la Semidetención que introdujo en el Código Penal Italiano la reforma de noviembre de 1981 (Art. 53º).

b) La suspensión condicional de la pena y otras instituciones de prueba. En esta categoría se incluyen sobre todo la *probation* inglesa y la condena condicional de origen franco-belga. Pero también son de considerar otras opciones semejantes, que exigen períodos de prueba y reglas de conducta como el aplazamiento del pronunciamiento de pena (*ajournement de prononcé de la peine*) que contempla el derecho penal francés desde 1975 y que se incluye también en el Código Penal promulgado en 1992 (Art. 132º-63).

(20) (Citado por José María Rodríguez Devesa - Alfonso Serrano Gómez. Derecho Penal Español. Parte General. Ed. Décimo Séptima. DYKINSON. Madrid, 1994, pp. 906 y 907). De PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(21) (El texto completo de estas normas puede verse en EGUZKILORE Nº 6, 1993, p. 119 y ss.). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(22) (H.H. Jescheck. Die Freiheitsstrafe un ihre Surrogate im Deutschem und ausländischen Retch. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1985). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

c) La Pena de multa. En cualquiera de sus versiones, esto es, como multa de aplicación global o con la utilización del sistema de días-multa. Jescheck, además, considera que la pena de multa constituye "la alternativa más importante a la pena privativa de libertad" (Ob. cit., p. 28), y que su aplicación sustitutiva se encuentra difundida en la mayoría de países. El Código Penal Alemán de 1975, por ejemplo, le otorga dicha función en su Art. 47°.

d) Otros sustitutivos de la pena privativa de libertad. Corresponden a esta variable abierta cinco opciones de distinta naturaleza y operatividad, como la indemnización del ofendido; la dispensa de pena que, por ejemplo, contempla el Código Penal de Portugal de 1982 (Art. 75°); la represión pública prevista en el Código Penal Español recientemente derogado (Art. 89°); las penas de inhabilitación en cuanto operan como penas principales; y la pena de trabajo al servicio de la comunidad que contienen en Sudamérica varios códigos penales como el boliviano de 1973 (Art. 28°) y el brasileño de 1984 (Art. 43°). Cabe anotar que el proyecto alternativo español de 1982 (Art. 74°) y el código promulgado en 1995, también incluyeron este tipo de sustitutivos penales (Art. 49°).

Por su parte la clasificación española de GARCIA VALDEZ,⁽²³⁾ resulta por su concreción bastante práctica. En ella encontramos fundamentalmente dos tipos de sustitutivos:

a) Alternativas clásicas de tratamiento en libertad en régimen de prueba. La suspensión del fallo que contenía el anteproyecto español de 1983 (Art. 71.4) y que como reserva del fallo condenatorio recepcionó el Código Penal Peruano de 1991 (Art. 62°). Aquí, por lo demás, GARCIA VALDEZ coloca también otras alternativas similares, sobre todo la suspensión de la ejecución de la pena, en el esquema que actualmente en Sudamérica poseen el Código Penal Argentino (Art. 26°) y el Código Penal de Colombia de 1980 (Art. 68°).

b) Alternativas superadoras de la privación de libertad clásica. Bajo esta designación el precitado autor hispano incorpora todas las demás for-

mas sustitutivas conocidas, como el arresto de fin de semana; el trabajo en provecho de la comunidad; los mecanismos de renuncia a la sanción como la dispensa de pena o el perdón judicial; los procedimientos de diversión; y, claro está, la pena de multa.

3. MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991:

La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 señalaba que, la Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Asimismo señala, por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas.

Cabe señalar que los proyectos del Código Penal de los años 1989 y 1990 establecieron sus catálogos de penas sobre la base de tres clases: penas privativas de libertad, penas limitativas de derechos (inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) y pena de multa. El Código Penal de 1991 añadió una nueva modalidad a la que denominó penas restrictivas de la libertad (que comprenden las penas de expatriación de nacionales y expulsión de extranjeros).

En el código sustantivo, encontramos cinco modalidades de medidas alternativas y son las siguientes:

- 3.1 Sustitución de Penas Privativas de Libertad.
- 3.2 Conversión de Penas Privativas de Libertad.
- 3.3 Suspensión de la Ejecución de la Pena.
- 3.4 Reserva del Fallo Condenatorio.
- 3.5 Exención de la Pena

En lo referido a la sustitución de penas privativas de

(23) PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

libertad se encuentra la pena de Prestación de Servicios a la Comunidad:

3.1. SUSTITUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD:

La Sustitución de Penas Privativas de Libertad se encuentra regulada en los artículos 32° y 33° del Código Penal. Ella está vinculada con la operatividad de dos clases de penas limitativas de derechos: la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres. Víctor PRADO SALDARRIAGA señala que su fuente legal extranjera la encontramos en el artículo 44° *in fine* del Código Penal Brasileño de 1984. Entonces, la sustitución de penas es de origen brasileño e implica poder reemplazar penas privativas de libertad de hasta tres años⁽²⁴⁾ por penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

Todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos. Tanto la pena privativa de libertad con la pena de multa limitan el ejercicio de los derechos de libertad ambulatoria y de disposición de los ingresos o rentas. No obstante, cuando la legislación nacional utiliza tal denominación, alude precisamente a un tipo de penas que no afectan tales derechos, sino aquellos vinculados al ejercicio de funciones, atribuciones o capacidades especiales del condenado, así como también su disposición del tiempo libre.⁽²⁵⁾

Siguiendo el razonamiento de COBO-VIVES estamos ante un auténtico sustitutivo penal, ya que la medida que analizamos involucra, como efecto, la aplicación en lugar de la pena privativa de libertad, de otra pena de naturaleza distinta y no detentiva del condenado. Ahora bien, tal como aparece regulada, la sustitución de penas es una alternativa que la ley deja al absoluto arbitrio judicial. Únicamente se exige que la pena privativa de libertad sustituible no sea superior a tres años. En la medida, pues, en que el Juez considere en atención a la pena conminada,

para el delito y a las circunstancias de su comisión que el sentenciado no merece pena por encima de dicho límite, él podrá aplicar la sustitución, consignando en la sentencia la extensión de la pena privativa de libertad que se sustituye. Sin embargo, somos de opinión que en la decisión sustitutiva deben sopesarse también otros factores como lo innecesario de la reclusión y la inconveniencia, por razones preventivo generales y especiales, de no optar por otro tipo de medida alternativa como la suspensión condicional o la reserva del fallo.⁽²⁶⁾

Como se adelantó, dice PRADO SALDARRIAGA, las penas sustitutas son dos: Prestación de Servicios a la Comunidad y Limitación de Días Libres. El Juez deberá elegir entre ellas en función, se entiende, de las condiciones personales del condenado y del tipo de delito cometido. Su elección debe, pues, ser debidamente motivada. No cabe aplicar reglas de conducta u obligaciones complementarias al condenado. Este únicamente queda comprometido a cumplir la pena sustituta.

3.1.1. LAS PENAS LIMITATIVAS DE DE-RECHOS:

Se incluye en el Art. 31 del actual Código Penal, pero con una concepción moderna, que la distingue de las viejas concepciones que llegaron al extremo en el Derecho Romano, de entregar a un sentenciado de por vida, al servicio de la parte agraviada y en el derecho antiguo, a declarar la muerte civil de los condenados, razón por la cual fuera denominada "pena restrictiva de derechos", hoy concebidas como verdaderas penas de resocialización.⁽²⁷⁾

La utilidad principalmente reconocida a estas penas era su capacidad de reemplazo de penas privativas de libertad de corta duración, así como el poder ser empleadas en la sanción de delitos de mínima gravedad. Estas características fueron determinantes para su asimilación en el Derecho Penal brasileño y nacional, lo cual, además ha sido destacado como

(24) En el caso del Código Penal peruano de 1991, modificado por la Ley Nro. 27186 del 20/10/06, el Art. 32 establece que la pena de prestación de servicios a la comunidad y la pena de limitación de días libres se aplican como sustitutivas de la pena privativa de la libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años.

(25) PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009, Gaceta Jurídica, Gaceta Penal – Derecho Penal Parte General. Nro. 02 –Agosto 2009, Pág. 57 y Sgtes.

(26) (Cfr: Luis Bramont Arias - Luis A. Bramont Arias-Torres. Ob. cit., pp. 207 y 208). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano», Ob. Cit. Pág. 78 y sgtes.

(27) SALAS ZÚÑIGA Ricardo, *Teoría de la Pena o Coerción Penal*, Editorial Imdinser EIRL, Primera Edición Julio 1992, Piura – Perú, Pág. 72.

positivo por la doctrina especializada en ambos países.⁽²⁸⁾

La construcción de este sistema es una respuesta imaginativa al encierro para el supuesto de que el caso concreto, dependiendo de la naturaleza de la infracción lo mismo que de la culpabilidad del sentenciado, resulte a criterio del Juez, más adecuada a la sociedad, a la víctima y al propio sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que padecer un encierro de corta duración.⁽²⁹⁾

Víctor PRADO SALDARRIAGA señala que la principal virtud que se le reconoce a las penas limitativas de derechos es poder reemplazar a las penas privativas de libertad de corta duración y ser empleadas en delitos de mínima gravedad.

La tendencia moderna ha instituido o reforzado ciertos substitutivos penales a la pena privativa de libertad, para los casos que se relacionan con los delitos menos graves y para cuyos autores no es aconsejable el encarcelamiento.⁽³⁰⁾

El Código Penal de acuerdo con estas ideas ha insertado un sistema de penas alternativas o substitutivas del carácter general en su Art. 31°; prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.⁽³¹⁾

La innovación ha sido hecha con mucha cautela, por tratarse de una experiencia nueva en el área penal: se trata de penas que solamente pueden ser impuestas a reos que no ofrecen peligrosidad y que pueden permanecer en libertad.⁽³²⁾

La Administración Penitenciaria tomará las providencias necesarias para la efectiva ejecución de las penas limitativas de derechos, sin perjuicio de la inmediata

aplicación y del cumplimiento donde sea posible. Cuando no sea posible la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de fin de semana, podrá el Juez optar por la suspensión de la ejecución de la pena.⁽³³⁾

3.1.1.1. PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD:

Esta pena limitativa de derechos resulta ser, por su naturaleza y modalidad ejecutiva, el exponente más caracterizado de un nuevo Derecho Penal que se constituye ideológicamente alterno al tradicional significado represivo y vertical de las penas privativas de libertad. En ese contexto, la función de la pena de prestación de servicios a la comunidad expresa una tendencia proactiva y de autorresocialización del condenado.⁽³⁴⁾

Si bien este tipo de penas buscan, como dice ROXIN,⁽³⁵⁾ que el delincuente pueda retomar a la legalidad a través de acciones autorresponsables. Esto sirve para la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente.

Sin embargo, PRADO SALDARRIAGA dice que, los desarrollos operativos de este tipo de penas son determinantes para que resulten ser funcionales a las expectativas que suscitan, evitando su desgaste político-criminal. En esa línea VILLA STEIN señala que: "Es obvio que mientras no se organicen los sistemas adecuados al funcionamiento de las penas alternativas, no se puede recurrir a ellas, sin caer en la burla de la pena o simbolizarla".⁽³⁶⁾

El Art. 8 del Decreto Supremo Nro. 005-2000 JUS de fecha 28/06/2000 señala que: "Se considera prestación de servicios a la comunidad todo trabajo voluntario, gratuito, personal, de utilidad pública y

(28) PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009, Ob. Cit. Pág. 59.

(29) VILLA STEIN Javier, Ob. Cit. Pág. 489.

(30) BRAMONT ARIAS Luis A. y BRAMONT ARIAS TORRES Luis, *Código Penal Anotado*, Editorial San Marcos, Primera Edición Lima - Perú 1995, Pág. 206

(31) BRAMONT ARIAS Luis A. y BRAMONT ARIAS TORRES Luis, Ob. Cit. Pág. 206.

(32) BRAMONT ARIAS Luis A. y BRAMONT ARIAS TORRES Luis, Ob. Cit. Pág. 206

(33) BRAMONT ARIAS Luis A. y BRAMONT ARIAS TORRES Luis, Ob. Cit. Pág. 206

(34) PRADO SALDARRIAGA Víctor, «Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009, Ob. Cit. Pág. 67.

(35) ROXIN Claus, ("Cambios en la teoría de los fines de la pena.") de la obra *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Editorial Grijley, Lima 2007, Págs. 86.

(36) VILLA STEIN Javier, Ob. Cit. Pág. 492.

respetuoso de la dignidad de la persona realizado en cumplimiento de una pena legalmente impuesta". Valdir SZNICK⁽³⁷⁾ señala como sus principales ventajas su alta potencialidad resocializadora y su nula efectividad estigmatizante. Y entre sus desventajas, menciona que los servicios o trabajos que prestan los condenados adolecen de escasa eficiencia y productividad, ya que son realizados por personas improvisadas e inexpertas; asimismo, que esta pena puede generar una competencia negativa en el mercado laboral del ciudadano libre.

A. CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD:

Según SZNICK,⁽³⁸⁾ la pena de prestación de servicios a la comunidad presenta las siguientes características:

- La naturaleza jurídica de la prestación de servicios comunitarios es la misma que posee la pena pecuniaria, o sea patrimonial.
- La especie de la prestación de trabajo es de naturaleza pública, o sea, trabajo público o de interés social o de interés de la comunidad.
- Es realizado sin perjudicar las actividades laborales o estudiantiles, y es realizado en el horario de trabajo más conveniente con la capacidad del condenado, inclusive en los feriados y los fines de semana, aunque ello no coincida con el que realicen los restantes condenados.
- El ámbito de los locales donde el trabajo puede ser realizado es bastante amplio: puede ser prestado junto a entidades asistenciales que trabajen con niños, huérfanos o incapaces (...), instituciones de asistencia hospitalaria.

B. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA:

Señala PRADO SALDARRIAGA que históricamente, en nuestra legislación penal no hay antecedentes directos de esta clase de penas. Quizá, -agrega-, lo más cercano a sus características naturales podría

ser el trabajo que en obras del Estado o de instituciones de utilidad social incluyó el Código Maurtua como forma de sustituir la prisión convertida por el no pago de una multa (Art. 24). En el Proyecto Hurtado la pena de prestación de servicios a la comunidad figuró solamente como sanción sustitutiva (artículos 38 y 45).

C. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991:

La prestación de servicios a la comunidad en el Código Penal de 1991 sigue la configuración y estructura que adoptó esta sanción en el Código Penal brasileño.

En nuestro Código Penal vigente se encuentra regulada en el artículo 34. Esta disposición precisa que se trata de trabajos gratuitos y que deben prestarse obligatoriamente en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones de servicio social. También se establece que pueden realizarse en obras públicas o de utilidad comunal. El citado artículo demanda, además, que la asignación de los trabajos comunitarios se adecue, en lo posible a las aptitudes personales del demandado.

La pena de prestación de servicios a la comunidad se cumplirá a través de jornadas de diez horas semanales, las cuales tendrán lugar los días sábados y domingos. Sin embargo, el condenado puede pedir que los servicios asignados los preste también en otros días de la semana que sean feriados o que correspondan a su periodo vacacional. En cuanto a la extensión límite de la pena estudiada, la norma regula un mínimo de diez jornadas semanales y un máximo de ciento cincuenta y seis jornadas semanales.

La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede aplicarse como sustitutiva de penas privativas de libertad no mayores de cuatro años (Art. 32 del Código Penal).

D. ¿Cómo opera la sustitución de la pena privativa de libertad por la de prestación de

(37) (Cfr. SZNICK Valdir. "A pena de trabalho e suas características". En Justicia. Nro. 130, 1985, Pág. 69). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009, Ob. Cit. Pág. 68.

(38) (Cfr. SZNICK Valdir. "A pena de trabalho e suas características". Ob. Cit. Pág. 69). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009, Ob. Cit. Pág. 69.

servicios a la comunidad?:

Hasta antes de la promulgación de la Ley Nro. 27186, el Código Penal presentaba un defecto normativo en este punto:

" El Código presentaba una equivalencia desproporcionada que fija la ley para determinar la extensión de la pena sustituta. En efecto, según el párrafo *in fine* del artículo 33° del Código Penal, para sustituir la pena privativa de libertad que cabría aplicarle al condenado, el juzgador debería recurrir a las equivalencias que se estipulan en el artículo 52°. Pues bien, en este último dispositivo se fijan las siguientes proporciones:

- Un día de privación de libertad equivale a una jornada semanal de prestación de servicios a la comunidad.
- Un día de privación de libertad equivale a una jornada semanal de limitación de días libres.

Teniendo en cuenta que conforme a los numerales 34° y 35° las penas sustitutas se cumplen sólo los fines de semana, y que la sustitución puede alcanzar a penas privativas de libertad de hasta tres años, resultaría que en su extremo límite el condenado debería cumplir 1,095 jornadas semanales de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Lo que cronológicamente significaría que el condenado vea extendido el cumplimiento de su sanción sustitutiva hasta un período aproximado de 21 años.

A partir de 1999, el reemplazo opera de modo siguiente:

- Siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios a la comunidad.⁽³⁹⁾

Dice PRADO SALDARRIAGA que, las reformas introducidas con la Ley Nro. 27186 no solo aportaron racionalidad al régimen de la sustitución, sino que también dieron coherencia a los rangos fijados por el artículo 53 del Código Penal para el supuesto

de revocación por incumplimiento injustificado de la pena convertida de prestación de servicios a la comunidad.

En tanto que, la organización, asignación y supervisión de la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad corresponde al Instituto Nacional Penitenciario - INPE, cuyas facultades y responsabilidades están reguladas en la Ley Nro. 27030 de fecha 29/12/1998, y en su Reglamento.

Sin embargo, según Lily VÁSQUEZ DÁVILA, el enfoque y las expectativas de la Administración Penitenciaria sobre la situación actual de la prestación de servicios a la comunidad no son nada alentadoras, ya que no hay un impacto en la ciudadanía, así como el haberse constatado que algunas entidades receptoras con quien se ha celebrado convenios, sin embargo son discriminadoras en cuanto a las plazas que proveen, existiendo únicamente la posibilidad de acceder a actividades que no son nada compatibles con las características especiales y particulares de cierto tipo de sentenciados que tienen un nivel de instrucción que resulta incompatible con las actividades que debieran realizar. Resulta pues necesario que se observe con atención estos problemas con el objeto de encontrar mecanismos más accesibles y acordes con la realidad de cada sentenciado, debiendo lograr un concurso cívico de la sociedad en el proceso de resocialización en estos casos.

E. PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL 2008/2009:

El Anteproyecto del Código Penal, ha estipulado en su Art. 31 que la prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a CINCO AÑOS y la naturaleza, modalidad del hecho punible así como la personalidad del agente hicieran prever

(39) Esta posibilidad y equivalencia fueron introducidos en virtud de la Ley Nro. 27186 de 1999, ya que originalmente la conmutación procedía únicamente con penas privativas de libertad de hasta tres años, siendo la ecuación sustitutiva de un día de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios, lo cual daba como resultados desproporcionados e incompatibles con los fines de estas sanciones.

que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

Nótese que el Anteproyecto ha aumentado a cinco años el límite máximo de la sanción sustituida, en consecuencia, la orientación está dirigida a evitar la encarcelación siempre y cuando sea posible la sustitución de la pena privativa de la libertad a consideración del Juez, debiendo tener presente la naturaleza, modalidad del hecho punible así como la personalidad del agente hicieran prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

En este caso nos preguntamos, ¿existe un catálogo o parámetro objetivo que le permita al Juez apreciar la naturaleza, modalidad del hecho punible así como la personalidad del agente? o es que el Juez procederá discrecionalmente conforme a su criterio personal.

Asimismo, el Anteproyecto ha mantenido la equivalencia establecido por el Código Penal de 1991 modificado por la ley Nro. 29486 de 1999, es decir: Siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios a la comunidad. Consideramos que es coherente con los objetivos de las penas sustitutas.

Sin embargo el Anteproyecto mantiene un defecto, el mismo que está presente en el Código Penal de 1991 y que según Víctor PRADO SALDARRIAGA está referido a:

"La ausencia de normas que regulen la revocación de la sustitución en caso de incumplimiento de la pena sustituida. Dicha omisión impide al Juez adoptar cualquier sanción, incluida la revocatoria de la sustitución, en caso que el condenado incumpla con las obligaciones propias de la pena sustituta de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. De otro lado, los efectos del principio de legalidad que consagra el artículo II y, complementariamente, el artículo III del Título Preliminar, hacen inaplicable, para el supuesto que analizamos, el régimen de conversión que define el artículo 55° del Código Penal.

Esta última norma sólo considera el caso en que las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, que fueron impuestas como penas principales y autónomas, fuesen incumplidas por el condenado.

Asimismo, el Anteproyecto del Código Penal le da mayor espacio conminatorio a la pena prestación de servicios a la comunidad y también a la de limitación de días libres, al excluir la pena privativa de libertad para delitos leves y autorizar su aplicación sustitutiva en caso de delitos de mediana gravedad. En es sentido, como afirma nuestro Profesor PRADO SALDARRIAGA⁽⁴⁰⁾ : Esta posición legislativa, por lo demás, concuerda con las recomendaciones de diferentes organismos internacionales que como el Consejo de Europa o Reforma Penal Internacional vienen sosteniendo, desde mediados de los años setenta del siglo pasado, que deben agotarse los esfuerzos para promover y evaluar *"las ventajas del servicio en favor de la comunidad y además, en particular, las posibilidades dadas al delincuente de expiar su pena realizando servicios a la comunidad; y que la comunidad contribuya aceptando su participación en el trabajo voluntario"*.⁽⁴¹⁾

II. PROPUESTA PARA EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL (2008/2009):

Frente a la ausencia en el Código Penal de 1991 y en el Anteproyecto, de normas que regulen la revocación de la sustitución en caso de incumplimiento de la pena sustituida, que impide al Juez adoptar cualquier sanción, incluida la revocatoria de la sustitución en caso que el condenado incumpla con las obligaciones propias de la pena sustituta de prestación de servicios a la comunidad (o de limitación de días libres); resulta necesario incorporar una respuesta al incumplimiento de la pena sustituta, en los mismos términos que se precisan en el artículo 53° del Acotado Código vigente. En este numeral se dispone la revocatoria, previo apercibimiento judicial, de la pena convertida y el consiguiente cumplimiento

(40) PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009, Ob. Cit. Pág. 71.

(41) (GIMBERNAT ORDEIG Enrique. "El sistema de penas en el futuro Código Penal". En: Doctrina Penal. Nro. 8, 1979, Pág. 582). Citado por PRADO SALDARRIAGA Víctor, "Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009, Ob. Cit. Pág. 71.

de la pena privativa de libertad.⁽⁴²⁾

CONCLUSIONES

1. Las medidas alternativas son el conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración.

2. La importancia actual de las medidas alternativas para las penas cortas de prisión se pone de manifiesto si se considera el elevado porcentaje de condenados a este tipo de penas sobre el total de los reclusos. Por ello, prácticamente todas las legislaciones europeas han suprimido las penas cortas de prisión. Tal es el caso de Alemania Federal, Portugal, Austria, Suiza y Francia.

3. Pese al respaldo doctrinal y legal de las medidas alternativas, hay que precisar que hay unanimidad al limitar su aplicación a las penas de duración corta y media. La pena de privación de la libertad sigue siendo "la espina dorsal del sistema de sanciones en materia de delincuencia grave, y de reincidencia grave reiterada", sin perjuicio de su existencia como pena subsidiaria en caso de imposibilidad de pago de la pena de multa

4. La Sustitución de Penas Privativas de Libertad en nuestra legislación nacional, se encuentra regulada en los artículos 32° y 33° del Código Penal de 1991. Ella está vinculada con la operatividad de dos clases de penas limitativas de derechos: la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres.

5. Se considera prestación de servicios a la comunidad todo trabajo voluntario, gratuito, personal, de utilidad pública y respetuoso de la dignidad de la persona realizado en cumplimiento de una pena legalmente impuesta. En nuestro Código Penal vigente se encuentra regulada en el artículo 34. Esta disposición precisa que se trata de trabajos gratuitos y que deben prestarse obligatoriamente en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones de servicio social. También se establece que pueden realizarse en obras públicas o de utilidad comunal. El citado artículo demanda, ade-

más, que la asignación de los trabajos comunitarios se adecue, en lo posible a las aptitudes personales del demandado.

6. Actualmente, el mecanismo de reemplazo de la pena privativa de libertad por la de prestación de servicios a la comunidad, opera de modo siguiente: "Siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios a la comunidad". Esta es la equivalencia actual.

7. El Anteproyecto ha mantenido la equivalencia establecido por el Código Penal de 1991 modificado por la ley Nro. 29486 de 1999, es decir: Siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios a la comunidad.

8. Resulta necesario incorporar, en el Anteproyecto del Código Penal del 2008/2009, una respuesta al incumplimiento de la pena sustituta, en los mismos términos que se precisan en el artículo 53° del Acatado Código vigente. En este numeral se dispone la revocatoria, previo apercibimiento judicial, de la pena convertida y el consiguiente cumplimiento de la pena privativa de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- PRADO SALDARRIAGA Víctor y otros.** *Derecho Penal - Parte General.- Materiales de Enseñanza: 1ra Edición Marzo 1995*, Editora Jurídica Grijley EIRL.
- PRADO SALDARRIAGA Víctor,** "Las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Peruano", en *Cathedra*, Nro. 02, 1998.
- PRADO SALDARRIAGA Víctor,** "Las Penas Limitativas de Derechos en el Código Penal. Su reforma en el Anteproyecto 2008/2009", *Gaceta Jurídica, Gaceta Penal - Derecho Penal Parte General*. Nro. 02 -Agosto 2009.
- SALAS ZÚÑIGA Ricardo,** *Teoría de la Pena o Coerción Penal*, Editorial Imdinser EIRL, Primera Edición Julio 1992, Piura - Perú.
- VILLA STEIN Javier,** *Derecho Penal Parte General*, Editora y Librería Jurídica Grijley, Tercera Edición 2008.
- BRAMONT ARIAS Luis A. y BRAMONT ARIAS TORRES Luis,** *Código Penal Anotado*, Editorial San Marcos, Primera Edición Lima - Perú 1995.
- ROXIN Claus,** ("Cambios en la teoría de los fines de la pena".) de la obra *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Editorial Grijley, Lima 2007.
- <http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/4343-07/725.pdf>
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto.** *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*. Primera edición, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000.
- VILLA STEIN, Javier.** *Derecho Penal parte general, 2da edición*. San Marcos, Lima, 2001.

(42) Concordamos con la postura de nuestro profesor del Programa del Doctorado en Derecho de la UPT, el Dr. VICTOR PRADO SALDARRIAGA - Vocal de la Corte Suprema de Justicia, gracias a quien, y con motivo del desarrollo del Curso Seminario de Derecho Penal y Procesal Penal, hemos podido desarrollar el presente trabajo académico, que puede ser útil a quienes estudian y aplican el derecho penal.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ADOPCIÓN EN EL PERÚ

Víctor Hugo Nina Cohaila

«Al afirmarse que la adopción confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, se colige su naturaleza emplazatoria-desplazatoria que, respecto del estado de familia, asume la sentencia que acuerda la adopción».

* Docente de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Privada de Tacna.

"Brayan era un adolescente de 17 años, a quien conocí cuando estaba albergado en un hogar del Estado, había estado allí desde los 07 años de edad, cuando un Juez lo declaró en estado de abandono, ya que sus padres eran alcohólicos y drogadictos. Brayan, no tenía familiares conocidos. Brayan me confesó que fue muy duro para él asumir que se había quedado solo en el mundo, y lo mucho que hubiera querido que una familia lo hubiese adoptado, y así poder tener una familia y no estar solo. Brayan era un adolescente institucionalizado, es decir, iba a cumplir sus 18 años en el albergue y luego tendría que irse y no sabía donde, ignoraba lo que iba a suceder luego, sentía temor, no quería que llegue el día de su cumpleaños, pero ello era inevitable."

LA ADOPCIÓN: CONCEPTO:

Sin lugar a dudas, la adopción constituye un acto jurídico solemne que recae dentro del ámbito familiar y que crea una filiación con igual categoría que la filiación matrimonial. Todo ello, dentro del marco establecido por las constituciones, que equiparan a todos los hijos, otorgándoles iguales derechos y deberes frente a sus padres.

No olvidemos que la adopción es una institución que tutela al niño desamparado y hay que tomar en cuenta su enorme trascendencia social y de la convivencia humana, puesto que acoge y alberga a un niño o adolescente en el seno de una familia debidamente constituida convirtiéndolo en un hijo con todos sus derechos como tal.

Etimológicamente la palabra adopción tiene su origen en las palabras latinas: *ad* y *optio* que significa acción de adoptar o prohiar. Estas palabras derivan del verbo adoptar que significa prohiar.

Planiol y Ripert, consideran que la adopción es un contrato solemne sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.⁽¹⁾

Para Casso y Cervera; la adopción es una ficción legal por la que se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza.

Para Colin y Capitant, "la adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de parentesco y filiación".⁽²⁾

En concepto de Guillermo Cabanellas, la adopción es el: "Acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política, a quien no lo es por naturaleza; sin excluir el resquicio que esto consiente para legalizar ciertas ilegitimidades".⁽³⁾

De conformidad con el artículo 21º de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁽⁴⁾ el sistema de adopción debe tener como objetivo primordial al interés superior del niño:

"Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)"

En el Perú, según el maestro Héctor Cornejo Chavez: "La voz Castellana adopción trae su origen del latín *adoptio* o *nem*, derivada del verbo *adoptare*, que se compone del prefijo *ad* y del verbo *optare*, que significa desear. Por lo tanto, la palabra adopción se puede tomar desde distintos ángulos, ya sea como la acción de recibir o adquirir alguna opinión o doctrina, aprobándola o siguiéndola, o si se quiere desde el punto de vista de tomar resoluciones o acuerdos dos personas, pero a lo que a nosotros nos interesa es desde un ángulo diferente, nos referimos a la acción de recibir como hijo, con los requisitos legales al que no es naturalmente".⁽⁵⁾

(1) Planiol Marcel y Ripert Georges, tratado práctico de Derecho Civil Francés, p.256. París 1926.

(2) Colin, Ambrosio y CAPITANT; Derecho Civil. Pag. 654.

(3) Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliastra S.R.L. Argentina. 1984. Pag. 174

(4) La convención de los derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de Noviembre de 1989.

(5) Cornejo Chávez, Héctor; Derecho de Familia peruano, Tomo II. Pag. 85; Lima 1962.

Asimismo, según Enrique Varsi, la adopción es una institución tutelar del Derecho de Familia mediante la cual una persona adquiere la calidad de hijo del adoptante a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con aquel. De esta manera, la ley crea una relación paterno-filial plena respecto del adoptante (padre y madre) y el adoptado (hijo) quien deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser parte de su nueva familia con todos los derechos que como hijo le corresponden, tales como al nombre, alimentos, herencia y los derivados de ellos.⁽⁶⁾

Al afirmarse que la adopción confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, se colige su naturaleza emplazatoria-desplazatoria que, respecto del estado de familia, asume la sentencia que acuerda la adopción. Cuando el Código dice "adquiere la calidad de hijo", quiere decir que ella genera toda una gama de relaciones jurídicas familiares, como son:

- 1.- Derecho al nombre.
- 2.- Vocación hereditaria.
- 3.- Derecho y obligación alimentaria.
- 4.- Impedimentos matrimoniales.
- 5.- La patria potestad corresponde al adoptante y si fuese adoptado por cónyuges su ejercicio corresponde a ambos.⁽⁷⁾

Entonces, cuando el artículo 377° del Código Civil, señala que el adoptado adquiere la calidad de hijo quiere decir que se genera todo un abanico de relaciones jurídicas de carácter familiar, como ser el derecho al nombre, a la herencia, la obligación y el derecho alimentario, la patria potestad respecto del adoptado, etc.; es más, de conformidad con el artículo 22° de nuestro código civil, el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes, según sea el caso.

PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN:

En el Derecho positivo nacional vigente, se puede distinguir hasta tres formas de adopciones, ello teniendo en consideración la edad y la situación legal del adoptado. Así podemos mencionar las siguientes:

a) La adopción de niños o adolescentes que judicialmente hayan sido declarados en abandono. Es la llamada adopción de carácter administrativa, misma que se tramita ante la secretaría técnica de adopciones, a cargo del MIMDES, previa declaración judicial del estado de abandono del niño o del adolescente, según sea al caso.

b) La adopción de niños o adolescentes, en sede judicial, Juez especializado de Familia, caso en el cual, no es necesario la declaración del estado de abandono del niño o del adolescente por adoptar, y respecto de la cual solo se puede dar en tres supuestos claramente determinados, los que serán objeto de comentario posteriormente.

c) La adopción de personas mayores de edad, misma que puede ser tramitada en vía judicial o notarial.⁽⁸⁾

Para el desarrollo del presente artículo, a modo de ilustración, desarrollaremos brevemente la adopción administrativa y luego centraremos nuestra atención en la adopción judicial antes aludida, ya que a juicio del autor, es su inadecuada regulación la que puede generar más de un problema en la práctica jurídica, por lo que es preciso cuestionar los alcances de la mencionada regulación.

LA ADOPCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ.-

Mediante la ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, ley N° 26981, la oficina de adopciones del MIMDES, se encuentra abocada directamente a la adopción de niños y adolescentes. La referida legislación determina que el proceso de adopción se realice en tres etapas: Pre-adoptiva, Adoptiva y Post-Adoptiva.

Los criterios para la evaluación de los padres sustitutos son los siguientes:

a) Las personas que desean adoptar deben ser

(6) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Comentario al artículo 377. Código Civil comentado, T. II. Derecho de Familia, 1era. Parte. Gaceta Jurídica. Lima. 2003. p. 725.

(7) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Código Civil comentado. Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2003.

(8) Según lo dispuesto por los artículos 1° y 2° de la Ley de Competencia Notarial de Asuntos No contenciosos, Ley N° 26662 de fecha 22 de Setiembre de 1996.

emocionalmente estables, optimistas, con autoconfianza, capacidad afectiva, respeto y aceptación, hacia el niño o adolescente que adoptarán.

b) Deben acreditar solvencia moral y contar con recursos intelectuales normales, de preferencia con secundaria completa.

c) Además deben tener estabilidad económica y vivienda que garantice la atención de las necesidades básicas de alimentación, salud y educación de su futuro hijo.

d) Su edad debe estar comprendida preferentemente entre los 25 y 55 años. Excepcionalmente se evaluarán las solicitudes que no se circunscriban a estas edades.

Documentación solicitada a los adoptantes:

- a) Copia del documento de identidad.
- b) Copia de la partida de nacimiento de los adoptantes y sus hijos, de ser el caso.
- c) Copia de la partida de matrimonio y/o sentencia de defunción del cónyuge, de ser el caso.
- d) Certificados de antecedentes penales y policiales.
- e) Certificados médicos de salud física y mental.
- f) Certificados de trabajo o constancias de ingresos o declaración jurada del Impuesto a la Renta.
- g) Fotografías de los adoptantes y de su hogar.

Etapas que comprende el proceso de adopción administrativa:

a) Preadoptiva o evaluativa:

- Asistencia a la sesión informativa.
- Asistencia al taller de preparación para la adopción.
- Los solicitantes deberán ingresar la ficha de inscripción a mesa de partes del MIMDES.
- Proceso de preparación: entrevistas, visitas domiciliarias, aplicación de pruebas psicológicas.
- Proceso de evaluación integral: presentación de solicitud de adopción y documentación legal.
- Declaración de aptitud.
- Ingreso al registro Nacional de Adoptantes.
- Propuestas de designación al Consejo Nacional de Adopciones.

b) Adoptiva:

- Se comunica la designación.
- La familia envía carta de aceptación de la designación.

- Etapa de empatía: Presentación del niño con su familia.

- Externamiento.

- Etapa de colocación familiar con fines de adopción: el especialista que designe la Secretaría Nacional de Adopciones realiza las visitas y/o entrevistas necesarias para garantizar la adaptación del niño o adolescente con su familia adoptiva.

- Firma de la resolución de adopción y el compromiso de seguimiento y acompañamiento post adoptivo.

- Comunicación a la RENIEC y obtención de la nueva partida del niño, niña o adolescente adoptado.

c) Seguimiento y acompañamiento post adoptivo:

- En el seguimiento y acompañamiento postadoptivo, se realizan visitas a las familias (por tres años en caso de adopciones nacionales y por cuatro años en caso de adopciones internacionales, cada uno de ellos con intervalos de seis meses).

- Se concluye el seguimiento y acompañamiento postadoptivo con la emisión del acta final, el que obviamente deberá ser positivo en cuanto a los resultados de la adopción.

LA ADOPCIÓN JUDICIAL EN EL PERÚ:

LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.-

El Código de los niños y adolescentes establece en su artículo 128°, que en vía de excepción, "puede iniciar la acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o el adolescente:

a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o la madre del niño o el adolescente por adoptar: En este caso el niño o el adolescente mantiene los vínculos de filiación con el padre o la madre biológicos;

b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y

c) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años".

Asimismo y en concordancia con el Código Civil vigente, precisa en el artículo 238° que la adopción es

fuerza de parentesco dentro de los alcances de esta institución, mientras que el artículo 377° dispone que por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea; así lo refiere el maestro Guillermo Cabanellas: "*La adopción atribuye al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Uno y otro se deben recíprocamente alimentos. Reconocidos en la escritura de adopción, los derechos sucesorios del adoptado son irrevocables. La adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de la otra parte*".⁽⁹⁾

A tenor del artículo 378° del Código Civil, se establecen los requisitos, mismos que resumiremos en los siguientes:

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.- Significando ello que la persona que quiera adoptar tenga una conducta irreprochable, ya que la adopción no solo tiene el fin de proveer cuidados y protección al niño o adolescente por adoptar, sino también valores de carácter ético moral. El cumplimiento de este requisito es muy cuestionado, en tanto no existe un "moralómetro" para medir la moral de una persona, ya que un individuo aparentemente puede ser moral, una persona normal, sin embargo, ello no necesariamente es así, por lo que para cumplir este requisito, en la práctica se solicitan los certificados de antecedentes penales y policiales del adoptante, lo que en buena cuenta avala un comportamiento moralmente aceptable, ya que quien no ha tenido problemas con la justicia, puede ser calificado de esa manera. Este requisito se encuentra relacionado con el artículo 12° del D.S. N° 001-99-PROMUDEH, referido al procedimiento administrativo de adopción de menores declarados judicialmente en estado de abandono, ya que requiere de los adoptantes las siguientes aptitudes: a) Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal; y e) Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia niñas, niños y adolescentes.

2.- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.- Como se sabe, en nuestro

país, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, que es justamente la diferencia que tiene que existir entre el adoptante y el adoptado, así por ejemplo, si el niño por adoptar cuenta con diez años de edad, el adoptante no podrá tener menos de 28 años de edad. Nuestra legislación ha considerado la diferencia de 18 años, más no ha regulado la edad límite del adoptante, esto es, que no existe límite de edad para adoptar, lo que llevaría a que por ejemplo una persona de 70 años de edad pueda adoptar a un niño de 5 años de edad, lo cual no estaría bien, ya que, al tener demasiada edad el adoptante no podrá comprender los problemas de la generación del adoptado.

3.- Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge.- En pro de la armonía matrimonial, es necesario que cuando el adoptante sea casado, su cónyuge preste su consentimiento o esté de acuerdo con la adopción, básicamente para evitar desavenencias matrimoniales y con el fin de salvaguardar el derecho hereditario del otro cónyuge. Nótese, que del mencionado requisito, se infiere que el adoptante muy bien puede ser soltero, caso en el cual, no deberá concurrir asentimiento alguno, más que su propia voluntad. Este inciso presenta una limitante implícita a la adopción de una pareja homosexual, así como la adopción que pudiera ser pretendida por convivientes.

4.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.- En nuestra legislación es muy importante la voluntad del adoptado, en tanto, sea mayor de diez años, ya que a esa edad, el niño ya puede darse cuenta si los padres adoptivos son idóneos para velar por su futura formación. El asentimiento que debe prestar el menor, debe ser libre y espontáneo, no debe tener condicionamiento alguno, ello debe ser parte de los elementos que llenen la convicción del Juez al momento de sentenciar y obviamente del representante del Ministerio Público al momento de emitir el dictamen correspondiente. La razón de la concurrencia de este inciso, pareciera ser obvia, pues no existe nadie más interesado en la adopción que la propia persona del adoptado, quien de tener más de diez años de edad, su consentimiento será decisivo para la

(9) Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliastra S.R.L. Argentina. 1984. Pag. 174

procedencia de la adopción, lo que no ocurriría en caso que fuera menor de dicha edad, dejándose a criterio del Juez su procedencia.

5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o curatela.-

La norma en comento, también requiere que los progenitores del niño o adolescente por adoptar, en tanto se encuentre vigente la patria potestad, presten su consentimiento en la adopción de su hijo; denotándose de la redacción del mencionado requisito, que en caso que los progenitores del niño o adolescente por adoptar, contradigan dicha adopción, por ese solo hecho, el Juez estará obligado a declarar infundada la demanda de adopción. Este requisito también es de aplicación a los curadores de incapaces.

6.- Que se oiga al tutor o curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.-

El tutor o curador del adoptado y también el consejo de familia, según sea el caso, serán llamados, para que puedan opinar y sustentar, ante el Juez competente de la adopción, sobre la procedencia de la misma y sobretodo si la adopción le es o no favorable a su representado: Ello es entendible, ya que la función de las mencionadas instituciones es básicamente las de proteger los intereses de sus representados, esto es, de los menores y de los mayores de edad incapaces.

7.- Que sea aprobada por el Juez, con excepción de las leyes especiales.-

En la función propia del Juez, quien al momento de decidir sobre la procedencia o no de la adopción, deberá valorar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, y luego, tomando en consideración el principio del interés superior del niño y del adolescente, emitir pronunciamiento sobre el fondo de la adopción, velando siempre por el bienestar del adoptado. Este inciso es de aplicación solo en el caso de las adopciones judiciales, más no en las adopciones de carácter administrativa.

8.- Si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el Juez su voluntad de adoptar.-

Requisito de confirmación personal ante el juez, por parte del adoptante, en tanto se contemplen los su-

puestos mencionados, esto es, que el adoptante tenga nacionalidad extranjera y que el adoptado sea menor de edad. Este inciso se justifica, por que existe una gran cantidad de adopciones por extranjeros que luego han cometido abusos contra los adoptados, así como también por el llamado tráfico de niños.

Todos estos requisitos, señalados en el Código Civil, deben cumplirse en cualquiera de los casos establecidos en el artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes.

Asimismo, el artículo 379°, del Código Civil determina que, una vez terminado el procedimiento, el Juez o funcionario competente o el Notario, que tramitó la adopción, oficiará al registro del estado civil donde se inscribió el nacimiento para que se extienda una nueva partida en sustitución de la original en cuyo margen se anotará la adopción, consignándose en la nueva partida de nacimiento como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida, quedando prohibida toda mención respecto de la adopción, estando además prohibida la pluralidad de adoptantes, no permitiéndose por tal motivo que alguien sea adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.

Hecho esta breve introducción analizaremos las tres excepciones establecidas en la norma⁽¹⁰⁾ respecto a la adopción judicial de niños o adolescentes sin declaración de abandono:

A) EL QUE POSEA VÍNCULO MATRIMONIAL CON EL PADRE O LA MADRE DEL NIÑO O EL ADOLESCENTE POR ADOPTAR. EN ESTE CASO EL NIÑO O EL ADOLESCENTE MANTIENE LOS VÍNCULOS DE FILIACIÓN CON EL PADRE O LA MADRE BIOLÓGICOS:

En este caso, nos estamos refiriendo a la adopción del hijastro o hijastra, cuya justificación se encuentra en el fortalecimiento de los lazos de la nueva relación familiar. Por esta causal, el cónyuge adoptante necesariamente debe tener vínculo de matrimonio con el cónyuge padre o madre del niño o adolescente preadoptado.

(10) Esto es, el tantas veces mencionado artículo 128° del Código de los Niños y los Adolescentes.

Asimismo, este será el único caso en el que el niño o adolescente adoptado mantendrá los vínculos de filiación con el padre o madre biológico y adquirirá nuevo vínculo de filiación con el o la cónyuge adoptante; situación que no ocurre en los otros dos supuestos que analizaremos posteriormente.

Consideramos, que el supuesto analizado es positivo, en tanto, permite a la nueva familia, debidamente constituida mediante el matrimonio civil, fortalecer los lazos familiares mediante la adopción, máxime, cuando en algunos casos, la pareja formada tiene hijos, por lo que en estos casos la adopción, del hijo de uno de ellos, va a permitir que no se hagan distinciones entre los mismos, buscando inclusive la identidad en los apellidos de todos los hijos, ya que, de conformidad con el artículo 377° del Código Civil, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia; por lo que el supuesto analizado, es una excepción a dicha norma, en tanto el niño o adolescente adoptado, mantiene los vínculos de filiación con su padre o madre biológicos, lo cual, como repito, nos parece positivo en aras de la integración familiar.

B) EL QUE POSEA VÍNCULO DE PARENTESCO HASTA EL CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD O SEGUNDO DE AFINIDAD CON EL NIÑO O ADOLESCENTE PASIBLE DE ADOPCIÓN:

- Los parientes con vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con el niño o adolescente a adoptar, también gozan de la excepción establecida en la norma, esto es, que no se requerirá la declaración judicial de abandono del adoptado.
- Dentro de los parientes del segundo grado de consanguinidad tenemos a los abuelos y hermanos del niño o adolescente por adoptar.
- Dentro de los parientes del tercer grado de consanguinidad tenemos a los bisabuelos y a los tíos hermanos de los padres del niño o adolescente por adoptar.
- Dentro de los parientes del cuarto grado de consanguinidad tenemos a los tatarabuelos y a los tíos abuelos del niño o adolescente por adoptar.
- Dentro de los parientes del segundo grado de afinidad tenemos a los cónyuges del abuelo o del hermano del niño o adolescente adoptado.

Esta excepción se justifica desde todo punto de vista, ya que, cuando existen padres biológicos que no asumen sus obligaciones como tales, siempre estarán los demás integrantes de la familia dentro de los grados analizados anteriormente, quienes puedan otorgar soporte al niño o adolescente, llegando inclusive, a ejercer su derecho de adopción, lo que también se justifica, por la proximidad familiar y obviamente por la vinculación de carácter afectivo que existe entre el niño o adolescente pasible de adopción con sus parientes, quienes además están en la obligación moral de ver, amparar y proteger al futuro adoptado.

Entre las muchas razones que pueden existir, para que los padres biológicos no asuman su responsabilidad como tales, pueden estar el hecho que el niño o adolescente sea huérfano por haber fallecido sus padres, o que estos sean alcohólicos o drogadictos, o que simplemente hayan abandonado al menor.

C) EL QUE HA PROHIJADO O CONVIVIDO CON EL NIÑO O EL ADOLESCENTE POR ADOPTAR, DURANTE UN PERÍODO NO MENOR DE DOS AÑOS:

Los efectos de este inciso, son los que pueden resultar ser negativos para un niño o adolescente, en la posibilidad de ser adoptado, ya que, en la práctica se han tenido algunos problemas, por ejemplo:

El caso, en que convivientes sean los que desean hacer uso del inciso a) analizado anteriormente, es decir, el conviviente desee adoptar a la hija de la conviviente, obviamente no podrían hacerlo merced al inciso a) ya que este requiere necesariamente que el adoptante sea cónyuge del padre o de la madre del niño o adolescente por adoptar; entonces se recurre al inciso c), ya que si la convivencia ha sido mayor a los dos años, el adoptante podría decir que ha prohijado al adoptado, al haber convivido con su madre o padre; sin embargo, merced al inciso c), el adoptado pierde los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos, ya que, como dijimos anteriormente, la única excepción en la que el adoptado no pierde los vínculos de filiación con el padre o madre biológico, está contemplada para el inciso a) del Art. 128° del Código de los Niños y los Adolescentes, luego que pasaría si luego de ser adoptado el niño o adolescente, por alguna razón se extingue o termina la convivencia, entonces el adoptado tendría que irse con su padre o madre adoptivo, ya que con su padre o ma-

dre biológico no tendría ningún vínculo de filiación, lo cual me parece injusto y peligroso. Ahora bien, en muchos casos en los que se han podido apreciar, que pese a que el demandante ha cumplido con la mayoría de los requisitos indispensables para que la adopción del niño o adolescente por adoptar, se puede observar, que de ampararse su pedido y al no ser casado con la madre o padre del referido menor, la demandada o el demandado, solamente él sería considerado como padre o madre del mismo, para todo efecto legal, al no resultar de aplicación para los "convivientes", lo dispuesto por el artículo 128° inciso a) del Código de los Niños y adolescentes, generándose que se rompa el vínculo que une al adoptado a su padre o madre biológicos, lo que desde ningún punto de vista es conveniente, más aún, cuando la parte demandada y la parte demandante ni siquiera han procedido a formalizar la unión de hecho que mantienen vía el matrimonio, lo que deja abierta la posibilidad que en caso de poner fin a tal relación, el menor adoptado al no tener vínculo legal con su madre o padre biológico, tenga que permanecer con el adoptante.

A lo anterior, inclusive se debe agregar, que al no tener acreditado el o la demandante, que la "unión de hecho" que mantiene con la madre o padre del niño o adolescente, sea libre de impedimento matrimonial (por ambas partes) deja subsistente la posibilidad que cualquiera de los dos esté casado con tercera persona, lo que también haría inviable la adopción, máxime, cuando el cónyuge debe prestar su consentimiento en la adopción que pretenda realizar su consorte. Supuesto que en la práctica generalmente es así, razón por la que los convivientes no pueden contraer matrimonio, ya que uno de ellos o ambos, no se encuentran libres de impedimento matrimonial, generando con ello, una convivencia impropia, la que no se encuentra dentro de los alcances del artículo 326° del Código Civil de 1984.

A MODO DE CONCLUSIÓN:

Consideramos, que es peligrosa la posibilidad, en algunos casos como el planteado, de mantener la vigencia del inc. c) del artículo 128° del Código de los Niños y los Adolescentes, ya que como se ha podido ver, en la imposibilidad de hacer uso del inc. a) del mismo artículo, por no haber contraído matrimonio civil, los convivientes podrían recurrir al inc. c), por lo

que en estos casos, la demanda planteada, debería desestimarse, teniendo en cuenta que la "convivencia" no genera los mismos derechos que el matrimonio, salvo los casos de "uniones de hecho propias" (libres de impedimento para contraer matrimonio y que tienen más de dos años de vigencia), solo en lo que se refiere a una cuestión de carácter patrimonial, esto es una comunidad de bienes, parecida al régimen de la sociedad de gananciales, en lo que le fuera aplicable, a tenor de lo dispuesto por el artículo 326° del Código Civil, más no en lo referido a otras instituciones jurídicas.

Por ello, considero que en los casos de convivencia, no debe permitirse la posibilidad que los convivientes puedan adoptar, de la misma forma que lo pueden hacer los cónyuges, al amparo del inc. a) del artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, ya que, en este caso, y solo en este caso, el padre o madre biológico, cónyuge del adoptante no pierde los vínculos de filiación con el adoptado. Sin embargo, el prohijamiento de dos años, estipulado en el inc. c) del artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, y del que pudieran hacer uso los convivientes, no goza de este privilegio, ya que la o el conviviente padre o madre biológico del adoptado, si perdería los vínculos de filiación con el adoptado, lo que implicaría una situación de desprotección, tanto del adoptado como del padre o madre biológicos, ya que la convivencia, si bien es cierto también se encuentra protegida por la ley, no goza de los privilegios del matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA:

- MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. *Derecho de Familia*. Tomo II.
MEJIA SALAS, Pedro. *La Adopción en el Perú*.
CABANELLAS, Guillermo. *Enciclopedia de Derecho Jurídico*.
VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Comentario al artículo 377*. Código Civil comentado, T. II. Derecho de Familia, 1era. Parte. Gaceta Jurídica.
VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Código Civil comentado*. Tomo II. Gaceta Jurídica.
FLORES CARDENAS, Juan Manuel. *La adopción por convivientes*. Gaceta Jurídica.
CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho de Familia*.
GACETA JURIDICA. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II y Tomo III.
KEMELMAJER, Aida. *Nuevos perfiles del derecho de familia*.
PLACIDO V., Alex F. *Derecho de Familia*.
PLACIDO V., Alex F. *Filiación y Patria Potestad*.
PLACIDO V., Alex F. *Quinto Módulo del Programa de Ascenso para magistrados*. Derecho de Familia. Academia de la Magistratura.

CALIDAD Y GESTIÓN DE LA CALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Carlos Alberto Pajuelo Beltrán *

«El nuevo siglo, (...), hace evidente que la burocracia requiere de la urgente implementación de políticas que reorienten esa maquinaria anquilosada y desfasada en una herramienta dirigida al progreso de toda la sociedad».

* Docente de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Privada de Tacna, cátedra de Derecho Aduanero y Criminología

"...Cuando la contaminación inmoral llega a los extremos a que hemos llegado, la gente de tanto defenderse se acostumbra, y al acostumbrarse nada le parece anormal y hasta defiende el sistema. Del "qué cosa quieres que haga", se pasa al "en otros países es peor". Ya nada causa asco. Es la fuerza de la costumbre."

Herbert Morote

Mi interés en el tema de la necesidad de modernizar las relaciones entre el gobierno y el ciudadano, el servicio público y el contribuyente, surgió desde hace mucho tiempo, específicamente por el año 1,987 cuando era un bisoño estudiante de derecho del segundo año y fui a la capital para realizar mis prácticas pre graduales y también veía la luz "El Otro Sendero"⁽¹⁾ de Hernando de Soto.⁽²⁾ Por entonces la capital era incesantemente bombardeada por Sendero Luminoso y los niveles de corrupción y corruptela del primer gobierno del Presidente Alan García, mucho de esto último se plasmaba en una maquinaria burocrática a nivel de ministerios absolutamente elefantásica. Cuando fui a visitar a un tío mío que trabajaba entonces por el Ministerio de Energía y Minas para ver lo de las famosas prácticas recuerdo que fue una experiencia bastante desalentadora debido a que mi tío era nada mas ni nada menos que "asesor del ministro", lo que me generó naturales expectativas de que se iba a producir un encuentro cercano con la majestuosidad de un Ministerio. Grande fue mi sorpresa al ingresar al edificio de Surco y luego de pasar por pasillos abarrotados de personal vestido de terno y sastre, a cada paso constataba el evidente exceso de personal, finalmente llegué a la oficina de mi tío, que al fin y al cabo no era mas que uno de los tantos -algo de veinte- "asesores del ministro". Todos agolpados de a dos o de tres en escritorios desvencijados. Me comentó, al ver mi extrañeza que él tenía suerte dado que en la mayoría de los casos los otros "asesores" no tenían escritorio y dentro de los que tenían un lugar en los escritorios la mayoría simple y llanamente no tenía "chamba", él sí. El asunto era de Ripley porque mucho de toda esa marea de personal simple y llanamente se limitaba a leer los periódicos, no podían desarrollar trabajo alguno porque inclusive el asignarles una máquina de escribir y el papel que debía dige-

rir esa máquina significaba un gasto insulso para el Estado. Estando así las cosas me llamó francamente la atención el hecho de que no había espacio para prácticas pero que lo que si podíamos hacer era ver si me daban "trabajo". -"Pero si allí no entra una aguja más"- pensé. No importa, me dijo mi amoroso pariente, hacemos tu curriculum al toque , lo presentamos y ...izaz! lo podríamos lograr...solamente faltaba (cómo no?) el carnet partidario. Obviamente uno de los requisitos era que debía regularizar cuando antes mi situación laboral obteniendo de alguna manera un carnet aprista. Basta tío, -hasta allí nomás- pensé y me fui con una clara imagen de lo que era la burocracia en mi país.

Posteriormente con la caída del muro de Berlín y el mensaje globalizador que desnudó las malas prácticas en los gobiernos en esta parte de la región y seguramente más lejos en aquellos países detrás de lo que era la llamada cortina de hierro, la estructura que sostenía esas monstruosas burocracias también colapsó, pasando radicalmente de un estado (con minúsculas) de agarrotamiento del aparato estatal, a un gobierno que solamente participaba en aspectos regulatorios mínimos.

Surge como inquietud la posibilidad de implementar una administración pública que tenga objetivos claros para el logro del bienestar general, que no es otra cosa el principal complejo axiológico hacia donde se deben de direccionar los esfuerzos de todos. Así nos encontramos con el Libro Blanco.

El Libro Blanco es un instrumento emitido por las administraciones públicas de los países que conforman la Unión Europea y que detalla las pautas para lograr el objetivo de una administración pública mo-

(1) DE SOTO, Hernando. El Otro Sendero, Bogotá, Ed. Printer Colombiana, 6ª. Edición, 1987.

(2) Posteriormente, por el año 2008, supe que la autoría fue cuestionada por Mario Ghibellini, pero en fin, el documento auspiciado por del ILD, al margen de quien fue el autor guarda en sus páginas el primer mensaje a la necesidad de un Estado sano, dinámico y progresista.

dema y acorde a la nueva dinámica que presenta la sociedad.

Los ejes del Libro Blanco europeo son los siguientes según el instrumento del VII Congreso Internacional del CLAD⁽³⁾ sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, realizado del 8 al 11 de Octubre del 2002 y cuyo texto ciertamente está plenamente al alcance de todos en la web: **a.** Promover la gestión de calidad en las administraciones públicas. **b.** Mejorar la atención a los ciudadanos y establecer un sistema integral de comunicación con la Administración. **c.** Configurar una organización flexible y eficaz. **d.** Definir una nueva política de dirección y desarrollo de las personas. **e.** Integrar la Administración Pública en la Sociedad de la Información y del Conocimiento. **f.** Favorecer la competitividad del sistema económico y hacer sostenible el progreso." Nosotros nos enfocaremos en el primer punto.

Considero que es importante referimos al tema de la Calidad, porque es un término muy usado como justificación de actos de gobierno. Es importante alcanzar un criterio que ya no es tanto personal sino que recoge importantes consensos. La idea es centrar el elemento calidad en la gestión pública definiéndolo como una arista del concepto integral de la calidad del servicio público. Así, si nos referimos a la promoción de la gestión de calidad en la administración pública debemos señalar que es sumamente importante que la definición de calidad, en tanto insumo esencial de la gestión de las organizaciones - aunque usted no lo crea- no puede ser adecuadamente definida por el más experto, tal vez por ello podemos encontrar en la población generalmente un alto grado de insatisfacción respecto del servicio público que se recibe. Es decir, que suena bien pero nadie se ha puesto de acuerdo en saber qué es o de que se trata finalmente el problema de la calidad en la gestión de las organizaciones.

Cuando preguntamos sobre la naturaleza de la calidad en un evento internacional⁽⁴⁾ donde se tocaba un tema sumamente interesante como lo es la prospectiva estratégica nos dimos con la sorpresa de

que las versiones que surgían como concepción de calidad variaban desde un enfoque eminentemente efectista como es que afirmaba por ejemplo que la calidad de una empresa se plasmaba en su producto o servicio final, pues dejaba abierto flancos como por ejemplo el hecho de que no se consideraba la satisfacción plena del cliente, y el cliente en el caso del servicio público viene a ser nada más ni nada menos que el ciudadano. Pero cómo ¿se puede hablar de un servicio público de calidad que no satisface al cliente? Pues claro, y ello porque la plenitud debe corresponder al grado de satisfacción, debiendo hablarse entonces de satisfacción plena, pero lamentable o felizmente la satisfacción plena no existe, es utópica y por su naturaleza es combustible esencial para la motivación permanente.

En la empresa privada por ejemplo vemos ejemplos de esta suerte de dicotomía constante entre calidad del servicio y satisfacción plena del cliente.⁽⁵⁾ Veamos porque creemos en ese enfoque dicotómico:

Pongamos como ejemplo el caso de los jeques árabes. Multimillonarios que tienen infinita capacidad adquisitiva como para adquirir casi cualquier bien o servicio imaginable como autos de súper lujo personalizados, castillos feudales, equipos de futbol, islas privadas, etc. Sin embargo es muy probable que su concepción de satisfacción plena sea difícil de alcanzar porque probablemente al tener casi todo al alcance, se propongan explorar nuevas áreas pero dentro de ámbitos eminentemente prohibitivos por la moral o la ley. Siendo esto así ¿podríamos hablar de satisfacción plena? Resulta entonces una media perfectamente inversa en la que la posibilidad de satisfacción de necesidades de índole fatuo o suntuario, en búsqueda de su plenitud, se intercepte con la potencialidad de que exista satisfacción para otros pero con cosas de índole primario como el alimentarse o la fatiga que produce alimentar a la descendencia.

Así entonces tenemos del otro lado a Pablo Pueblo,⁽⁶⁾ un ciudadano del nuevo siglo, del sector pequeño burgués, un asalariado, que para poder vivir debe trabajar y para mantener cierto status invertir en su capa-

(3) Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

(4) Diplomado Internacional BSC. ANR. Lima septiembre 2008 a febrero 2009.

(5) El cliente en la administración pública es el ciudadano o el contribuyente.

(6) Personaje ficticio al igual que el Jeque.

citación y si tiene una familia mantener un presupuesto que acarrea recaudar para seguros médicos, educación futura de sus hijos y una o dos barbacoas al mes. ¿Para Pablo Pueblo cual será el *súmmum* de plenitud de sus necesidades? Probablemente todo se limite a un eventual y poco probable aumento de sueldo en un porcentaje algo importante una o dos veces al año.⁽⁷⁾ La corriente general con cosas como la crisis económica mundial probablemente acarrearía que en cualquier momento Pablo pierda su empleo, en tal caso la satisfacción plena de sus necesidades se limita a no perder el empleo. Concepción absolutamente diferente de los insumos para la eventual satisfacción del Jeque árabe. Inclusive el Jeque hipotético en el mayor de los casos simplemente persigue el sustento de meros antojos. Pablo Pueblo y el jeque sólo mantienen algo en común y no es que se conformen con el "mejor" producto o servicio para obtener la satisfacción plena a sus necesidades sino que ambos se mantienen en un estado de insatisfacción plena.

Pero volviendo al manejo de la cosa pública y la calidad, las relaciones que mantiene la administración con el cliente o ciudadano deben inferir un enfoque sistémico que necesariamente tiene que ver con la eficacia y eficiencia para acortar la brecha de insatisfacción semiplena de las necesidades. Ello solamente se puede lograr si se establecen y asignan claramente los roles de los operadores: la administración (el gobierno⁽⁸⁾) y los administrados.

¿Pero a qué Estado nos referimos? Aquí hemos de detenemos un momento para referimos a uno de los mensajes más importantes que plasmó Octavio Paz sobre la burocracia en los países de esta parte del globo, en su importante "Ogro Filantrópico" y decía: "Los liberales creían que, gracias al desarrollo de la libre empresa, florecería la sociedad civil y, simultáneamente, la función del Estado se reduciría a la de simple supervisor de la evolución espontánea de la humanidad. Los marxistas, con mayor optimismo, pensaban que el siglo de la aparición del socialismo sería también el de la desaparición del Estado. Esperanzas y profecías evaporadas: el Estado del siglo XX se ha revelado

como una fuerza más poderosa que la de los antiguos imperios y como un amo más terrible que los viejos tiranos y déspotas. Un amo sin rostro, desalmado y que obra no como un demonio sino como una máquina". Entonces coincidimos con Paz que para Latinoamérica en el zenit del siglo pasado, la herencia fue la de un Estado - y por ende, de un aparato gubernamental- absolutamente impersonal, anómico, abúlico y en muchos casos vetusto.

El nuevo siglo, sin embargo, hace evidente que la burocracia requiere de la urgente implementación de políticas que reorienten esa maquinaria anquilosada y desfasada en una herramienta dirigida al progreso de toda la sociedad. No solamente nuevas políticas sino también la necesidad de sensibilizar a todo el sistema y a la propia civilidad que es necesario erradicar el principal obstáculo para lograr la efectividad de toda medida destinada a que el aparato estatal, sus recursos humanos y la nueva filosofía: la corrupción.

La tarea de combatir a la corrupción no resulta sencilla y dista mucho de serlo debido a que prácticamente toda la estructura legal basada en las normas legales dictadas para intentar el servicio público o ciudadano en las últimas cuatro décadas por lo menos, se encuentra direccionada a "evitar el robo de los caudales o bienes públicos"⁽⁹⁾ o, en buena cuenta, considerando y asumiendo que la normativa debe servir de escudo a las malas prácticas del burócrata. Pero con ello lo que paradójicamente se ha logrado es precisamente el efecto contrario, siendo ese el escenario que corresponde afrontar. Frases como "hecha la ley hecha la trampa" son pastillas cargadas de negativismo que a la postre pueden marcar a las generaciones futuras y el permitir que esta cultura de la abulia se siga transmitiendo en desmedro del mejor tesoro que puede tener un pueblo: la esperanza en su propia juventud.

Probablemente el lector se haga la pregunta respecto de que no nos estamos abocando a considerar que muchas entidades del gobierno⁽¹⁰⁾ se han premunido de certificaciones de gestión de calidad otorgada por entidades como la Organización Internacional de

(7) Cuyo temor de que no se produzca forma parte del stress laboral moderno.

(8) Gobierno Central, Regional o local, indistintamente.

(9) Más o menos los términos utilizados por mi amigo del Mag. Saúl Rivera Borjas utilizados en el desarrollo del tema "La Inteligencia Emocional en la Administración Pública" de la UPT, Sept. 2009.

(10) Siendo esta una constante en el concierto internacional.

Estandarización de la calidad (que otorgan verbigracia los ISO 9000, ISO 14,000, etc.), que solamente se refieren a la gestión de procesos. No podemos confundir el tema de la calidad como eje esencial de cualquier impulso de mejora en los procesos con la calidad de los procesos en sí mismos. Explicamos con un ejemplo: La SUNAT mantiene una constante certificación de procesos de ISO, pero la recaudación tributaria a recaído un 20 % el último periodo fiscal. Resulta evidentemente, que no sólo basta tener una buena normativa dirigida a aumentar la recaudación tributaria sino que se deben activar todos aquellos niveles de la administración que permitan trabajar el subsistema de *feed back* o retroalimentación de cada una de las medidas a implementarse.

Imaginémonos un vehículo diseñado para turismo urbano que adquirimos en una tienda, vehículo cero kilómetros, nuevo de paquete, y de pronto lo ponemos a trabajar en tareas agrícolas de carga en una zona rural. El vehículo probablemente responderá a las exigencias y sus sistemas de freno, dirección, alimentación de combustible, eléctrico, etc. puedan obtener luego de un examen independiente uno de otro una calificación ISO. Sin embargo con el paso del tiempo y debido a que el diseño del vehículo no le permite afrontar debidamente el trabajo será cuestión de tiempo el colapso de la maquinaria que comprende los sub sistemas de freno, dirección, alimentación de combustible, eléctrico, etc.

Ahora bien, aplicando nuevamente el ejemplo en lo referente a la política de recaudación tributaria⁽¹¹⁾ tenemos que esta por naturaleza se encuentra enmarcada en la necesidad del Estado de hacerse compulsivamente de recursos para transmitirlos en forma de buen servicio público. Y en ese marco, por ejemplo, no se puede mantener una política de premio al no pagador de tributos extendiéndole infinitas

oportunidades, mismas que no se otorgan al resto de contribuyentes. La excepción no puede convertirse en regla, por consiguiente la calidad de la política de gobierno destinada a la recaudación puede ver comprometida su "calidad" esencial pese a que sus mecanismos de gestión mantengan una aparente óptima operatividad. No hay un ISO -no solo en el Perú sino en Latinoamérica- que sirva para medir la consecución o deberíamos decir de la preservación institucional de la organización, dado que por definición los procesos de gestión dinámicos en su manejo interno de flujos operacionales,⁽¹²⁾ pero son absolutamente estáticos cuando no se engranan sistemáticamente a la esencia institucional, mientras que la esencia institucional (mejor forma de recaudar tributos, o mejor dicho: la política tributaria) se debe de dinamizar día con día, considerando también, por extensión que no tiene mucho sentido que se aumente la recaudación sin que se atienda al mismo nivel el mejoramiento de la presión tributaria. Estos son los dos brazos elementales de una política tributaria coherente para lograr avances importantes en países como el nuestro aquí en Latinoamérica.

En fin, y cómo no, otro caso inquietante de disociación entre los procesos internos con los que requiere una auténtica delimitación de objetivos relacionados con la calidad del servicio estriba en el manejo de la administración de justicia, componente fundamental de la administración pública. Aquí creemos que se encuentran plenamente identificadas aquellas taras que hacen que el sistema judicial simple y llanamente se encuentre colapsado. En todo caso, valga la oportunidad para referir a H. Morote⁽¹³⁾ que ciertamente utiliza términos bastante duros para referirse a la magistratura peruana: "...Nuestro sistema judicial es más ineficaz que corrupto, y de esto último es ya bastante. Un sistema corrupto pero eficaz podría excusar a los malhechores que lo sobornarán, pero también absol-

(11) La recaudación tributaria de Perú cayó casi un 20 por ciento en septiembre frente al mismo mes del año pasado, su novena contracción consecutiva ante el impacto de la crisis financiera mundial en la economía local, informó el Gobierno. Los ingresos sumaron el mes pasado 4.152 millones de soles (1.450,2 millones de dólares), un 19,6 por ciento menos que en septiembre del año previo, precisó la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). Asimismo, la recaudación entre enero y septiembre se redujo un 16,6 por ciento contra igual período del año previo, a 38.534 millones de soles. El ente anticipó que "los resultados negativos continúen todavía hasta octubre, y que en los meses de noviembre y diciembre retomen las tasas de crecimiento como consecuencia (...) de la recuperación que debe registrar la actividad económica". Perú es principalmente un exportador de materias primas, como los metales, cuyos precios cayeron este año en medio de un declive de la demanda mundial ante el embate de la crisis financiera. Fuente: Reporte para la Agencia Reuters de Patricia Vélez (6 de octubre 2009).

(12) Esos procesos internos son los que mide el ISO.

(13) Ob. Cit. "Réquiem por el Perú mi Patria" Pág. 250. Editores Palao.Lima-2004.

vería a los inocentes. Un sistema ineficaz y corrupto solamente suelta a los que pueden pagar la coima, quedándose en nuestras espantosas cárceles el resto, sean inocentes o culpables". La triste realidad nos muestra el aumento de los efectos negativos de la desnaturalización de la institución judicial produciéndose innumerables casos de "justicia" por propia mano, lo que los juristas reconocen como una suerte de retorno al estadio de la venganza privada (ni siquiera Hammurábica). Pero vale preguntarse: ¿cuál es esa esencia institucional de la que hablamos? Pues no es otra cosa que la de aplicar el sentido común al caso concreto dejando sin efecto todo atisbo de privilegio en la administración pública. En el caso de la administración de justicia por ejemplo, no podemos negar que toda la estructura del poder judicial en lo penal (tomemos por un momento arbitrariamente el tema criminal) carece de un adecuado diagnóstico de la realidad a la cual va a ser aplicada. Nuestra legislación penal vigente, aun, recoge en mucho las propuestas romanas germánicas atávicas a realidades propias de la civilización romana del siglo quinto con instituciones como la del Codex, el Digesto o Pandectas de Justiniano. Es un modelo esencialmente occidental u occidentalizante, sin embargo la moderna sociología nos ha enseñado que para la realidad peruana no funciona bien porque ésta mantiene una composición poblacional muy variada, compleja en sus costumbres y raíces. Se trata de normas creadas por y para la denominada "civilización" occidental. Pero, ¿Cómo se puede pretender aplicar los principios jurídicos de la institución de la propiedad del derecho romano que atiende a la *res* o cosa como una facultad íntimamente ligada a la potestas del dominio personal o familiar? En la selva amazónica peruana por ejemplo ante la realidad Shipiba, Asháninka o Ahuajun (entidades o conglomerados sociales primarios); en las altiplanicies de Puno la realidad Aymara y Quechua; Andahuaylas, etc. presentan una concepción absolutamente diferente de *institutas* como la propiedad, la

familia, etc., tenemos que su noción de lo que significa la justicia como valor axiológico es también diferente. El valor cultural de lo que conocemos como justicia para la civilización occidental difiere en mucho de la justicia como valor cultural en las comunidades culturales o nacionales de arraigo autóctono. La dicotomía cultural hasta ahora ha resultado irreconciliable.⁽¹⁴⁾ Inclusive el sentido mismo de la palabra civilización⁽¹⁵⁾ proviene según Alvarez Junco, de un convencionalismo del reciente siglo XVIII y que no queda del todo claro pero que se trata de entender por los efectos de dominación y conquista de unos pueblos respecto de otros. A lo mejor simplemente se trata de una simple justificación de los actos de sometimiento al poder o como señala Foucault de los actos de los "operadores de dominación".

El primer punto del Libro Blanco europeo destierra cualquier intento de populismo que a su vez genera el asistencialismo que sirve de caldo de cultivo a los políticos retrógrados para obtener fatuos réditos y falsos logros. Generar una cultura de calidad no solamente destierra la imagen de un gobierno complaciente con los grupos de dominación sean estos de índole económico sino también de los grupos de dominación que portan el estandarte de la "pobreza", ambas formas de manipulación son absolutamente execrables, para ganar réditos indebidos.

Finalmente es menester señalar de que no es la intención de este artículo el proporcionar un enfoque nihilista de la relación administrativa de la sociedad y el aparato gubernamental en el Perú, sino simplemente coadyuvar a la reflexión al lector que la salida en buena parte de toda la problemática se debe basar en un auténtico compromiso social, desterrando los falsos privilegios que se dan a cualquier grupo de presión o de poder, y porque no, probablemente marcar ese compromiso en función a un Libro Blanco en el Perú.

(14) Hernando de Soto, en *El Otro Sendero*, sobre el caso peruano abonaba: "Somos un país que conforma "dos Perús paralelos" el oficial y el marginado. El oficial podemos deducir que es el de las instituciones gubernamentales, instituciones, sindicatos, universidades, Fuerzas Armadas y por supuesto la Iglesia. Y el Perú marginal lo conforman los campesinos, la masa urbana, y todas las organizaciones y expresiones productivas, sociales que de estas se desprendan. Pero el problema no es reciente y se remonta mucho tiempo atrás debido a que la patria peruana es fruto de dos vertientes, una española y otra de los llamados indios. El aporte español era doble: la religión católica y la lengua castellana mientras la contribución americana habría sido sólo el paisaje. Los hombres y mujeres de estas tierras, sus lenguas y culturas no contaban"

(15) «La primera vez que se habló de «civilización» fue en el siglo XVIII, en el marco conceptual de la teoría del progreso. Los ilustrados comenzaron por contraponer civilización, epítome de la nueva forma de vida racional que ellos representaban, a «feudalismo»; por extensión, pasó a enfrentarse con barbarie, salvajismo o, en general, atraso.» Opinión de José Alvarez Junco. Fundación Altman. (<http://www.webislam.com/?idt=5112>)

EL DAÑO MORAL Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS

Javier R. Peralta Andía *

« (...) una de las tareas más difíciles que enfrentan los jueces ha sido precisamente cuantificar el daño moral, no solo por la dificultad de su probanza sino también por la no existencia de pautas objetivas que permitan una real y equitativa fijación de su monto. Entonces, este artículo pretende responder a dos preguntas: ¿Cómo se prueba el daño moral? ¿Cómo cuantifican los jueces el daño mencionado?»

* Doctor en Derecho y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, una de las instituciones que más debate ha originado en los últimos tiempos ha sido el daño moral, considerado como una categoría de la responsabilidad civil patrimonial y extrapatrimonial. Los justiciables casi nunca han estado de acuerdo con el monto de la reparación civil fijados en los procesos penales, menos con las indemnizaciones señaladas por los órganos jurisdiccionales en materia civil respecto de los daños morales.

Así, una de las tareas más difíciles que enfrentan los jueces ha sido precisamente cuantificar el daño moral, no solo por la dificultad de su probanza sino también por la no existencia de pautas objetivas que permitan una real y equitativa fijación de su monto. Entonces, este artículo pretende responder a dos preguntas: ¿Cómo se prueba el daño moral? ¿Cómo cuantifican los jueces el daño mencionado? Es un problema al cual se enfrentan diariamente los operadores del derecho: abogados y jueces.

A veinticinco años de la promulgación de nuestro Código todavía continúa la discusión de mantener, o quizás eliminar el concepto de daño moral; puesto que, al haberse incluido como nueva sistematización del daño, al daño a la persona, se considera a éste último con un espectro mucho más amplio que la simple esfera emocional o sentimental del ser humano, abarcando una protección integral de éste y posibilitando un resarcimiento completo de los perjuicios irrogados como consecuencia de la afectación de los bienes más preciados de todo hombre: su libertad y su dignidad.

I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1 Conceptualización.- Uno de los presupuestos necesarios para que surja la obligación de reparar es la producción del daño, entendida como toda lesión a un interés jurídicamente protegido por el derecho y que de acuerdo con nuestra legislación existe un daño patrimonial: daño emergente y lucro cesante y; un daño extrapatrimonial: daño a la persona y daño moral. Ubicado el daño moral, que también puede darse en ambos tipos de responsabilidad, veamos las nociones que se dan sobre el tema.

En sentido amplio, el daño moral es todo daño extrapatrimonial que involucra tanto al daño moral en sentido propio como a los demás daños no patrimoniales como la integridad física, la salud, el honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, etc. En ese sentido lo entienden también en el sistema francés y español. Así Díez-Picazo afirma que bajo la denominación de daño moral se comprende a la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales que se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio.

De otro lado, en sentido estricto, el daño moral es aquél que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos y valores de la víctima que produce gran dolor, aflicción, considerados socialmente dignos de protección. En otros términos, es la ruptura de la paz y la tranquilidad espiritual, el sufrimiento psicológico que puede generarse a un sujeto manifestado en dolor, angustia, aflicción, humillación, etc. Aquí se afecta o lesiona la dimensión espiritual de hombre.

La indemnización por daño moral tiene entonces carácter resarcitorio y no sancionatorio, razón por la cual es irrelevante atender a la causa que lo genera.

1.2 Posiciones doctrinarias.- Existen varias, en primer lugar, la que considera el daño moral como una subespecie del daño a la persona. Lo interesante de esta posición es que ubica su centro de análisis en la propia persona. Para hablar de daño extrapatrimonial, necesariamente debemos remitirnos a la obra del maestro Fernández Sessarego, a quien se le atribuye haber incluido dentro del artículo 1985 el concepto de daño a la persona diferenciándolo del daño moral, pues para este autor existe una nítida distinción entre la genérica noción de "daño a la persona" y el concepto de "daño moral". Dentro de su posición, distingue además el "daño al proyecto de vida" como una grave limitación al ejercicio de la libertad del ser humano como un componente del "daño a la persona".

El distinguido maestro, justifica su posición manifestando que al haberse incorporado en el Código el daño a la persona como uno distinto al daño

moral, explica que el proyecto estaba considerando únicamente al daño moral, pero por insistencia de él en una última reunión sostenida con Arias Schreiber, a la sazón Ministro de Justicia, logró que se contemple el daño a la persona dentro de las normas de la responsabilidad extracontractual, lo que se considera un gran mérito de ese momento y, explica además, la razón por la que el daño a la persona no se incluyó en el Libro de Obligaciones.

Por último, el maestro Sessarego en su obra "El daño al Proyecto de Vida", es persistente en la necesidad de dejar claramente establecido la diferencia existente entre la tradicional expresión de "daño moral" y la contemporánea de "daño a la persona", indicando que el "daño moral" (*pretium doloris*) no es otra cosa que una modalidad del "daño a la persona", toda vez que considera que daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento", en cuanto, el daño a la persona para él "significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, "comprendiéndose dentro del mismo "hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana".

En segundo lugar, se tiene el enfoque según el cual, el daño a la persona está comprendida en el daño moral. Leysser León, se adhiere a la posición de la doctrina más generalizada en el sentido que el daño a la persona está comprendido dentro del daño moral. Así, el daño moral debe ser definido con dos alcances diferentes:

Primero, en sentido estricto y propio, daño moral es aquél que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo de índole moral, ya en la ofensa de afectos, del alma, internos, naturales y lícitos. Por ende, daño moral, es el hecho de rebajar la reputación personal de otra; la falta de educación de los hijos a cuyos padres agravian; un padecimiento o aflicción causada a una persona, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho.

Luego, en sentido lato e impropio, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya. Así, es

daño moral, no sólo el que se ha indicado en el estricto sentido, sino el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan.

Con lo expuesto, para esta corriente el daño a la persona no debería tener el nivel de categoría dentro del ordenamiento peruano, pues el mismo se encuentra incluido dentro de lo que es el daño moral, cabe precisar que Leysser León considera que la inclusión del daño a la persona en nuestra legislación sería producto de una deficiente interpretación por parte de Fernández Sessarego de lo dispuesto al respecto por el ordenamiento italiano, que es de donde se importa este concepto.

Asimismo, para esta posición, "moral" es lo contrario a "material", razón por la cual no se debe hacer una diferenciación entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino entre daños materiales y daños morales, entendido el daño moral como aquél que abarca todas las consecuencias del evento dañoso que no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de derechos fundamentales.

Creemos que el concepto de daño moral no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos o afectos más importantes y elevados, o que el daño moral es aquél que afecta un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad.

La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible,

tantas como sean las facetas de la personalidad, valores, estimativas del ser humano, etc.

1.3 ¿Guerra de etiquetas?.- Javier Pazos Hayashida se pregunta ¿Estamos ante una simple guerra de etiquetas? Respondiendo refiere que las instituciones jurídicas son medios, no fines en sí mismos y, en cuanto sirvan al hombre, con cierta coherencia, serán bienvenidas. Lo importante, entonces, es su utilidad antes que la asignación de un nomen iuris, "una etiqueta" particular. De este modo, si se establecen, o pretenden crearse, instituciones o categorías jurídicas es importante que tengan cierto nivel de operatividad y, más importante, de utilidad. Finalmente es esto lo que importa y éste es el centro de la discusión.

Apreciando la utilidad de las cosas más que el etiquetado, el daño moral como categoría jurídica, en su acepción amplia, resulta suficiente para englobar a todos los daños de naturaleza extrapatrimonial que pueda afectar a un sujeto de derecho, al entenderse que lo constituye todo menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por un evento dañoso, incluyendo los llamados derechos de la personalidad.

Concluye, dicho autor, expresando que finalmente, no podemos dejar de declarar la importancia de la corriente doctrinaria que defiende la teoría del daño a la persona. Sin embargo, ésta sigue siendo, en nuestro país, solo una corriente doctrinaria. Su inserción en el Código Civil es, más bien, coyuntural, por lo que no podría afirmarse sino que es una ambigua categoría jurídica que no es, precisamente, la regla en nuestro sistema jurídico.

Claro, la respetable corriente doctrinaria que la defiende ha planteado un esquema filosófico más o menos coherente, pero en el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, no resulta aplicable. Si se pretendiese esto, sería necesaria una modificación normativa que equipare el daño a la persona con el daño extrapatrimonial, que es lo que en los últimos años se ha pretendido.

2. EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1 Indemnización del daño moral.- La indemnización en general, es la compensación o re-

sarcimiento económico por el menoscabo producido al perjudicado que se realiza por el causante del daño o por quien deba corresponder en su lugar, vale decir, la compensación por los daños ocasionados.

Conviene, entonces puntualizar qué se entiende por daño en su generalidad, para luego adentrarnos en el daño moral, considerado aquél, como la diferencia existente entre la situación de la víctima antes de sufrir el acto lesivo y después de ocurrido éste. Diferencia que puede ser de carácter patrimonial (daño material) o una diferencia en la situación anímica de la víctima, psíquica, de un sufrimiento que puede o no tener repercusiones patrimoniales (daño moral).

La relación entre el daño moral y los derechos inherentes a la personalidad es obvia, pues como se ha dicho por numerosos autores, el daño moral consiste en las afectaciones a las personas. La violación a los derechos inherentes a la personalidad debe encontrar su sanción civil, al incurrir en el contenido de la responsabilidad, la reparación del daño moral. Bajo la denominación de daño moral se comprende la violación de bienes y derechos de las personas. Son daños extrapatrimoniales, que se indemnizan prescindiendo que un ataque a aquellos bienes y derechos, tengan también repercusión en el patrimonio; en tal sentido, es toda aquella perturbación que una persona sufre en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, así como las modificaciones en la capacidad de entender y la actitud de comprender o del querer del ser humano.

2.2 Contenido de la indemnización.- Ahora bien, es, importante intentar una categorización de tipos de daños en razón de las correspondientes formas de indemnización.

El daño patrimonial, conocido también como daño material, es aquél que incide en los bienes e intereses de la víctima y es cuantificable en dinero. En efecto, consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que deben ser reparadas y se expresan en una "disminución de la esfera patrimonial". Éste, a su vez, se subclasifica en daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente (*damnum emergens*) es el primer daño que se produce cuando la lesión conlleva un empobrecimiento patrimonial efectivo a quien lo sufre, o también, la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por una conducta antijurídica.

Contrariamente, el lucro cesante (*lucri cessantis*), se refiere a la ganancia frustrada o dejada de percibir, lo que implica dejar de obtener un beneficio patrimonial que con seguridad habría ingresado en la esfera patrimonial de la víctima, vale decir, la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el perjudicado.

El artículo 1322 se refiere al daño moral, según el cual, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento. *"En nuestro sistema de responsabilidad civil, la reparación de daño moral también debe abarcar al proveniente del incumplimiento de cualquier obligación, siendo así el interés del reclamante que puede ser patrimonial o no patrimonial, cuestión que no debe confundirse con el carácter pecuniario de la prestación, ya que la ley protege no solamente los intereses patrimoniales sino también los de naturaleza extrapatrimonial, sea que se cause perjuicios económicos o no"*.

En cambio, el daño extrapatrimonial, llamado también daño moral es aquél que incide en el ámbito interior del ser humano y que no puede ser valorizado económicamente. Éste lesiona a la persona en sí, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Dentro de él se encuentra el daño a la persona y el daño moral. Unos, afirman que se trata de categorías sinónimas; otros, las distinguen. La doctrina francesa y española tienden a confundirlos; empero, entre nosotros, se expresa que el daño moral es el daño no patrimonial, inferido de los derechos de la personalidad. Otro sector de la doctrina los distingue señalando que el daño a la persona no es lo mismo que el daño moral, entendido este último como dolor, pena, aflicción, sufrimiento, etc. El legislador ha escindido el concepto en daño moral y daño personal.

El daño moral es aquél causado por un individuo a otro que tiene como consecuencia la vulneración de su dimensión afectiva, vale decir, causándole pena, dolor, sufrimiento o aflicción que le produce

determinado suceso o acontecimiento. Se ha dicho además, con razón, que resulta necesario que el daño moral sea reconocido socialmente como un interés digno de tutela.

Para Torres Vásquez, el daño moral lesiona el estado anímico de la persona cuando una sensación de sufrimiento de dolor psicofísico, afecta a los sentimientos, la tranquilidad, la paz espiritual que constituye el soporte necesario para que la persona pueda realizar sus fines. La pérdida de un ser querido, la lesión deformante del rostro, el ataque al honor y cualquier sufrimiento o dolor, causan daño. Sin embargo, no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de uno considerado digno y legítimo socialmente.

Esta categoría de daño presenta dos grandes problemas: el primero sobre la forma de acreditarlo y el segundo referido a la manera de cuantificarlo. Sobre el primero es sumamente difícil dado que el daño moral no se muestra tal como está, ya que el mismo puede simularse y también exagerarse; el segundo es más serio y grave porque no existe forma alguna de reparar el dolor o sufrimiento, por ejemplo, el dolor que ocasiona la pérdida de un ser querido.

Se halla regulado en el artículo 1984, según el cual: *"El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia"*. Significa que el monto indemnizatorio se traduce en un *quantum* económico, que debe estar de acuerdo con el grado de sufrimiento real producido en la víctima y la manera cómo ese sufrimiento se ha manifestado en la persona de quien lo sufre y de su familia en general. No se trata, por consiguiente, de una fórmula matemática sino de una razonable valoración que tiene que ser resuelto por el juez con justicia y equidad.

En cambio, el daño a la persona es aquél que se produce como consecuencia de una lesión a la persona en sí misma, entendida en su aspecto ontológico, como un valor psicológico y espiritual. Para un sector de la doctrina, es sólo la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo, la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, la fractura de una pierna de una bailarina, etc.; mientras que para otro sector, el daño a la persona constituye una lesión a la integridad física del suje-

to, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo que debe ser acreditado.

Hechas las precisiones sobre el daño moral y el daño a la persona, resta decir que un criterio de la doctrina establece que el daño a la persona está subsumida en el daño moral y otro sector, considera que son muy distintas. El Código Civil en vigor estima el daño moral y el daño a la persona como categorías independientes.

Precisamente, el artículo 1985 establece, que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. En consecuencia, si bien el daño a la persona y el daño moral son idénticos en cuanto a su contenido extrapatrimonial, ambos difieren, puesto que la relación ente el primero y el segundo es una relación de género a especie, según refiere Juan Espinoza Espinoza.

El daño a la persona, dice Lizardo Taboada, que el daño extrapatrimonial puede ser de dos tipos: daño moral y el daño a la persona. Para dicho autor el daño a la persona no se acepta en la responsabilidad contractual, sino sólo en la responsabilidad extracontractual; se produce cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida.

Para Fernández Sessarego el daño a la persona también se denomina daño subjetivo, y precisa que en las dos últimas décadas ha surgido una profunda preocupación por lo que se suele denominar daño subjetivo o daño a la persona; por consiguiente, es aquel daño que no se puede valorizar económicamente en tanto el bien afectado es el proyecto vital de la persona, su futuro, su destino, su vida de relación, el libre desenvolvimiento de su personalidad de acuerdo a su personal vocación. Ejemplo: La situación de un orfebre o de un artesano ceramista, que trabaja en forma independiente, a quien se le causa un daño que implica la pérdida de uno o más dedos de la mano. Con ello no sólo se ocasiona un daño emergente y un lucro cesante de carácter patrimonial, sino también un daño extrapatrimonial en cuanto a la pérdida de los dedos lo obligará a cambiar su proyecto de vida, a

alejarse de su actividad vocacional, a dejar de realizarlo lo que sabe y otorga sentido a su vida.

El mismo autor precisa sobre el daño a la persona que en su más honda acepción, es aquél que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación.

Para Fernando de Trazegnies, daño a la persona es aquél que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los llamados derechos de la personalidad o derechos de la persona, como ha preferido acertadamente llamarlos Fernández Sessarego en el Código de 1984, para acentuar su sentido concreto. Messineo precisa que el daño a la persona es también llamado daño inmaterial o daño moral puro. Es todo perjuicio originado directamente a la persona sin afectar, ni mediata ni inmediatamente, el patrimonio o la capacidad productiva de la persona.

2.3 Diferencias entre el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial.

- Estas diferencias son: a) Por la naturaleza, el daño patrimonial es un menoscabo pecuniario y, el daño moral, es un detrimento de orden espiritual: es un sentimiento lastimado. b) Por su evaluación en dinero, el daño patrimonial es susceptible de estimación en dinero y, los bienes espirituales, no son mesurables en dinero. c) Por el diferente criterio de reparación del daño. Frente a un daño patrimonial, la indemnización se integra con la suma de los valores pecuniarios que equivalen al menoscabo sufrido por el damnificado; pero, frente al daño moral, no es posible emplear el mismo criterio, porque aquí no hay valores económicos en juego ni mermas en el patrimonio del lesionado.

En ese sentido, el legislador peruano optó por regular expresamente en el Código Civil los tipos de daño indemnizables, encontrándose dentro de los mismos daño moral, tanto en el libro de "Las Obligaciones" (artículo 1322) como en la normativa referente a la "Responsabilidad Extracontractual" (numerales 1984 y 1985). Además, se puede encontrar referencias al daño moral en el Código sustantivo y también en las normas correspondientes al Derecho de familia. (Artículos 257, 351 y 414)

2.4 Indemnización e intereses.- La última parte del numeral 1985 dice que el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. En la Exposición de Motivos y Comentarios, se dice: No estamos de acuerdo con esta solución que da a la indemnización en cuanto a sus intereses un efecto retroactivo. En realidad antes de que se fije la indemnización no puede haber interés legal, porque no hay base sobre la cual se pueda calcular el interés respectivo, es decir, que no se ha determinado el *debitum*. De otro lado, en el caso de que se trate los intereses legales sólo deberán correr desde la fecha en que por decisión judicial se determine el monto del daño, refiere León Barandiarán.

Adicionalmente, se ha planteado que el daño moral no se agota en la esfera de la familia, considerada en estricto, sino que podría llevarse a la esfera de otro tipo de relaciones como el noviazgo o el concubinato según refiere Taboada. Consideramos que la norma en este punto puede ser objeto de interpretación.

3. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

3.1 Principio de la reparación integral.- En efecto, entre esos principios que rigen la materia relativa a la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios, ocupa un lugar esencial y preeminente en la generalidad de los sistemas jurídicos el denominado principio de la reparación integral. Este principio, conocido también en su expresión latina *restitutio in integrum*, se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar.

Se trata, en otras palabras, de que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido, en la medida en que dicho daño haya resultado imputable a un tercero. Ahora bien, para que ello suceda es preciso que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o su-

perarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado. En definitiva, la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado.

Por último, en los sistemas de responsabilidad civil lo fundamental es la reparación de los daños causados a la víctima. El monto indemnizatorio no depende del grado de culpabilidad del autor del daño, sino únicamente de la existencia de una relación de causalidad adecuada, por lo que se indemnizarán todos los daños, incluido los previsibles e imprevisibles.

Según Rosa Nérida Rey de Rinessi y otros, afirman que la reparación del daño moral debe de ser integral, es decir congruente con la magnitud real del perjuicio, esto es una expresión pura y simple sin sentido. Cualquiera sea el fundamento que se adopte, es tan ilógico como ilusorio tratar de asegurar una adecuación entre la indemnización y el daño. Zabala de González, que así piensa, afirma que la aspiración a una reparación integral debe ser reemplazada por una reparación justa y equitativa. (Principio de equivalencia)

Desde el punto de vista de la víctima, la indemnización debe ser suficiente, compensatoria, no instituir diferencias irritantes e irreales con montos indemnizatorios para víctimas de daños similares; y lograr que su pago sea en forma más o menos inmediata. Se sabe que el daño no patrimonial (personal o moral) es irreparable, de modo que lo único que se puede hacer es compensar el daño para mitigar el dolor o sufrimiento de la víctima.

Hasta hace poco tiempo los daños espirituales eran considerados como de menor gravedad; pero como la vida, la salud y la dignidad son los valores esenciales que debe proteger el derecho, hay que descartar los montos reducidos o irrisorios. La revalorización de la persona trajo aparejada una mayor sensibilidad en la captación de los daños injustos que la afectan.

La reparación del daño moral hoy día constituye un resarcimiento. Se ha superado la idea que se tenía de "pena". Se entrega a la víctima un bien por un mal, cualquiera sea el destino que confiera a la indemnización. Esto debe cambiar, porque la ma-

teria que nos ocupa: cuantificación del daño moral, necesita de ese dato para cumplir su finalidad. Con ello se lograría que los bienes o servicios recibidos cumplan la finalidad de sustituir el daño moral, porque la indemnización que reciban llevaría ese propósito, aun cuando en la realidad no ocurriera.

En otra línea de pensamiento se encuentra Pizarro, para quien la reparación plena no excluye la del daño moral, ni tampoco se separa del régimen; sin embargo, reafirma que la reparación del daño moral debe realizarse en principio mediante el pago de una indemnización pecuniaria. Se muestra contrario a la reparación *in natura* (salvo excepciones), porque la índole del interés jurídico afectado y la consecuencia espiritualmente disvaliosa derivada de dicha reducción son incompatibles con la idea de una reparación mencionada.

3.2 Condiciones generales para reparar el daño.- Entre estas condiciones están el daño cierto, el daño probado, las condiciones personales de la víctima y las condiciones personales del deudor.

El daño, en principio, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si se quiere aspirar a una reparación presente o futura. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse el daño. Trazegnies pone como ejemplo el caso del propietario descuidado que deja abierta la reja de su casa por la que se escapa un perro dóberman que se arroja sobre una anciana con el propósito de morderla. El propietario lo detiene antes de que logre hincar sus dientes, pero la anciana cae al suelo a causa del impacto y se rompe el brazo. Otro caso nítido de daño no cierto sería el pasajero que decide por razones personales no tomar un avión que luego se estrella; evidentemente no puede reclamar daños y perjuicios alegando que pudo ser parte en el desastre.

Una segunda condición que aparentemente deriva del daño cierto es que el daño se encuentre probado. Si se establece que un daño es cierto, sin duda, significa que está probado; sin embargo, existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño y, a su vez, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juez impone diferentes exigencias de probanza en

el demandante.

El actor debe probar que el daño se produjo, en ese sentido, los tribunales han negado indemnización generalmente cuando el daño no ha sido acreditado. Es importante destacar la presunción de culpa establecida por el artículo 1969 del C.C., no es presunción del daño, por lo tanto, si bien la víctima no requiere probar la culpa del causante del daño, tiene en cambio que probar necesariamente su propio daño. De esta manera la probanza del daño por el actor es una regla general que se aplica aunque funcione la presunción de culpa. Aquí es necesario tener en cuenta la inversión relativa de la carga de la prueba del daño, los que se fijan en atención a las circunstancias y a la equidad. Por las mismas razones, esta regla se aplica a los casos de responsabilidad objetiva.

El dictamen pericial para la fijación de los daños no constituye sino un antecedente o elemento de orientación para la apreciación del juez, razón por la cual la indemnización que se fije deberá ser el resultado de una justa, equitativa y prudencial compulsión de la real y verdadera cuantía de los daños que deben ser indemnizados. El informe de los peritos sólo tiene por objeto ilustrar el criterio del juzgador pero de ninguna manera lo obliga. Entonces, aquí se debe tener presente que es importante la apreciación prudencial del daño de modo que la reducción o el aumento del monto indemnizatorio respondan a la magnitud de los hechos y a los principios de equidad.

También es necesario tener en cuenta esta condición personal de la víctima, principalmente para las variaciones en el valor de las consecuencias dañinas, desde que los mismos actos pueden producir daños muy diferentes según el tipo del víctima, por ejemplo, en un mismo incendio se pueden ocasionar daños muy graves, graves y leves al propietario de los inmuebles que se encuentran juntos.

No cabe duda de que la indemnización que se obligue pagar al responsable del incendio tendrá que ser en favor del propietario que tiene bienes más valiosos que el de los otros, en ese sentido, se habla de daños diferentes cada uno de los cuales tiene un valor diferente. Asimismo, un mismo daño puede ocasionar consecuencias más graves o menos graves en función de la condición personal de

aquel que sufre del daño.

En la apreciación del monto indemnizatorio parece que influyen en la mente de los jueces muchas consideraciones que no son criterios valederos, pero sí es fácil percibir a través de los textos que han tenido una función determinante, como los factores emotivos (víctima incapaz, situación que inspira lastima); factores culturales, como la creencia de que los conductores manejan siempre mal y que hay que castigarlos para escarmentarlos; factores de redistribución del riesgo como que las empresas siempre tienen la culpa porque tienen más dinero para hacer frente al daño; factores políticos como cuando el accidente causado a una autoridad siempre debe indemnizarse aunque tenga la culpa.

Por último, también se debe tener en cuenta la condición personal del deudor. Nos preguntamos si deben considerarse las posibilidades económicas del responsable y si éstas influyen en el ánimo del juez para fijar el monto indemnizatorio teniendo en cuenta que la indemnización es fundamentalmente una reparación y no una sanción. Dado que la indemnización es una reparación, su monto tiene que estar de acuerdo con el daño y no con las posibilidades económicas del causante, de modo que, cualquier consideración de la riqueza del responsable en la determinación del quantum indemnizatorio fundada en criterios redistributivos de corte político-social sería absolutamente ajena al derecho y a la racionalidad de la institución que nos ocupa.

Sin duda, ser pobre o rico poco importa, el responsable debe reparar todo el daño causado por su culpa, porque la indemnización no es una pena y esa reparación tiene que ser proporcional al daño causado.

La determinación del monto indemnizatorio permite siempre algo de discreción por parte del juez, porque no hay una probanza precisa del monto de los daños, por lo que aquél puede reducir la indemnización cuando reúna dos condiciones: el impacto económico de la indemnización en el obligado a pagarla puede ocasionar un trastorno muy grave en su vida personal y familiar, y la desigualdad de fortunas entre el responsable y la víctima es de tal naturaleza que ese grave efecto en el responsable no está en proporción con el grado de necesidad de la vícti-

ma de ser reparada por un tercero.

La jurisprudencia peruana no ha sido muy consistente en este punto puesto que algunas señalan que es necesario tomar en cuenta la capacidad de la demandada y otras que hay que tener en cuenta las posibilidades del obligado como criterio para opinar sobre el monto de la indemnización y, también que para fijar el monto de los daños debe estarse a la prueba actuada, apreciada por el juez, no a la presunta posibilidad económica del deudor.

3.3 Criterios para determinar el importe del resarcimiento.- El importe del resarcimiento en España se determinará por aplicación de las siguientes reglas:

Primero: De producirse una situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del indicador público de renta de efectos múltiples diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación, con un límite máximo de dieciocho mensualidades.

A estos efectos, se entenderá por incapacidad temporal la producida como consecuencia de una lesión, enfermedad o accidente relacionados con nexo causal directo o derivado de acto lesivo, mientras la víctima reciba asistencia sanitaria y esté impedida para el ejercicio de sus actividades profesionales o habituales. Criterio idéntico al señalado en el párrafo primero de este apartado, se seguirá para determinar el resarcimiento correspondiente, en caso de incapacidad temporal de personas que no se encuentren prestando servicios profesionales en virtud de relación laboral o administrativa, y queden impedidas para hacer su vida habitual. En caso de vigencia sucesiva de indicadores públicos de renta de efectos múltiples durante el tiempo en que el afectado se encuentre en esta situación dichos indicadores se aplicarán según el tiempo de vigencia respectiva.

Segundo: De producirse lesiones, mutilaciones o deformaciones de carácter definitivo y no invalidante, las cantidades a percibir serán fijadas con arreglo al baremo resultante de la aplicación de la legislación de la Seguridad Social sobre cuantías de las indemnizaciones de las lesiones, mutilaciones y deformaciones, definitivas y no invalidantes, derivados de accidente de trabajo o

enfermedad profesional.

Tercero: De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir se referirá al indicador público de renta de efectos múltiples vigente en la fecha en que se consoliden los daños corporales y dependerá del grado de incapacitación, con arreglo a la siguiente escala:

Incapacidad permanente parcial 50 mensualidades
Incapacidad permanente total 70 mensualidades
Incapacidad permanente absoluta 100 mensualidades
Gran invalidez 140 mensualidades

Cuarto: En los casos de muerte, el resarcimiento será de ciento treinta mensualidades del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en la fecha en que se produzca aquélla, salvo en los casos de resarcimiento previo por las lesiones, en los que se estará a lo dispuesto en el artículo 5.3 del Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo, efectuándose la correspondiente deducción.

Quinto: A los resarcimientos fijados en las reglas 2, 3 y 4 anteriores, se sumarán los que correspondan, en su caso, por incapacidad temporal, con un máximo por éste último concepto de dieciocho mensualidades del indicador público de renta de efectos múltiples vigente.

Sexto: A las cantidades que resulten de la aplicación de las reglas 3 y 4 anteriores, se añadirá una cantidad fija de veinte mensualidades del indicador público de renta de efectos múltiples que corresponda por cada uno de los hijos que dependan económicamente de la víctima.

Séptimo: Las cantidades que resulten de aplicar las reglas anteriores, podrán incrementarse hasta en un 30 por ciento, teniendo en cuenta las circunstancias o situaciones de especial dificultad o necesidad, personales, familiares, económicas y profesionales de la víctima.

3.4 Valor de la vida humana.- Elementos posibles de considerar en la determinación.

a) Algunos antecedentes.- Como antecedente previo digamos que otros países se han preocupado de atender la necesidad de los jueces, abogados, las partes y las compañías de seguro en esta materia. En efecto, dos compañías australianas: GIO Inzúrranse Australia y Computer Sciences Corporation, han desarrollado un sistema que ha servido de base para su aplicación en Estados Unidos, el Reino Unido y la misma Australia, comportándose como un efectivo sistema de colaboración para los más amplios campos de los requerimientos humanos, judiciales como extra judiciales.

En Francia luego de la Ley Badinter, del 5 de Julio de 1985, que entre su principal mandato se encuentra la de obligar a las aseguradoras de responsabilidad civil, a realizar una oferta a la víctima o a sus herederos y la publicación de las sumas pagadas por concepto de indemnización, sea por transacción o por sentencia, se ha logrado disminuir los juicios por reparación del Daño a las personas, a nuestro entender, por cuanto, las indemnizaciones tienen publicidad de los montos y antecedentes, de tal modo que no resulta incierta para las partes la estimación a priori, y porque de esta forma se reparan en forma suficiente todos los daños causados.

b) Baremo del precio del dolor.- (Federación Nacional de Víctimas del Camino, Francia) Estimula este ejemplo de los tribunales franceses que ordenaron la creación de baremos y bases de datos, destinados a formar estadísticas que pudieran servir de antecedentes a los jueces y a las partes en la determinación del Daño. La Tabla es la siguiente: Afección, dolores y molestias *prettium doloris*.

Muy Leves	500 a 750 euros
Leves	750 a 1,800 euros
Moderado	1,800 a 4,000 euros
Medio	4,000 a 6,000 euros
Algo importantes	6,000 a 12,000 euros
Importantes	12,000 a 18,000 euros
Muy Importantes	18,000 a más euros

Estos montos no tienen comparación alguna con

los que estamos acostumbrados a conocer en las indemnizaciones con características reparadoras y punitivas en el sistema de la comunidad inglesa y el norteamericano.

Otros criterios para cuantificar.- La doctrina ha planteado la necesidad de buscar pautas objetivas para la cuantificación del daño moral. Una corriente de pensamiento estima la conveniencia de una tarificación, ¿Rígida o indicativa?, ¿Legal o judicial?, pero su objetivo es afianzar el valor procesal de la predictibilidad.

Así, se explica que para efectos de determinar el monto indemnizatorio debe tenerse en cuenta la edad, las remuneraciones percibidas, de modo que si fallece, se debe calcular el monto por el tiempo que percibiría dichas remuneraciones, por ejemplo, si un empleado de 40 años gana la suma de S/ 1,500,00 mensuales, habría que multiplicar por 12 meses para saber cuánto percibe al año y, a su vez, multiplicar por 20 años, si es a esa fecha en que el trabajador debe jubilarse.

En nuestro país, en casos de accidentes de tránsito, deberá tomarse en cuenta los baremos, es decir, tener cuenta el SOAT: caso de muerte 4 UIT; invalidez permanente 4 UIT, Incapacidad temporal 1 UIT, gastos médicos hasta 5 UIT y gastos de sepelio 1 UIT.

Es más, el daño moral es cuantificable patrimonialmente aún cuando su valuación sea difícil, desde que el interés del acreedor puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación; el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial, aunque con frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de derechos como es el daño moral (Cas. N° 949-95 Arequipa. El Peruano 12.05.98, pág. 1006).

3.5 Formas de reparar el daño.- Con relación a la reparación en el campo civil, ésta puede adquirir diversas modalidades, a) La reparación in natura, reparación específica que consiste en la entrega de una cosa similar a la dañada, o en la reparación de la cosa dañada y, b) La compensación por el equivalente en dinero, aquí se distinguen dos situaciones: La Primera cuando el daño

ocasionado puede ser evaluado en dinero (carácter compensatorio); cuando el agravio es incuantificable pecuniariamente (rol de satisfacción). Con respecto al rol de satisfacción surge un inconveniente: ¿cómo debe hacer el juez para fijar la cuantía de un daño que no es medible pecuniariamente? A esto se le aúna el hecho de que por más que no se pueda medir pecuniariamente, se debe proteger a la persona en su dimensión sicosomática, pues resulta incongruente pensar que se puede proteger el patrimonio de los seres humanos y no los derechos fundamentales de la persona humana, cuando éstos son transgredidos.

Cuando el derecho transgredido se refiere a la vida privada, incluso puede darse otras formas de reparación no patrimonial como por ejemplo "una reparación nominal", que en buena cuenta se trata de fijar una suma simbólica en dinero (un dólar, por ejemplo) para sortear el concepto de indemnización; puesto que como lo que se ha visto perjudicado es el honor de la persona, el interés del agraviado se centra en que este quede limpio, caso en el cual la reparación primordial está dada por el fallo fundado del juzgador y la consiguiente publicidad del mismo.

La cuantificación del daño moral es una cuestión muy difícil, no obstante ello, los jueces tienen el deber de hacerlo, estando obligados a fundar lógicamente y legalmente su decisión. Tal fundamentación excluye la posibilidad de dejar librado el monto que se condena a pagar sólo al meditado arbitrio judicial, o a la mera enunciación de pautas realizada de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado a que se arriba, máxime si las mismas no se vinculan particularmente con las probanzas rendidas en la causa.

En el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca "a su lado". No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario.

De otra parte en materia Civil, quien ha visto vulnerado sus "derechos a la persona" para la defensa de los mismos tiene la acción de indemnización

por daños y perjuicios, acción que tendrá la vía abreviada o de conocimiento, según el monto reparatorio (monto pecuniario) que se solicite.

Dentro de este ámbito cabe resaltar que el D.P.C. ha puesto a disposición de los justiciables para la defensa del daño a la persona ciertos mecanismos procesales como son las medidas cautelares innovativas, especialmente en los casos en los que el daño se produzca en el honor (daño a la persona aplicable a la transgresión de la vida privada). Estos tipos de medidas cautelares constituyen instrumentos procesales a través del cual el órgano jurisdiccional adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, puesto que tienden a modificar el estado de hecho o de derecho existente constituyendo una intromisión del juzgador en la espera de la libertad de los justiciables al ordenárseles que se cese en una actividad contraria a derecho.

Esta medida tiene por finalidad (Art. 682° C.P.C.) "reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda" y justamente uno de sus ámbitos de aplicación se da ante la violación del derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz (Art. 686° C.P.C.). Un caso aplicativo de este tipo de medida, se presenta por ejemplo cuando un actor, quien ha visto vulnerado su derecho a la intimidad frente al acoso periodístico incluso dentro del ámbito familiar, y lo que desea es simplemente el pronto y definitivo cese del acoso y nada más (Indemnización Nominal), esta medida puede servirle.

CONCLUSIONES

1. El "derecho de daños" es un sistema unitario de tutela resarcitoria, razón por lo que la diferenciación entre tipos de responsabilidad contractual y extracontractual, debe ser superado y pasarse a regular la materia de manera inseparable a fin de asegurar la reparación integral del daño causado al damnificado.

2. Existen básicamente dos tipos de daños: el patrimonial y extrapatrimonial. El primero es aquél que busca reparar las consecuencias negativas de naturaleza económica y, el segundo, busca reparar

toda consecuencia negativa que sufre la persona en sus derechos, intereses y valores que no tengan naturaleza económica.

3. El daño a la persona y el daño moral son dos categorías distintas, encontrándose ambos en una relación de género y especie, donde el daño a la persona es el género y, el daño moral, la especie.

4. En materia de daño moral el dinero cumple una función compensatoria, por lo que la valoración del daño y su cuantificación deben efectuarse en concreto, en función del interés conculcado y del perjuicio que deriva de tal situación.

5. Si bien la preocupación de la doctrina en esta materia es no poder concederse una reparación exacta, y de ello concluir que no cabe ninguna reparación. Tampoco cabe que pueda concederse cualquiera. El problema por lo tanto es relativo, pero no absoluto.

BIBLIOGRAFÍA

ALPA, Guido. "Responsabilidad Civil y Daño, Lineamientos y Cuestiones". Edit. Gaceta Jurídica, Mayo del 2001: Lima.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Derecho y economía". El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. 2003. Lima.

DE TRAZEGNIES, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual". 1989. Tomo II. Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 2002. "Derecho de la Responsabilidad Civil", Edit. Gaceta Jurídica: Lima.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Daño Moral y daño al Proyecto de vida". Revista GÉESIS JURÍDICA, Junio del 2003.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. 1993. "Hacia una Nueva sistematización del daño a la persona". Artículo publicado en «Cuadernos de Derecho», N° 3, Año 2, Lima, Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

MORALES GODÓ, Juan. 1995. "El Derecho a la Vida Privada y el conflicto con la libertad de información". Edit. Grijley: Lima.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El daño a la persona en el Código Civil peruano- diez años del código civil peruano: balance y perspectivas". Edit. Lima Editores: Lima.

PAZOS HAYASHIDA, Javier. "El Código Civil Comentado". Edit. Gaceta Jurídica 2005. Lima.

SANTOS BRIZ, Jaime. "Derecho de daños". Lima. Citado por GUIDO ALPA, en su Libro "Responsabilidad Civil y Daño" Lineamientos y Cuestiones. Edit. Gaceta Jurídica. I Ed.- Mayo del 2001.

LA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Rafael Fortunato Supo Hallasi

«Calificar consiste en clarificar la naturaleza jurídica de una relación de derecho, dándose a cada palabra una connotación y contenido jurídico propio, así como determinar su ubicación dentro del cuadro de categorías pertenecientes a un ordenamiento jurídico».

* Docente de la Universidad Privada de Tacna.

LA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CONCEPTOS:

JORGE BASADRE AYULO : «*La Calificación en el derecho Internacional Privado constituye el mecanismo jurídico mediante el cual el Juez determina la disposición jurídica interna nacional o extranjera mediante el cual examina su aplicación.*»⁽¹⁾

María del Carmen TOVAR GIL : «*La calificación es la operación por medio del cual se ubica una relación jurídica o caso concreto internacional en una de las categorías previstas por el sistema de derecho internacional privado pertinente.*»⁽²⁾

BATIFFOL Y LAGARDE : «*El conflicto de calificación consiste en saber según qué ley el Juez debe calificar el objeto del litigio para determinar la ley aplicable, cuando las diferentes leyes en conflicto adoptan calificaciones diferentes.*»⁽³⁾

ARMIJON PIERRE «*Calificar es atribuir la existencia a un ser, una cosa, un hecho, colocándolos en una categoría jurídica.*»⁽⁴⁾

RAFAEL SUPO HALLASI: Entendemos por calificación como el acto por el cual un representante del órgano jurisdiccional competente analiza los hechos , con el fin de determinar, catalogar o definir la categoría jurídica y ley aplicable para la solución de un problema controversial.

En efecto ,consideramos que la calificación es la determinación mas importante para resolver y alcanzar soluciones a los conflictos de leyes internacionales; también es necesario indicar que la calificación es un acto previo o anterior que

configura el tipo y relación jurídica a la solución de un problema conflictual,

Por otra parte, observamos que la calificación varía entre sistemas jurídicos, lo que ratifica que cada Estado posee su propia norma de derecho internacional privado; en el caso de nuestro Estado peruano encontramos las normas de derecho internacional Privado en el Libro X del Código Civil de 1984, mientras que en otros estados esta disciplina es considerado como materia independiente y autónoma.

Asimismo, indicamos que cuando surge una controversia en una relación internacional entre particulares, uno de ellos interpondrá una demanda al responsable del órgano jurisdiccional y será quien determine cuál es la ley aplicable para el caso, analizando previamente los hechos en razón de las pretensiones de las partes.

Calificar consiste en clarificar la naturaleza jurídica de una relación de derecho, dándose a cada palabra una connotación y contenido jurídico propio, así como determinar su ubicación dentro del cuadro de categorías pertenecientes a un ordenamiento jurídico.

Reiteramos la idea de que cada Estado posee su propio ordenamiento jurídico, en la solución de conflictos de leyes, en consecuencia cada país tiene sus propios métodos y procedimientos de calificaciones.

Es oportuno indicar que para la calificación correspondiente, el Juez debe considerar las siguientes etapas:

- Análisis de los hechos
- Determinación de norma de conflicto aplicado para el caso

En la primera etapa se debe analizar y resaltar

(1) BASADRE AYULO, Jorge. *Tratado de derecho Internacional Privado*. Jurista Editores E.I.R.L. Lima- Perú 2003. Pag. 388

(2) TOVAR GIL ,María del Carmen – TOVAR GIL Javier. *Derecho Internacional Privado*. Fundación M.J. Bustamente de la Fuente, Lima- 1987. Pag.43

(3) BATIFFOL, Henri y Paúl LAGARDE. *Droit International Privé*. Tomo I, séptima Edición- París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1981, Pag. 225

(4) ARMIJON PIERRE, *Précis de Droit International Privé*, Segunda Edición, París, 1952, Pág. 62

aquellos hechos de trascendencia jurídica con relación a las pretensiones de las partes en el proceso.

En esta segunda etapa se habrá cumplido con la calificación correspondiente, con la individualización de la norma o normas que sirven para adecuar los hechos con relevancia jurídica.

Históricamente los antiguos tratadistas creían que los conflictos de calificaciones, debía constituir el contenido del Derecho Internacional Privado, pero, las escuelas modernas y especialmente la francesa de Pillet y Nivoyet, fueron las primeras en emanciparse de esta idea.

LA CALIFICACIÓN Y SUS DOCTRINAS

Siguiendo los estudios realizados por otros autores en asuntos de calificación en lo que respecta a Derecho Internacional Privado a continuación presentamos a nuestro modo de ver las posiciones doctrinarias más importantes :

- Doctrina de la *Lex Fori*.
- Doctrina de la *Lex Causae*

Doctrina de la *Lex Fori*.-

A decir de Tovar Gil consiste en calificar las relaciones jurídicas internacionales de conformidad al ordenamiento interno del país del foro; esto significa que cada Estado posee su método y procedimiento singular para calificar los problemas de conflicto en base a su propia legislación nacional.

Así tenemos que en el caso del Perú, para calificar una controversia de relaciones particulares internacionales se aplicará el derecho peruano, de igual manera lo harán otros países.

En nuestra opinión la aplicación de la posición *Lex Fori* se encuentra sustentada en las razones siguientes:

Cada Estado, tiene sus reglas propias para solucionar los conflictos de leyes, asimismo posee también sus propias calificaciones. Con esta forma de calificación la práctica jurídica reconoce solo esta solución, en vista de que la *lex fori* realiza esta operación jurídica; caso contrario se corre el riesgo de tratar con leyes inaplicables y derechos

inejecutables.

La norma estatal delimita el ámbito de aplicación del propio ordenamiento y de los derechos de los demás estados y tal delimitación se hace con el propósito de garantizar la aplicación de una ley competente.

A modo de ejemplo, será el Juez peruano quien defina la noción del domicilio en base a las normas estipuladas por el código civil vigente. Es obvio que el juzgador es la persona familiarizada con su normativa civil, por el trabajo y dedicación permanente, por eso creemos que sería difícil pedirle esta sabiduría al juez extranjero.

Doctrina de la *Lex Causae*

El conflicto de calificación puede estar dado por la ley extranjera designada como aplicable de acuerdo al principio «*lex causae*».

Según Despagnet, defensor de la calificación «*lex cause*» señala que la ley extranjera debería ser aplicada de idéntica forma como es aplicada en su país de origen y por sus propios jueces o aplicar concretamente el Juez del foro.

También afirmamos que el proceso de calificación se rige por la ley a aplicarse al conflicto a través de las normas de Derecho Internacional Privado.

Después de estudiar la existencia de posiciones doctrinarias disímiles en materia de calificación, nosotros consideramos dos tendencias que son la doctrina de *Lex Fori* y *Lex Causae*, los mismos que hemos planteado con anterioridad, de los cuales nos inclinamos por la aplicación de la doctrina *Lex Fori* en la solución de controversias en materia de Derecho Internacional Privado, en vista de que cada Estado, puede aplicar sus propias reglas para solucionar los conflictos de leyes, y por ende utilizar sus propias calificaciones, de la misma manera el juez debe dar la preferencia a las calificaciones de su propio derecho interno.

LA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DEL ESTADO PERUANO

Nuestro ordenamiento jurídico civil de 1984 pre-

senta ausencia de norma alguna, respecto a la calificación; lo que significa que nos encontramos frente a un vacío o laguna jurídica.

En consecuencia, no existiendo norma expresa sobre calificación en el Código Civil peruano de 1984, y no habiendo analogía posible, es de aplicación correspondiente los principios generales del Derecho Internacional Privado y que a nuestro modo de percibir se debe recurrir a la calificación en base a la *Lex Fori* o al derecho interno.

Frente a esta realidad de vacío normativo en nuestro Código Civil, entonces nos preguntamos: ¿qué norma jurídica, tratado internacional o principio general del derecho internacional peruano, aplicaremos para calificar hechos conflictuales? ¿cómo solucionamos esta falta de regulación expresa en nuestro Código Civil vigente?

En primer lugar, se celebró el primer tratado Internacional de Montevideo de 1882, siendo el Perú país signatario, en cuyo congreso no se emitió ningún dispositivo, respecto a los problemas de la calificación; de la misma forma se vislumbra un silencio sepulcral en el segundo Tratado de Montevideo de 1940, el que el Perú no ratificó.

En segundo lugar, en el Código de Bustamante, realizado en la Habana, suscrito y ratificado por el Perú, regula de manera expresa la calificación. En su artículo 6to. dice: «*En todos los casos no previstos por este código cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo tercero. El mismo que divide las leyes en las siguientes clases: personales, territoriales y voluntarias.*»

En el artículo 9no. dice: «*Cada Estado contratan-*

*te aplicará su propio Derecho a la determinación de la nacionalidad del origen de toda persona individual o jurídica que se haya realizado dentro y fuera de su territorio; cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado». Agrega en su parágrafo 22 que el concepto; adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirán por la ley territorial y en el artículo 112 indica que la Ley territorial será aplicable para distinguir entre bienes muebles e inmuebles, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. El código aludido toma en consideración la posición de la *Lex Fori* para la calificación correspondiente.*

En efecto en materia de Derecho Internacional Privado peruano, respecto a la calificación de problemas conflictuales, resolveremos con la aplicación de nuestro derecho civil interno para el caso, teniendo en cuenta la normativa regulada en el Código de Bustamante, en vista que el Perú es país suscriptor además ratificante.

Agregamos también que el Estado peruano debe regular en forma expresa una norma jurídica, respecto a la calificación, a través de sus órganos institucionales a fin de recurrir a dicha norma expresa, para resolver cualquier problema conflictual de derecho internacional privado peruano.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GARCIA, Carlos *Derecho Internacional Privado*, 11º ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1995.
- BASADRE AYULO, Jorge. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Edit. Jurista Editores EIRL, Lima 2003.
- DELGADO BARRETO, César, DELGADO M., María y CANDELA S., César, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, T. I y II, Edit. Puc, Lima, 2002.
- TOVAR GIL, María del Carmen, y TOVAR GIL, Javier. *Derecho Internacional Privado*, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, Lima, 1987.
- ZVALETA CUBA, Fernando. *Derecho Internacional Privado*, Ediciones Jurídicas, Lima 1997.

¿DEBE RESPETARSE LA LEGITIMIDAD DEL ASIENTO REGISTRAL?

César Suri Alvarez*

« (...) la legitimidad protege, en primer lugar, a quien ha logrado inscribir algún derecho en el registro, es decir, protege su inscripción. En segundo lugar protege a quienes tienen alguna expectativa respecto de los derechos publicitados por el registro».

* Docente de la Universidad Privada de Tacna.

INTRODUCCIÓN

A raíz de la necesidad de encontrar una forma efectiva de vigencia de derechos, esencialmente los de naturaleza real, es que se crea el registro, sin embargo no sólo había que crear un registro sino que se tenía que otorgar cierta categoría o rigor al signo externo del registro «el asiento registral».

Tomaremos como ejemplo el derecho de propiedad inmueble, para lo cual diremos que la razón de ser de este derecho radica en la necesidad de identificar la relación que existe entre una persona y un predio (finca según los romanos, inmueble en tiempos modernos).

Si los predios existieran en vasta proporción, es decir, de manera ilimitada al punto que no hubiera que preocuparse por conseguirlos, entonces no serían bienes tan preciados como actualmente lo son y seguramente no merecerían ninguna reglamentación. Claro está que la realidad es harto conocida en cuanto a que los predios son escasos o por lo menos no logran cubrir la demanda que tienen las personas respecto de ellos, por lo que se ha tenido que regular el acceso a la tenencia de los predios.

Aún existiendo una regulación sobre el acceso a la propiedad de los predios, es necesario hacer conocer tal derecho de propiedad, por lo que también debe regularse la publicidad de dicho derecho, esto con la finalidad de oponer el derecho que se tiene frente a cualquier interesado, ¿cómo podrían saber los demás del derecho que uno tiene sino se publica? Sería inadecuado, por decirlo de alguna forma, llevar siempre (todos los días y a cada momento) el documento que demuestra el derecho, de allí que uno de los efectos primordiales del registro es la publicidad del derecho o acto inscrito.

Hasta aquí aparentemente el problema está resuelto; sin embargo ¿y si a alguien se le ocurre desconocer la inscripción registral?. Frente a esa posibilidad es que se ha previsto la figura de la cual en esta oportunidad me ocuparé.

Definición de Legitimidad

Cogeremos una de las tantas definiciones que considera el "Vocabulario Jurídico de la Asociación

Henri Capitant" y que redacta así: "*conformidad de una institución con una norma superior jurídica o ética, considerada como fundamental por la colectividad que hace aceptar moral y políticamente la autoridad de esta institución*". En el mismo vocabulario, cuando se define legitimar, se precisa: "hacer legítimo un acto, justificarlo". Luego, como consecuencia del Quinto Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Roma en 1982, se llegaron a ciertas conclusiones que bien las describe el profesor argentino Luis Moisset de Espanés en su libro "La Publicidad Registral", siendo la más importante la siguiente: "*constituye un principio universalmente aceptado del Derecho Registral que el registro se presume exacto e íntegro*". Evidentemente, no hay duda alguna, se estaba hablando o escribiendo sobre el principio de legitimación registral, entendido como aquel que considera al contenido de los asientos registrales ciertos en tanto no se declare judicialmente lo contrario o se rectifique conforme a lo permitido por ley.

Pero esta certeza no tendría razón de ser sino fuera por un propósito bien definido y es el de proteger el interés de quienes acuden al registro a fin de brindar seguridad a sus actos, lo que de manera mediata redundará en el fortalecimiento de las relaciones económicas y sociales.

De esta manera la legitimidad protege, en primer lugar, a quien ha logrado inscribir algún derecho en el registro, es decir, protege su inscripción. En segundo lugar protege a quienes tienen alguna expectativa respecto de los derechos publicitados por el registro.

Lo mencionado determina la existencia de dos formas de legitimidad:

- 1) la legitimidad activa que es aquella que se brinda a quienes confiaron en el registro y acudieron a él para que se publicite la titularidad de algún derecho, otorgando el registro certeza de la existencia de ese derecho como de la magnitud del mismo. Esta publicidad lo que genera es reconocimiento en toda la sociedad de que ese derecho inscrito es cierto y válido debiendo por tanto respetarlo, entonces la legitimidad protege al titular del derecho.
- 2) La segunda forma de legitimidad es la pasiva y se dice así porque la intención no sólo es proteger al directamente interesado (titular del derecho ins-

crita) sino a quienes tienen alguna expectativa respecto de lo inscrito. Es decir, es una protección al tercero garantizándole que aquello que obra en el registro es cierto y que por tanto los actos que celebre sobre la base de esa certeza gozan de protección. Entonces la legitimidad protege al tercero interesado.

Es importante hacer mención a la idea plasmada por el jurista español José Antonio Álvarez Caperochipi en su libro *“Derecho Inmobiliario Registral”* cuando al tratar sobre la eficacia de la inscripción, menciona que *“la inscripción como apariencia de derecho sobre un inmueble, genera, por sí misma, un poder al titular registral”*. En esta idea podemos encontrar un concepto novedoso “poder”, pero no un poder entendido como una facultad, sino como un señorío respecto del derecho publicitado a través del asiento registral, que ubica al titular del derecho como un titular supremo respecto de toda otra persona, lo que implica que no puede ser atacado por persona alguna, es más debe ser respetado por todos y eso por accedido a la publicidad registral.

De esta manera qué caso tendría publicitar la existencia de un derecho, si el asiento registral a través del cual se da a conocer la existencia del derecho no fuera cierto, es decir, no gozara de legitimidad. Entonces la publicidad tiene como principal aliado a la legitimidad, ya que ésta es soporte de la anterior.

En realidad todos los principios registrales se dan en una lógica necesaria; sin embargo en cuanto al aspecto que tratamos en este trabajo era necesario hacer mención a esa relación inmediata entre legitimidad y publicidad.

De modo diverso el profesor español Benito Arruñada nos comenta de esa relación entre legitimidad y publicidad, cuando en su libro *“Sistemas de Titulación de la Propiedad”* escribe que *“la publicidad facilita... averiguar que derechos reales existen e identificar cuales se ven afectados por la transacción...”*. Observamos por tanto que al publicitarse algo se tiene por cierto ese algo. Entiéndase que se está hablando del derecho contenido en el asiento registral por lo que la certeza es respecto del contenido del asiento. Así confirmamos esa relación íntima entre legitimidad y publi-

dad, en donde la primera es la que prepara el camino para la segunda. No podemos imaginar que por la publicidad daría igual dar a conocer lo cierto como lo incierto, lo que es lo mismo decir lo legítimo que lo ilegítimo.

LA LEGITIMIDAD COMO PRESUNCIÓN *JURIS TANTUM*

Hasta aquí hemos hablado de la legitimidad como si se tratará de un concepto absoluto, es decir, que no admite prueba en contrario; sin embargo es hora de desengañarse y hacer saber que la legitimidad es una presunción legal por la cual se ha establecido que los asientos registrales se reputan ciertos mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, esa certeza no es absoluta ya que está sometida a la posibilidad de encontrar un hecho que demuestre lo contrario a lo que hasta cierto momento venía publicitando el registro.

La certeza que denota el principio de legitimidad, consiste en esa exacta coincidencia que debe existir entre lo contenido en el asiento registral y la realidad de las cosas, es decir, una correspondencia entre la realidad registral y la extraregistral, por lo que, en todo caso, lo que cabría demostrar es la falta de tal correspondencia, en cuyo caso, como veremos luego, podrá rectificarse o cancelarse el asiento registral.

Pese a esa relatividad de la legitimidad no debe olvidarse que mientras no se demuestre lo contrario el asiento registral es cierto y produce todos sus efectos con la publicidad. En este punto debemos agregar, por tanto, que esa presunción de certeza es *erga omnes* porque todos deben tener por cierto el contenido de ese asiento, consecuentemente el titular del derecho está en la capacidad de exigir de todos el reconocimiento del derecho en la forma como ya lo tiene el Registro.

Finalmente en este punto debe precisarse que la legitimidad (como ya se dijo en punto anterior) otorga poder al titular del derecho, debiendo entender el mismo como ese gobierno que tiene dicho titular registral respecto del derecho que obra en el asiento registral. Es decir el titular registral ejerce dominio respecto del derecho, independientemente de que se trate o no del verdadero titular del derecho.

Ej. Cuando un propietario vende dos veces a personas distintas el mismo bien, siendo una venta posterior a la otra, ocurriendo que la segunda venta se inscribe y no la primera, por prelación (primero en el tiempo primero en el derecho) se entiende que el verdadero propietario es el comprador de la primera venta; sin embargo quien va a figurar en el Registro es el comprador de la segunda venta, por tanto este último es el titular registral y él será quien tenga el dominio del derecho, por lo menos con relación a los terceros.

CONTENIDO DEL ASIENTO REGISTRAL

Hemos venido comentando sobre la legitimidad del contenido del asiento registral, pero no hemos precisado una definición sobre dicho asiento ni su contenido. Diremos que asiento es el dejar constancia de algo, por lo que el asiento registral es una constancia que evidencia lo que existe en el Registro. Esa es una primera aproximación a la definición de asiento registral.

Podemos continuar diciendo que todo producto para evidenciar su existencia tiene que manifestarse de manera concreta, real. De igual forma ocurre en el caso del Registro. Esta institución tiene el encargo de seleccionar los documentos que contienen actos y derechos respecto de bienes y personas que por su trascendencia importan al derecho y a la sociedad. Esta selección es con el propósito de publicitar sólo lo que haya pasado el filtro selectivo y para pasar ese filtro el acto o derecho debe estar ajustado a derecho, es decir, debe ser conforme con la ley. A esa actividad selectiva se le conoce como calificación registral y consiste en evaluar la admisión o no de un documento que contiene un acto o derecho inscribible ajustado a la ley. En caso el acto no sea inscribible ni se ajuste a la ley será rechazado, por el contrario en caso esté referido a una cuestión inscribible y sea acorde con el ordenamiento legal, se producirá la consecuencia por todos querida cuando acuden al registro, es decir, la inscripción registral. Así la inscripción registral es el producto positivo de la función calificadora (actividad netamente registral). Pero para saber de la existencia de ese producto debe contarse con un signo o forma externa que además permita la finalidad última inmediata y objetiva del registro, la publicidad. Precisamente esa forma externa constituye el asiento registral,

por lo que podríamos decir que el asiento registral es la forma como se evidencia la inscripción registral para su publicidad.

Ahora bien teniendo en cuenta que el registro es un todo organizado, debemos entender que los asientos también se encuentran organizados. En efecto es así ya que los asientos se suceden y agregan en orden de llegada, cronológicamente, debiendo numerarse conforme a esa prelación. Pero no basta esa organización cronológica ya que además los asientos deben estar reunidos en partidas registrales, las cuales, como sabemos, nacen en razón a los bienes o a los sujetos (predios, vehículos, personas naturales o jurídicas). Cada partida individualiza un bien o una persona y los asientos que se suceden están referidos a ese bien o persona.

Ahora bien, sabiendo entonces que el asiento registral es el signo externo del producto positivo de la calificación registral, la inscripción, por lo que su contenido está definido en razón a lo que es materia de inscripción. Recordemos que cuando hablamos de calificación registral dijimos que era la selección para admitir o no documentos que contienen actos o derechos, por tanto si como consecuencia de la calificación se decide admitir un documento es por que su contenido (acto o derecho) merece ser acogido por el Registro. En este orden de ideas la inscripción lo que hace es recoger ese acto o derecho para publicitarlo a través del asiento registral. Entonces lo que contiene el asiento registral es un acto o derecho pre-existente y que tan sólo le da publicidad (lo hace conocible *erga omnes*) a fin de darle certeza al titular del derecho de que su titularidad es conocida por todos y será respetada de igual forma. Y en cuanto a los terceros que aquello que figura en los asientos registrales son cuestiones ciertas en mérito a las cuales pueden celebrar actos jurídicos.

TÍTULO ARCHIVADO

Luego de haber definido el contenido del asiento registral corresponde indicar que pasa con el documento que da lugar a la inscripción. Al respecto debe precisarse que como técnica registral para efectos del contenido de la inscripción. nuestro sistema registral está basado en el sistema del extracto, es decir, no se transcribe todo el contenido del documento sino lo que es importante para el ter-

ceros y que evidencie los elementos principales del acto o derecho, en otras palabras se hace un resumen. Entonces podría pensarse que al ya quedar plasmados los elementos esenciales del acto en el asiento registral, no tendría caso quedarse con el documento y por tanto tendría que devolverse, pero justamente al no ocurrir una transcripción total sino tan solo un resumen del mismo, es que debe quedarse el documento en el registro para servir de respaldo y consulta ante alguna eventualidad. Así los documentos una vez efectuada la inscripción pasan a ser archivados, claro está que siendo el registro una institución organizada los documentos se archivan en estricto orden numérico, de acuerdo a lo que en nuestro sistema se denomina asiento de presentación. A este asiento de presentación, una vez ocurrida la inscripción se le denomina título archivado, ocurriendo que en sí el título archivado es el documento que dio lugar a la inscripción; sin embargo por costumbre se suele confundir el término.

Este título archivado es importante tenerlo en cuenta por que, como mencionamos anteriormente, pueden presentarse eventualidades como la existencia de algún error material en el asiento registral (Ej. se omitió un dígito en el N° de DNI), en cuyo caso para proceder con la rectificación debe recurrirse al título archivado.

Es importante mencionar en este punto que la legitimación es respecto del asiento registral mas no del documento, puesto que el documento no ha sido elaborado por el Registro y no se puede determinar su procedencia legítima, tan sólo se puede apreciar su externalidad, por lo que la calificación es en cuanto a la externalidad ofrecida por el documento, considerándolo válido mientras no se declare judicialmente su invalidez, esto en mérito al principio de la buena fe creencia.

DECLARACIÓN JUDICIAL DE INVALIDEZ O INEXACTITUD

Como se viene recalando, el contenido del asiento registral se considera válido mientras no se declare su invalidez o se rectifique conforme a ley. En esta parte comentaremos sobre la declaración de invalidez, que no puede ser sino judicial y sobre la rectificación judicial, en el entendido que también puede realizarse una rectificación administrativa.

Teniendo en cuenta que la función calificadora se basa en principios como la legalidad, entonces se entiende que esa función está dotada de las garantías necesarias para considerar su desarrollo y consecuencia como ciertos y válidos, por lo que la propia entidad Registral no podría desconocer aquello que constituye la esencia de su labor, la calificación. Sin embargo, como se dijo anteriormente, la legitimación es respecto del asiento registral mas no del documento, puesto que el documento preexiste a la actividad registral, por lo que el registro desconoce los pormenores de su nacimiento y otorgamiento. Es por ello que en ese ámbito extraregistral, donde nace el documento, hayan ocurrido vicios o defectos desconocidos por el registro, lo que seguramente generará un conflicto que al ser conocido por un órgano jurisdiccional se convertirá en una litis. Entonces si el cuestionamiento es respecto de la validez del documento es natural que sean nulos sus efectos o consecuencias inmediatas, entendiendo el asiento registral que contiene una inscripción como una consecuencia del documento. Es por ello que sólo en vía judicial se puede declarar la invalidez del asiento registral por ser inválido el documento que dio origen a dicho asiento. Pero como dijimos el asiento por sí solo goza de legitimidad, independientemente de donde provenga el documento, por lo que claramente se distingue la validez del documento y la validez del asiento. Entonces siendo autónomo el asiento registral respecto de su documento, entonces puede contener vicios o defectos que sólo afecten el asiento y que estén referidos a requisitos de fondo que afectan la validez del asiento. Por ejemplo puede que el asiento se haya extendido por registrador que tenía algún vínculo con el titular del derecho y que debiendo abstenerse de calificar no lo hizo y produjo el asiento registral de inscripción. En este caso estamos frente a un defecto esencial del asiento como consecuencia de la inobservancia de la ley por parte del registrador, que hace al asiento inválido sino por lo menos defectuoso. Así al tratarse judicialmente la invalidez del asiento no se declarará inválido también el documento, puesto que el defecto sólo es en el asiento. Esto demuestra lo independiente que es el documento del asiento registral. Entonces en estos casos de defectos esenciales que afectan la validez de los asientos registrales, también corresponde que sea el Poder Judicial quien declare tal invalidez.

Cosa distinta ocurre con los errores en la extensión de los asientos, ya que se considera como tales a los errores cometidos en la redacción del asiento o en la comprensión de los actos que dan lugar a la inscripción. Lo que puede corregirse judicialmente o administrativamente como lo analizaremos a continuación.

Rectificación de asientos registrales

Decíamos que al extender el asiento registral podrían ocurrir errores en su redacción o errores en la comprensión de lo que se tenía que inscribir. A los primeros los conoce como errores materiales y a los segundos como errores de concepto. En ambos casos dichos errores pueden ser corregidos judicialmente o administrativamente. Por ejemplo puede ocurrir que un asiento registral no tenga la firma del registrador que extendió dicho asiento, en cuyo caso el interesado puede iniciar un proceso judicial para que el Registro corrija dicho defecto; sin embargo ello también puede solicitarse ante el propio Registro quien para estos casos si puede atender la rectificación, vease que el defecto es uno de forma y además no es esencial.

Entonces el registro, además del Poder Judicial, sólo puede conocer de las rectificaciones de los asientos por defectos de forma no esenciales.

La rectificación lo que hace es devolver al asiento su plena certeza, sin embargo no habiéndose conocido el error sino hasta el momento en que se hace conocer el Registro, los efectos de la rectificación operan desde que en efecto se presenta la solicitud de rectificación al registro.

Podríamos decir que la declaración de invalidez anula el asiento y le quita vigencia, en tanto la rectificación reconoce su existencia, lo perfecciona y consolida su vigencia.

CONCLUSIÓN

Para finalizar este análisis es preciso indicar que no hace mucho que se ponía en tela de juicio la validez por sí solo del asiento registral, pese a que la propia ley le otorga legitimidad, confundiendo la validez del documento con la validez del asiento. Ello es importante sobre todo para los terceros que contratando sobre la base de los asientos

registrales celebran actos de buena fe. Entonces los derechos que adquieren merecen reconocimiento y protección legal independientemente de lo que ocurra con el documento del cual derivó el asiento registral que a su vez fue la base que animó al tercero a celebrar el acto.

Así lo ha entendido, por ejemplo, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que al pronunciarse en el expediente judicial 452-2008, en su resolución de fecha 13-10-2008, cuarto considerando, reconoce que el contenido de la inscripción registral (sinónimo de asiento) se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o declare judicialmente su invalidez.

En el décimo pleno del Tribunal, se aprobó como cuarto precedente que: «No procede denegar la inscripción de un título alegando la presunta falsedad de los documentos que originaron una inscripción anterior, en tanto no conste inscrita la nulidad del asiento.»

Criterio sustentado en las Resoluciones N° 229-2004-SUNARP-TR-L del 16 de abril de 2004, N° 185-2004-SUNARP-TR-L del 31 de marzo 2004, N° 102-2004-SUNARP-TR-L del 20 de febrero de 2004 y N° 139-2004-SUNARP-TR-L del 11 marzo 2004.

Este precedente lo que hace es reiterar la validez que les asiste a los asientos registrales mientras no se declare lo contrario.

Entonces ¿alguien podría dudar de la legitimidad de los asientos registrales?, me parece que la respuesta es evidente y sólo queda precisar que no hacerlo sería resquebrajar toda la estructura jurídica que soporta el sistema registral, en particular, y el sistema jurídico, en general, lo que más allá de afectar el derecho afectaría la sociedad misma.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Vocabulario Jurídico de la Asociación, **Henri Capitant**
- Moisset De Espanes, Luis**; *La Publicidad Registral*, Palestra, Lima 2004
- Alvarez Caperochipi, José Antonio**; *Derecho Inmobiliario Registral*, Granada 2002.
- Arruñada, Benito**, *Sistemas de Titulación de la Propiedad*, Palestra Lima 2004
- Jurisprudencia Civil. Gaceta Jurídica, Lima 2009.
- Compendio de Precedentes de Observancia Obligatoria, Volumen II, SUNARP 2009.

¿SE SUSPENDE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO TRIBUTARIO COMO CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL VALOR DE COBRANZA IMPUGNADO? A PROPÓSITO DE LA RTF N° 0161-I-2008

Wilfredo Vargas Cancino *

«El propósito de este ensayo, es justamente analizar si el precedente de observancia obligatoria establecido por la segunda y última instancia administrativa en materia tributaria, al margen de tener u ostentar tal condición, se encuentra arreglado a derecho y guarda conexión o armonía con la doctrina tributaria(...)»

* Docente de la Universidad Privada de Tacna.

I. INTRODUCCION.-

La pregunta que como título se plantea parte de la premisa si es que cabe la posibilidad que opere la suspensión del plazo de prescripción tributaria de las acciones de la Administración Tributaria, durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario, como consecuencia de la nulidad e insubsistencia del valor de cobranza impugnado.

Al respecto el Tribunal Fiscal dio respuesta a esta interrogante al expedir la Jurisprudencia de observancia obligatoria, contenida en la RTF N° 0161-1-2008, de fecha 01.01.2008., publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el pasado 25.01.2008, en la que se ha establecido como criterio de observancia obligatoria lo siguiente:

"La notificación de una Resolución de determinación o de multa, que es declarada nula, no interrumpe el plazo de prescripción de las acciones de la administración tributaria para determinar la deuda tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones.

Se suspende el plazo prescriptorio de las acciones de la administración tributaria para determinar la deuda tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones, durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario en el que se declara la nulidad de la Resolución de Determinación o de Multa".

En la precitada Resolución, como se puede colegir, el Tribunal Fiscal establece un precedente de observancia obligatoria respecto a la prescripción de las acciones de la Administración, para determinar la deuda tributaria o el crédito tributario insoluto, señalando que las notificaciones de resoluciones de multa o de determinación declaradas nulas no interrumpen el plazo de prescripción; sin embargo, según el criterio del Tribunal, este plazo si se suspende durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario, en el que ésta es declarada nula.

El propósito de este ensayo, es justamente analizar si el precedente de observancia obligatoria establecido por la segunda y ultima instancia administrativa en materia tributaria, al margen de

tener u ostentar tal condición, se encuentra arreglado a derecho y guarda conexión o armonía con la doctrina tributaria, para que a partir de ello, se puedan llegar a conclusiones y a propuesta de enmienda normativa sobre la temática contenida y desarrollada en la casuística tributaria, con el objeto de acortar la relación asimétrica entre el Estado y el contribuyente.

II. INFORMACION GENERAL DEL EXPEDIENTE TRIBUTARIO.-

TRIBUNAL FISCAL
JURISPRUDENCIA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA RTF N° 00161-1-2008

N° DE EXPEDIENTE 5861-2005
DEUDOR TRIBUTARIO SOUTHERN PERU
COPPER CORPORATION SUCURSAL PERU
MATERIA PRESCRIPCIÓN

PETITORIO Southern Perú Copper Corporation, sucursal del Perú, solicita se establezca que la facultad de la administración para aplicar sanción por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 2 del Artículo 178° del Código Tributario, impuesta mediante Resolución de Multa N° 012-002-0002314, estaba prescrita a la fecha de su notificación; considerando que la notificación previa de la Resolución de Multa N° 112-02-0000085, emitida erróneamente por SUNAT y luego declarada nula, no interrumpió el plazo de prescripción para aplicar la sanción correspondiente.

Del mismo modo, solicita considerar, que si bien es cierto, la reclamación y posterior apelación suspenden el plazo de prescripción para el cobro del valor determinado, esta suspensión deviene en ineficaz al no existir deuda, debido a la declaración de nulidad del valor en mención.

AUTORIDAD ADMINISTRATIVA (ÓRGANO RESOLUTOR) Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT (Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales)

AUTORIDAD DE SEGUNDA INSTANCIA ADMINISTRATIVA (ÓRGANO RESOLUTOR) TRIBUNAL FISCAL (Sala I

De Derecho Tributario)

INICIO DEL PROCEDIMIENTO: 2 de Agosto de 1999

FIN DEL PROCEDIMIENTO: 8 de Enero de 2008 (emisión de la RTF N° 00161-I-2008)

III. ANÁLISIS DE LA CASUÍSTICA POR PARTE DE LOS MAESTRANTES.-

Del análisis de los hechos, del derecho y de los criterios jurisprudenciales invocados en la Jurisprudencia de observancia obligatoria materia de examen *ab-innito*, coincidimos con el primer criterio establecido por el Tribunal Fiscal, pues no se interrumpe el plazo prescriptorio cuando las resoluciones de determinación y de multa, en su oportunidad, son declaradas nulas. La declaración de nulidad de un valor implica que tales actos nunca surtieron efecto. Por lo tanto, su notificación no puede tener efecto jurídico alguno, como sería la interrupción del plazo prescriptorio de las acciones de la administración.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con el segundo criterio de observancia obligatoria, pues estimamos que la tramitación del procedimiento contencioso tributario, en el que se declara la nulidad de estas resoluciones, no puede suspender el plazo de prescripción para determinar la deuda tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones.

3.1. NECESARIOS FUNDAMENTOS A TENERSE EN CUENTA

3.1.1 Interrupción de la prescripción con la notificación de actos nulos

Entre las causales de interrupción de la prescripción de la facultad de la administración tributaria para determinar la obligación tributaria, exigir el pago de la misma o aplicar sanciones, establecidas en el artículo 45° del Código Tributario, se encuentra la notificación de: i) cualquier acto de la administración tributaria dirigido al reconocimiento o regularización de la obligación tributaria o de la infracción; y, ii) la orden de pago, resolución de determinación o resolución de multa.

La prescripción se interrumpe con la notificación de cualquiera de estos actos debido a: i) la manifestación de voluntad de la administración tributaria de conservar el derecho; y, ii) la notificación de esa voluntad al deudor.

Entonces, cabe preguntarnos si la prescripción se interrumpe por la notificación de la administración que luego es declarado nulo de pleno derecho.

Creemos que no. Un acto nulo,⁽¹⁾ declarado como tal, retrotrae sus efectos, si es que los hubiera generado, hasta el punto en que fue emitido, borrando así todo vestigio de su existencia.

Efectivamente, un acto que es nulo de pleno derecho no debe producir ningún efecto jurídico. En caso lo produjera, aquel efecto se retrotraerá al momento en que se haya emitido dicho acto. Por lo tanto, el plazo prescriptorio en ningún momento se ve afectado (interrumpido) por la notificación del acto nulo.

Sobre el particular, Ramón Parada⁽²⁾ sostiene que: "El acto nulo de pleno derecho es aquel que, por estar afectado de un vicio especialmente grave,

(1) **Código Tributario**

Artículo 109°.- NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS

Los actos de la Administración Tributaria son nulos en los casos siguientes:

1. Los dictados por órgano incompetente, en razón de la materia. Para estos efectos, se entiende por órganos competentes a los señalados en el Título I del Libro II del presente Código;
2. Los dictados prescindiendo totalmente del procedimiento legal establecido, o que sean contrarios a la ley o norma con rango inferior;
3. Cuando por disposición administrativa se establezcan infracciones o se apliquen sanciones no previstas en la ley; y,
4. Los actos que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición

(2) **PARADA, Ramón.** Derecho Administrativo I. Parte General. 8va Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996. Págs. 195-196.

no debe producir efecto alguno y, si lo produce, puede ser anulado en cualquier momento sin que, a esa invalidez, pueda oponerse la subsanación del efecto y transcurso de tiempo".

En ese mismo sentido, García de Enterría y Fernández⁽³⁾ manifiestan que *"un acto o negocio que es nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece ab initio de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia comporta una serie de consecuencias características: ineficacia inmediata, ipso iure, del acto, carácter general o erga omnes de la nulidad e imposibilidad por confirmación o prescripción"*.

Por lo expuesto, compartimos el criterio establecido por el Tribunal Fiscal en la resolución sujeta a comentario, referido a que la notificación de actos tributarios nulos, específicamente resoluciones de determinación y de multa, no interrumpen el plazo prescriptorio para ejercer las facultades de la administración tributaria.

Cabe mencionar que anteriormente este colegio ya había señalado que no se interrumpe el plazo prescriptorio con la notificación de un acto nulo de pleno derecho. Así, en la Resolución de Tribunal Fiscal N° 03239-I-2006, emitida el 13 de junio de 2006, este Tribunal estableció que *"(...) la nulidad absoluta o de pleno derecho de los actos administrativos, (...) surte efectos extunc, por lo que al privarles de existencia y eficacia desde el momento en que se produce el vicio, se entiende que no se ha interrumpido la prescripción"*.

3.1.2 Suspensión de la prescripción por la tramitación del proceso contencioso tributario en donde se declara la nulidad de los valores

a. La prescripción

La vigencia del principio de seguridad jurídica en

un Estado de Derecho es muy importante. Por este principio el ordenamiento jurídico debe generar confianza en los ciudadanos a través de la predictibilidad y certeza de la actuación de los órganos estatales. La prescripción persigue tales fines. Así, en doctrina se reconoce que la seguridad jurídica es el fundamento jurídico de la prescripción, pues no se puede proteger sin límite de tiempo al titular de un derecho que no lo ejerce ni reconoce.

En efecto, la prescripción es un instituto jurídico que permite adquirir el dominio de una cosa o de liberarse de una carga y obligación por efecto del transcurso del tiempo y bajo las condiciones señaladas por la ley. Por tanto, con ella se adquiere certeza sobre una determinada situación jurídica, de modo que ya no pueda ser modificada.

La prescripción puede ser de dos tipos: adquisitiva o extintiva. De estas dos especies, la última cobra relevancia para efectos del Derecho tributario.

Sobre el particular, Ferreiro Lapatza⁽⁴⁾ señala que la prescripción se configura por: *"La inercia de los titulares, mejor aún, el silencio de la relación jurídica durante el plazo de tiempo determinado por la ley", generando de tal forma la "extinción de la deuda y, por tanto, la del correspondiente derecho de crédito"*.

En materia tributaria, la prescripción es un instituto de equilibrio entre la legítima expectativa del fisco de realizar el cobro de la obligación tributaria y la seguridad jurídica del contribuyente. Por ello se concede a la administración un periodo de tiempo para realizar las acciones tendientes a asegurar el cobro de la deuda tributaria. Tan pronto haya transcurrido el mismo, opera la prescripción. Este instituto brinda al contribuyente la seguridad jurídica de que su situación no será modificada por el ejercicio de las facultades del fisco, dándole certeza sobre los hechos acaecidos en dicho periodo.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo I. 10ma Edición. Editorial Civitas, Madrid, 2001, Pág. 606.

(4) FERREIRO LAPATZA José Juan, Curso de Derecho Financiero Español, Instituciones, 25va Edición, Editorial Marcial Pons. Madrid 2006. Pág. 467.

No obstante lo anterior, existen hechos que determinan que el plazo de prescripción se interrumpa o suspenda.

Por un lado, la interrupción de la prescripción inutiliza el lapso de tiempo transcurrido hasta que se produce el hecho interruptorio, determinando el término del plazo prescriptorio, para luego, a partir del día siguiente de ocurrida la interrupción, comenzar a correr un nuevo plazo prescriptorio sin considerar el tiempo anteriormente transcurrido.

En cambio, la suspensión detiene el cómputo del plazo prescriptorio. Dicho fenómeno se produce por hechos sobrevivientes al nacimiento de la acción, independientemente de la voluntad de los sujetos de la relación jurídica, y siempre que estén previstos en la ley. Los efectos de la suspensión solo se proyectan para el futuro, conservando la eficacia del tiempo transcurrido con anterioridad. Una vez desaparecida la causa de la suspensión, el plazo de prescripción continúa, adicionándose al tiempo anteriormente cumplido.

Los artículos 45° y 46° del Código Tributario establecen los hechos que interrumpen y suspenden el ejercicio de las acciones del fisco respecto a cada una de las facultades de la administración tributaria.

b. El derecho de defensa y la *reformatio in peius*

El derecho de defensa, reconocido en el Artículo 139°, inciso 14⁽⁵⁾ de la Constitución, implica la posibilidad de recurrir la decisión de una instancia inferior ante una superior. Una manifestación concreta del derecho de defensa es el derecho al recurso. Este último constituye un derecho al recurso. Este último constituye un derecho del ciudadano de ejercer una defensa adecuada y sin limitaciones de ningún orden, a efectos de pre-

servar sus derechos.

De la mano de los derechos de defensa y de recurso encontramos el principio de proscripción de la *reformatio in peius*. Este principio implica que el órgano resolutor únicamente debe pronunciarse acerca de las pretensiones planteadas por el impugnante y, al resolverlas, no debe agravar la situación de aquél, es decir, el órgano resolutor debería pronunciarse sobre las pretensiones impugnadas sin empeorar la situación inicial del impugnante. En esa medida, la *reformatio in peius* está ligada al principio de congruencia, por el cual debe existir una adecuación entre lo que se pidió al órgano resolutor y su pronunciamiento final.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA/TC sobre proceso de amparo iniciado por una contribuyente en el que solicitó la suspensión del procedimiento coactivo iniciado en su contra, emitida el 25 de agosto de 2004, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la *reformatio in peius* es una garantía implícita en la Constitución:

"La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Expediente N° 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera en la primera instancia.

En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en

(5) Constitución Política del Estado:

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad

general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación".

Queda claro entonces que el principio de *reformatio in peius* es una exigencia de respeto al derecho fundamental de defensa, al debido proceso, y debe ser acatado tanto en el ámbito procesal como en los procedimientos administrativos. Por consiguiente, en aplicación del principio de *reformatio in peius*, la resolución del conflicto no debe empeorar la situación del impugnante, en la medida que solo él puede recurrir la resolución o acto de la administración.

c. No se debió suspender la prescripción por la tramitación del proceso contencioso tributario en donde se declaró la nulidad de los valores

En la resolución bajo comentario el Tribunal Fiscal concluyó que el plazo prescriptorio de la acción de la administración para aplicar la sanción por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 2 del Artículo 178° del Código Tributario, no se interrumpió con la notificación de la Resolución de Multa N° 112-02-0000085 (declarada nula), pero sí se suspendió durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario seguido respecto de ella. Por tanto, con la notificación de la Resolución de Multa N° 012-002-002314, realizada el 19 de diciembre de 2003, la administración ejerció válidamente su facultad sancionadora respecto de la misma conducta infractora que fue castigada anteriormente.

En nuestra opinión, lo resuelto por el Tribunal Fiscal: i) desconoce los fines de la prescripción, pues extiende indebidamente la expectativa del fisco de realizar el cobro de la obligación tributaria, ii) vulnera la seguridad jurídica del impugnante, debido a que protege sin límite de tiempo a la administración como titular de un derecho que no ejerció o reconoció en su debido momento; y, iii) atenta contra el derecho de defensa del contribuyente y contra el principio de la *reformatio in peius*.

Efectivamente, señalar que al final de dos proce-

dimientos contenciosos tributarios la administración mantendrá su facultad de imponer la multa, es contradecir los fundamentos de la prescripción, y en especial a la seguridad jurídica. Así, nunca se terminaría con la incertidumbre generada en el contribuyente respecto de sus obligaciones con el fisco ni se limitaría el uso de las potestades atribuidas a la administración para imponer sanciones, como ha sucedido en el caso comentado.

Quien tramita o interpone un recurso contra un acto que considera nulo no reconoce implícitamente el derecho o facultad que tiene la administración tributaria de determinar la obligación tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones. Al contrario, quien recurre a este trámite lo hace precisamente porque niega dichas facultades. En otras palabras, con la interposición de un recurso no se reconoce la legitimidad de la actuación de la administración. Sino, más bien, la impugnación de un acto de la administración que en opinión del contribuyente, no se encuentra arreglado a derecho, constituye el ejercicio de su derecho de defensa.

En esa medida, no resulta lógico ni coherente con el derecho de defensa, mantener los efectos suspensivos del procedimiento contencioso tributario en el que se declara la nulidad del acto cuestionado. De ser esto así, se caerá en la irónica situación que por impugnar un acto nulo se afecte el derecho a la prescripción ganada por el contribuyente. Dicha situación recortaría el derecho de defensa de los contribuyentes que se consideren afectados por un acto nulo, pues vacilarían antes de presentar un recurso de reclamación en resguardo de sus derechos.

Sobre el particular, es muy ilustrativa la sentencia recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA/TC. En ella el Tribunal Constitucional reconoce que se viola el derecho de defensa, si por ejercer el derecho a impugnar una decisión de la administración se obtiene una sanción. Así, sostuvo lo siguiente: "*En el presente caso, el derecho de impugnar la decisión de la administración - o derecho de recurrir - ha quedado sin contenido al establecerse con su ejercicio una sanción que, además de desproporcionada - conforme a los argumentos desarrollados en los fundamentos 9 a 16 supra-*

,ha terminado por conculcarlos, tras confirmarse la decisión de primera instancia. De este modo, el Tribunal opina que la aplicación de las disposiciones que autorizan dicha actuación a la administración, resulta contraria al derecho constitucional de ejercitar los recursos pertinentes incluso en sede administrativa y, por tanto, violan también el derecho de defensa" (el resaltado es nuestro).

La doctrina española se ha pronunciado rechazando los efectos interruptorios del proceso contencioso tributario por considerar que ello atenta contra el derecho de defensa. Así, Rafael Calvo señala que: "Hay que entender de que si se trata de una reclamación o recurso que niega la obligación no habrá interrupción (suspensión) e incluso sería absurdo considerar a tales rechazos como una causal interruptiva e incluso sería contrario al principio de no indefensión toda vez que jugaría como factor de inhibición de los sujetos pasivos. En definitiva solo en el caso de que la reclamación o recurso se refiere a algún aspecto o elemento de la obligación si negarla podría entenderse como hecho interruptivo".

Cabe precisar que la Ley General Tributaria, Ley Nº 58/2003, del 17 de diciembre de 2003, no contempla la figura de la suspensión de la prescripción. En España únicamente se regula el supuesto de "interrupción" y una de sus causales es la tramitación o interposición de recurso impugnatorio.

La jurisprudencia española ha establecido que no se interrumpe el plazo prescriptorio de las acciones de la administración tributaria para determinar la deuda tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones, durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario en el que se declara la nulidad de la acotación.

Al respecto, en la Resolución Nº 00/1903/2001, de fecha 28 de mayo de 2004, el Tribunal Económico Administrativo Central de España señaló lo siguiente:

"Resulta lógico el razonamiento de este acuerdo nuestro, puesto que de algo nulo de pleno derecho, que por lo tanto no produce efecto jurídico alguno (y no lo produce retroactivamente), según hemos visto

que es postura jurisprudencial unánime, no puede surgir una eficacia interruptiva de la prescripción, pues solo puede, obviamente, interrumpirse la prescripción de algo que existe y no la de algo que no tiene existencia ni eficacia para el Derecho.

Lo mismo que serían nulos de pleno derecho los actos realizados por la administración en ejecución de un acto que a su vez lo fuese, y por tanto tampoco interrumpirían la prescripción, con mayor razón no puede reconocerse efecto interruptivo a los actos del deudor (que lo es solo en apariencia, pues su condición de tal deriva de un acto radicalmente nulo) dirigidos precisamente a obtener la declaración de nulidad del primero. Es evidente que nuestra resolución estaba, además, interpretando el Artículo 66º.1.b LGT en armonía con el Artículo 1973º del Código Civil: 'La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor'.

En suma: la necesidad de lograr que un órgano declare la nulidad de un acto no puede impedir que esa nulidad desarrolle todos sus efectos.

Como señalamos líneas arriba, si se otorgara efectos suspensivos (o interruptivos) a la tramitación del procedimiento contencioso tributario, se causaría una especie de *reformatio in peius* en perjuicio del contribuyente. Esto debido a que, por impugnar un acto nulo, se afectaría el derecho a la prescripción ganada por el contribuyente y por ello la administración estaría en condiciones de ejercer su facultad de determinación, cobro o sanción.

Así ha sido expuesto por el Tribunal Económico Administrativo Central de España en la resolución antes mencionada:

"... se produciría una especie de 'reformatio in peius', pues la necesidad de impugnar para salvaguardar un derecho - no pagar impuestos sino de acuerdo con las leyes - sería más desfavorable para el administra-

do que su mera pasividad, viniendo a producirse una suerte de sanación parcial del acto nulo a efectos de prescripción. Lo cual no parece muy lógico, sobre todo en materia como esta, en la que el Principio Constitucional de Seguridad Jurídica (Artículo 9º.3 CE) lleva a la exigencia de que la prescripción se declare de oficio - Artículo 67º LGT-, y en la que nada menos que esta declaración y la consiguiente aplicación de la prescripción se hará 'incluso en los casos en que se haya pagado la deuda' (Artículo 60º.1 RGR, de 20 de diciembre de 1990)".

Finalmente, el Tribunal Económico Administrativo Central sostiene que la reclamación contra un acto nulo de pleno de derecho no interrumpe la prescripción, pues si el acto nulo no lo hace, con mayor razón debe desconocerse los efectos interruptivos a las actuaciones (impugnaciones) destinadas a obtener dicha declaración. Así, sostuvo lo siguiente:

"La reclamación contra un acto nulo de pleno derecho no interrumpe (suspende) la prescripción, pues lo mismo que serían nulos de pleno derecho los actos realizados por la administración en ejecución de un acto que a su vez lo fuese, y por tanto tampoco interrumpirían (suspenderían) la prescripción, con mayor razón no puede reconocerse efecto interruptivo a los actos del deudor (que lo es solo en apariencia, pues su condición de tal deriva de un acto radicalmente nulo) dirigidos precisamente a obtener la declaración de nulidad del primero".

3.1.3. Suspensión de la prescripción en el Código Tributario

En la resolución, materia de análisis, el Tribunal Fiscal estableció, como criterio de observancia

obligatoria, que durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario, en el que se declara la nulidad de la resolución de determinación o de multa, se suspende el plazo prescriptorio de las acciones de la administración tributaria para determinar la deuda tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones.

A la fecha de expedición de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00161-I-2008, dicho razonamiento ya había sido previsto por el artículo 46º del Código Tributario. Efectivamente, con la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 981, publicado el 15 de marzo de 2007, y vigente a partir del 1 de abril de dicho año, el último párrafo del citado artículo establece expresamente lo siguiente:

"Para efectos de lo establecido en el presente artículo la suspensión que opera durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario o de la demanda contenciosa administrativa, en tanto se de dentro del plazo de prescripción, no es afectada por la declaración de nulidad de los actos administrativos o de procedimiento llevado a cabo por la emisión de los mismos".

Creemos que el establecimiento de un criterio jurisprudencial con carácter de observancia obligatoria en el ejercicio 2008, se debe a que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 2122º⁽⁶⁾ del Código Civil, la prescripción iniciada antes de la modificación de la norma que la regula, se sigue rigiendo por las leyes anteriores. En tal sentido, dicho criterio resulta aplicable a situaciones generadas antes de la vigencia de la modificación del Código Tributario, como el caso de Southern Perú.

Tal como hemos señalado líneas arriba, consideramos que la aplicación del mencionado criterio vulnera el Derecho de Defensa y al recurso del

(6) Código Civil

Artículo 2122º.- Reglas sobre prescripción y caducidad iniciadas antes de la vigencia del Código

La prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, ésta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad.

contribuyente. Se estima que el Tribunal Fiscal no ha consagrado la validez del nuevo texto del Artículo 46° del Código Tributario, sino que simplemente está extendiendo un razonamiento a hechos acaecidos antes de la modificatoria. En consecuencia, consideramos que cabría someter el citado artículo a un análisis de constitucionalidad.

3.1.4. La declaración de nulidad de la Resolución de Multa N° 112-02-0000085

Finalmente, nos parece pertinente hacer un comentario sobre la declaración de nulidad de la Resolución de Multa N° 112-02-0000085. Como explicamos al inicio del presente Artículo, la referida resolución de multa se emitió erradamente por la infracción prevista en el numeral 1 del Artículo 178° del Texto Único Ordenado del Código Tributario y, con posterioridad, fue convalidada por la administración tributaria bajo la consideración de que el contribuyente había incurrido en la infracción tipificada en el numeral 2 del Artículo 178° del Código Tributario. Si bien el Tribunal Fiscal acertadamente declaró la nulidad de dicha resolución, creemos que debió sustentar su decisión en la vulneración del derecho de defensa del contribuyente.

El derecho de defensa es una garantía básica de los derechos fundamentales que no fue respetada en la emisión del citado valor. En efecto, cuando la administración tributaria incurrió en error al calificar la infracción se afectó el derecho de defensa del contribuyente. Ello debido a que la tipificación de la infracción es la razón determinante, necesaria e imprescindible de la voluntad sancionadora de la administración. Establecer la infracción es encuadrar la conducta del contribuyente en un supuesto transgresor y esto determina la sanción aplicable al presunto infractor.

En caso se prive al particular de conocer la verdadera infracción que se le imputa, y su correspondiente sanción, se limitaría el ejercicio de su derecho de defensa, pues no podrá esbozar los ar-

gumentos que desestimen la presunta comisión de esa infracción. Ello sin contar que, por los efectos jurídicos que se derivan de la sanción tributaria, la administración tributaria está en la obligación de acompañar su imposición con mayores garantías tendientes a proteger los derechos del contribuyente.

Sobre el particular Gil Cruz⁽⁷⁾ señala que: "*Si bien es cierto que la fundamentación de cualquier acto administrativo se exige entre otros motivos para que el ciudadano no quede indefenso ante las decisiones adoptadas por la administración, no es menos cierto que una motivación escueta o defectuosa puede conducir al mismo resultado a pesar de que se ejerciten esos derechos de defensa. Lo que ocurrirá es que en la vía jurisdiccional el Tribunal no tendrá constancia suficiente de los datos que se han seguido tanto por parte de la administración, para poder compartir o discrepar de los razonamientos contenidos en la resolución emitida, no por otra parte comprender plenamente la oposición que a la misma se hace*".

Ahora bien, es innegable que todo contribuyente puede impugnar las resoluciones de multa en ejercicio de su derecho de defensa, pero para ejercitar ese derecho debe estar en condiciones de identificar y comprender los elementos que configuran la infracción con un grado suficiente de certeza que le permita calificarlos e interpretarlos adecuadamente.

En el caso de Southern Perú la vulneración de su derecho de defensa se pone de manifiesto cuando se emite la Resolución de Multa N° 112-02-0000085 por infracción prevista en el numeral 1 del artículo 178° del Código Tributario, consistente en no incluir en las declaraciones ingresos que influyan en la determinación de la obligación tributaria, en vez de la referencia al tipo previsto en el numeral 2 del mencionado artículo, consistente en declarar cifras o datos falsos que impliquen un aumento indebido de saldos o créditos a favor del deudor tributario, que habría sido la conducta presuntamente desarrollada por dicho

(7) GIL CRUZ, Eva. La motivación de los actos tributarios, Aranzandi, Navarra, 2003, Pág. 33.

contribuyente.

La doctrina española en su mayoría considera que la indefensión del contribuyente determina la nulidad del acto que lo ubica en dicha situación. Así, sostienen lo siguiente: "La indefensión del administrado determina la anulabilidad del acto, no pudiéndose mantener las consecuencias perjudiciales que se han producido con anterioridad a la resolución anulatoria".

Por lo tanto, en el caso bajo comentario, el Tribunal Fiscal debió declarar la nulidad de la resolución de multa por la indefensión causada al contribuyente, al no haberse identificado acertadamente la infracción que se le imputaba.

IV. CONCLUSIONES.-

Luego del análisis de la casuística tributaria, se llega a las siguientes conclusiones terminales:

4.1.1. Respecto a la institución jurídica de la prescripción tributaria

a) La vigencia del "Principio de seguridad jurídica" en un Estado de Derecho, como el nuestro, resulta muy importante; en razón de que por este principio, el ordenamiento jurídico debe generar confianza en los ciudadanos a través de la predictibilidad y certeza de la actuación de los órganos estatales. En esa perspectiva, se colige que la prescripción persigue tales fines. Así, en la doctrina se reconoce que la seguridad jurídica es el fundamento jurídico de la prescripción, pues no se puede proteger sin límite de tiempo al titular de un derecho que no lo ejerce ni reconoce.

b) La prescripción, es un instituto jurídico que permite adquirir el dominio de una cosa o de liberarse de una carga y obligación por efecto del transcurso del tiempo y bajo las condiciones señaladas por la ley; adquiriéndose con ella certeza sobre una determinada situación jurídica, de modo que ya no pueda ser modificada en lo ulterior, encontrando su fundamento en las máximas: "*jura civilia succurrunt diligentibus et non durmientibus*" (si el acreedor es negligente, pierde su derecho) e "*introducitur est odium negligentiae, non favore praescribentis*" (la prescripción se introdujo más

bien en contra de la negligencia que a favor de quien prescribe).

c) Según la Doctrina, la prescripción puede ser de dos tipos: adquisitiva o extintiva (llamada también liberatoria). De estas dos especies o modalidades de prescripción, la última cobra relevancia para efectos del Derecho tributario, conforme se advierte de la casuística materia de análisis y examen.

d) Que, en materia tributaria, la prescripción es un instituto de equilibrio entre la legítima expectativa del fisco de realizar el cobro de la obligación tributaria y la seguridad jurídica del contribuyente. Por ello, se concede a la Administración Tributaria, un periodo de tiempo para realizar las acciones tendientes a asegurar el cobro de la deuda tributaria. Tan pronto haya transcurrido el mismo, opera la prescripción. Este instituto brinda al contribuyente la seguridad jurídica de que su situación no será modificada por el ejercicio de las facultades del fisco, dándole certeza sobre los hechos acaecidos en dicho periodo.

e) Que, al margen de la concepción y naturaleza del instituto jurídico de la prescripción, existen hechos que determinan que el plazo de prescripción se interrumpa o se suspenda. Dentro de este marco jurídico, se entiende que la interrupción de la prescripción inutiliza el lapso de tiempo transcurrido hasta que se produce el hecho interruptorio (su configuración determina el término del plazo prescriptorio, para luego, a partir del día siguiente de ocurrida la interrupción, comenzar a correr un nuevo plazo prescriptorio sin considerar el tiempo anteriormente transcurrido). En cambio, la suspensión detiene el cómputo del plazo prescriptorio; entendiéndose que dicho fenómeno se produce por hechos sobrevinientes al nacimiento de la acción, independientemente de la voluntad de los sujetos de la relación jurídica, y siempre que estén previstos en la ley (los efectos de la suspensión solo se proyectan para el futuro, conservando la eficacia del tiempo transcurrido con anterioridad. Una vez desaparecida la causa de la suspensión, el plazo de prescripción continúa, adicionándose al tiempo anteriormente cumplido).

f) Que los artículos 45° y 46° del Código Tribu-

tario, establecen los hechos (causales legales o *numerus clausus*) que interrumpen y suspenden el ejercicio de las acciones del fisco respecto a cada una de las facultades de la Administración Tributaria, siendo ésta la temática desarrollada y contenida en la jurisprudencia o casuística materia de análisis, como consecuencia de la declaración de nulidad de un valor de cobranza en la tramitación de un procedimiento contencioso-tributario.

4.2. Respecto a la *Ratio Decidendi* (Razón de la Decisión) y criterios de observancia obligatoria contenida en la RTF N° 00161-I-2008:

4.2.1. Sobre la interrupción de la prescripción por la declaración de nulidad de valores de cobranza en el procedimiento contencioso tributario

a) Que resulta razonable a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, el primer criterio establecido por el Tribunal Fiscal en la RTF N° 00161-I-2008, al convenir o adherirnos a la posición vinculante que prescribe de que no se interrumpa el plazo prescriptorio cuando las resoluciones de determinación y de multa, en su oportunidad, son declaradas nulas. Todo ello, en razón de que la declaración de nulidad de un valor de cobranza, implica que tales actos nunca surtieron efecto. Por lo tanto, su notificación no puede tener efecto jurídico alguno, como sería la interrupción del plazo prescriptorio de las acciones de la Administración Tributaria.

4.2.2. Sobre la suspensión de la prescripción por la declaración de nulidad de valores de cobranza en el procedimiento contencioso tributario

b) Que, disintimos del segundo criterio de observancia obligatoria, contenida en la RTF N° 00161-I-2008, por estimar que la tramitación del procedimiento contencioso tributario, en el que se declara la nulidad de estas resoluciones, no puede suspender el plazo de prescripción para determinar la deuda tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones.

c) Que lo resuelto por el Tribunal Fiscal no hace

mas que: i) Desconocer los fines de la prescripción, pues extiende indebidamente la expectativa del fisco de realizar el cobro de la obligación tributaria, ii) Vulnerar la seguridad jurídica del impugnante, debido a que protege sin límite de tiempo a la administración como titular de un derecho que no ejerció o reconoció en su debido momento; y, iii) Atentar contra el derecho de defensa del contribuyente y contra el principio de la *reformatio in peius*.

d) Que el Tribunal Fiscal; al señalar en su *Ratio Decidendi* que al final del procedimiento contencioso tributario, en el que se ha declarado la nulidad de los valores de cobranza, la administración tributaria mantendrá su facultad de imponer la multa; implícitamente, está contradiciendo los fundamentos de la prescripción y en especial el principio de seguridad jurídica. Con esta posición sui-generis, nunca se terminaría con la incertidumbre generada en el contribuyente respecto de sus obligaciones con el fisco, ni se limitaría el uso de las potestades atribuidas a la administración tributaria para imponer sanciones, como ha sucedido en la casuística bajo análisis.

e) Que, el administrado (propriadamente el contribuyente) al tramitar o interponer un recurso contra un acto que considera nulo no reconoce implícitamente el derecho o facultad que tiene la Administración Tributaria de determinar la obligación tributaria, exigir su pago o aplicar sanciones. Al contrario, quien recurre a este trámite lo hace precisamente porque niega dichas facultades. En otras palabras, con la interposición de un recurso no se reconoce la legitimidad de la actuación de la administración, sino más bien, la impugnación de un acto de la administración que en opinión del contribuyente, no se encuentra arreglado a derecho, constituye el ejercicio de su derecho de defensa, consagrado en la Ley Fundamental del Estado y en los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos.

f) Que, bajo las razones antes expuestas, no resulta lógico ni coherente con el derecho de defensa, mantener los efectos suspensivos del procedimiento contencioso tributario en el que se declara la nulidad del acto cuestionado. De ser esto así, se caerá en la irónica situación que por impugnar un acto nulo se afecte el derecho a la

prescripción ganada por el contribuyente. Dicha situación recortaría el derecho de defensa de los contribuyentes que se consideren afectados por un acto nulo, pues vacilarían antes de presentar un recurso de reclamación en resguardo de sus derechos.

g) Que a la fecha de expedición de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00161-1-2008, dicho razonamiento ya había sido previsto por el artículo 46° del Código Tributario (con la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 981, publicado el 15 de marzo de 2007, y vigente a partir del 1 de abril de dicho año). Por lo que, consideramos que el establecimiento de un criterio jurisprudencial con carácter de observancia obligatoria en este año, se debe a que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 2122° del Código Civil, la prescripción iniciada antes de la modificación de la norma que la regula, se sigue rigiendo por las leyes anteriores. En tal sentido, dicho criterio resulta aplicable a situaciones generadas antes de la vigencia de la modificación del Código Tributario, como el caso de la empresa Southern Perú.

h) Que, como se ha señalado anteriormente, considero que la aplicación del mencionado criterio vulnera el derecho de defensa del contribuyente. Somos del parecer, que el Tribunal Fiscal, como cuerpo colegiado y última instancia en materia tributaria, no ha consagrado la validez del nuevo texto del artículo 46° del Código Tributario, sino que simplemente está extendiendo un razonamiento a hechos acaecidos antes de la modificatoria. En consecuencia, consideramos que cabría someter el citado artículo a un análisis de constitucionalidad, por cuanto, de mantenerse este cuestionado criterio, se estaría poniendo en estado de indefensión a los contribuyentes, vulnerándose con ello, sus derechos fundamentales que reconoce el artículo 74° de la Constitución Política del Estado.

V. PROPUESTA DE ENMIENDA NORMATIVA.-

Que; con el objeto de equilibrar la relación asimétrica existente, entre el Estado y los contribuyentes, que se ve cada día más distante con criterios de esta naturaleza, que colisionan con los derechos fundamentales de los destinatarios legales de los tributos, cuando estos se someten a un procedimiento contencioso tributario en el que se declara la nulidad de los valores de cobranza, para efectos de que la administración tributaria pueda invocar la suspensión de la prescripción tributaria; convenimos en recomendar al Congreso de la República, la inmediata modificación de la parte *in-fine* del artículo 46° del Código Tributario, proponiendo en su lugar el texto legal siguiente:

"Para efectos de lo establecido en el presente artículo, la suspensión que opera durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario o de la demanda contenciosa administrativa, en tanto se dé dentro del plazo de prescripción, estará afectada por la declaración de nulidad de los actos administrativos o de procedimiento llevado a cabo por la emisión de los mismos".

Sin perjuicio de ello, considero conveniente que esta propuesta de enmienda legislativa sea canalizada a través de los colegios profesionales, que se encuentran directa o indirectamente inmersos en el quehacer tributario, para su pronta implementación en beneficio de los contribuyentes, quienes al final son los destinatarios legales de los tributos. Todo ello en rigurosa observancia del "Principio de Certeza", "Principio de Seguridad Jurídica" y el "Principio del Respeto a los Derechos Fundamentales de las Personas", en este caso de los contribuyentes.

LA JUSTICIA PENAL Y LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN TACNA

José Luis Vega Pilco*

« (...) la justicia ya no se debe buscar con el objetivo de reprimir a quienes infringen la ley penal, sino la justicia debe estar orientada a procurar generar las condiciones necesarias para que no se infrinja la norma penal, esto es la prevención del delito».

Fiscal Provincial de Tacna y Docente de la Universidad Privada de Tacna, cátedra de Derecho Procesal Penal.

El mundo y por ende nuestro país, ha experimentado en las últimas décadas un avance vertiginoso en las ciencias y tecnología, los mismos que, desde el punto de vista material son significativas para el desarrollo de nuestro Perú, sin embargo este proceso de globalización nos enfrenta a su vez, a una serie de problemas sociales que afectan la salud integral de las personas, las familias y la sociedad. Ello nos orienta a promover el desarrollo de Tacna sustentada en una cultura de valores, contribuyendo a la mejora de la calidad de vida y a la promoción de las condiciones para el desarrollo social.

Estamos convencidos que, el incorporar una labor jurídica planificada con contenidos, estrategias, acciones de prevención y desarrollo de acciones de movilización ciudadana, para llevar el nivel de conciencia y participación de los protagonistas por la tranquilidad pública y lucha contra la delincuencia con tendencia a la erradicación de la misma, lograremos mantener la paz, respeto hacia el cumplimiento de los deberes y derechos que como ciudadanos nos corresponde.

El Plan Local Estratégico y operativo de acciones preventivas, es el documento marco de las acciones programadas que deberán asumir y ejecutar los diferentes sectores e instituciones del Estado y la sociedad civil de la Región Tacna, para lograr el respeto a los derechos ciudadanos, defensa de la legalidad y prevenir la comisión de ilícitos penales en cumplimiento de lo establecido esencialmente en la Constitución Política del Perú, Ley Orgánica del Ministerio Público y Código Penal.

En nuestra localidad se desarrolla fundamentalmente la actividad comercial, por su ubicación geográfica y por contar desde hace muchos años con una zona de tratamiento especial comercial, ahora una zona franca, que conlleva mucho movimiento económico, implicando atracción delincencial con incidencia en determinadas épocas del año, lo que genera un alto índice de delitos contra el patrimonio en diferentes modalidades, llegando inclusive a homicidios y violaciones, propiciando una grave inseguridad en la ciudad; por otro lado el movimiento económico y comercial promueve per-

manente visita de turistas y comerciantes motivando la proliferación de personas que infringen la ley atentando los derechos de las personas; tales hechos exigen a las autoridades un cabal cumplimiento de sus funciones, especialmente del Ministerio Público, en lo que respecta a la Fiscalía de Prevención del Delito.

En la actualidad una de las principales actividades, de ejercitar la acción penal, se encuentra atomizada, existen criterios heterogéneos y carentes de coordinación, no se logra desarrollar la investigación de los hechos delictivos ni controlar la investigación realizada por la policía nacional, aspectos críticos que generan desconfianza ciudadana y en consecuencia afectan el acceso a la justicia, propiciando además un alto grado de desconfianza de la opinión pública respecto al sistema de justicia, atribuida a la presencia de dos problemas muy antiguos: la corrupción y la lentitud de las sentencias.

Frente a esta problemática la justicia ya no se debe buscar con el objetivo de reprimir a quienes infringen la ley penal, sino la justicia debe estar orientada a procurar generar las condiciones necesarias para que no se infrinja la norma penal, esto es la prevención del delito.

FISCALIA ESPECIAL DE PREVENCIÓN DEL DELITO

Otra importante función estipulada en Ley Orgánica del Ministerio Público es el accionar en la prevención del delito y para tal efecto cuenta con un total de 42 fiscalías especiales de Prevención del Delito en todo el país.

Dentro de las funciones y atribuciones de las fiscalías especiales de Prevención del Delito se tiene que son las encargadas de coordinar con las diferentes instituciones para la ejecución eficaz de las acciones y operativos de prevención del delito, ejecutar de oficio acciones de prevención de delitos, proponer alternativas de acción orientados a la prevención y reducción de la comisión de delitos, velar por la defensa de la legalidad, derechos y dignidad de las personas, requerir el apoyo de la policía nacional y otras autoridades a fin de realizar acciones de preven-

ción, planificar, supervisar y dirigir los operativos preventivos.

DIAGNÓSTICO GENERAL

La Región Tacna se encuentra ubicada en la zona austral del Perú, cuenta con una superficie de 16,061.62 km², limita por el norte con la Región Moquegua, por el sur con la República de Chile, por el este con la Región Puno y la República de Bolivia y por el oeste con el Océano Pacífico. Se divide políticamente en 4 provincias: Tacna, Tarata, Candarave y Jorge Basadre Grohmann, con un total de 26 distritos. La capital de la Región Tacna, tiene concentrada la más alta población en cuatro de sus distritos, y la mayor superficie territorial corresponde a la Provincia de Tacna. La población total departamental estimada para el año 2009 es de 317,619 habitantes.

La provincia de Tacna tiene una altitud entre 175 a 3,415 metros sobre el nivel del mar y tiene una temperatura promedio máxima de 23.48°C y mínima de 11.36°C, y según el INEI al 2001 la población según densidad y concentración poblacional por cada una de las cuatro provincias es así: la superficie de Tacna es de 8066.11 km² con una densidad de 31.66 HAS/KM² y con una concentración poblacional de 89.57 %; la provincia de Tarata tiene una superficie de 2806.69 km², con una densidad de 3.05 Has/Km² y una concentración poblacional del 3.02%; la provincia de Candarave tiene una superficie de 2261.10 km², con una densidad de 3.49 Has/Km² y una concentración poblacional de 3.43 %; y la provincia de Jorge Basadre Grohmann tiene una superficie de 2928.72 km², tiene una densidad de 3.87 Has/Km² y una concentración poblacional de 3.98%; siendo así tenemos que la Región Tacna tiene una superficie total de 16062.62 km², con una densidad de 17.75 Has/Km².

Considerando que en nuestro país existen zonas con mayor densidad poblacional, lugares en que los problemas de inseguridad ciudadana se presentan cada día y en forma creciente, por ello las acciones de prevención del delito se encuentran enmarcadas en la Ley Orgánica del

Ministerio Público, y que dicha norma legal como sus Reglamentos, propician que el Fiscal sea proactivo en la labor de prevenir delitos, participando y generando operativos con el fin de evitar los actos delictivos, programando charlas de difusión de los derechos y deberes de las personas, promover el cabal cumplimiento de las funciones de las autoridades, intervenciones de los establecimientos comerciales que funcionan al margen de la ley, y sobre todo motivando la participación activa de la comunidad.

La falta de acceso y difusión del sistema de justicia, es otro aspecto influyente, la identificación de un gran segmento de la población de la Región Tacna que aún no tiene acceso adecuado al sistema de justicia, básicamente por la lejanía de la ubicación geográfica y por una inadecuada difusión de las funciones de la institución, a pesar que en la actualidad el Ministerio Público de Tacna tiene presencia en cada una de las provincias, más aún ahora que en Tacna, ya viene rigiendo un nuevo sistema de Justicia Penal, esto es con la dación del Nuevo Código Procesal Penal, que significa la aplicación del sistema procesal penal acusatorio, que entre sus beneficios esta la instauración de las salidas alternativas que esencialmente busca terminar un litigio a la brevedad posible, atendiendo tanto los derechos del agraviado y generando el cumplimiento de los deberes del imputado.

ANÁLISIS SITUACIONAL

La Región Tacna se desarrolla esencialmente por su actividad comercial que compromete la seguridad y conlleva la migración y el turismo comercial e inclusive el turismo delincuencia, que ha generado la proliferación de locales de diversión.

Esta situación exige que el gobierno local, los ministerios de: Salud, Educación, Agricultura, Comercio Exterior y Transporte, cumplan cabalmente sus funciones, lo que no está ocurriendo y su ineficacia incide en la violación de derechos ciudadanos, incremento delincuencia y corrupción.

La Policía Nacional, que debe cumplir su fun-

ción preventiva y de seguridad, por razones de logística y de personal, no la realiza en todo el ámbito de la Región Tacna, su accionar no obedece a una planificación para lograr objetivos específicos y no elaboran estadísticas de los logros obtenidos, es decir no hay un monitoreo de la labor preventiva del delito.

Es necesario mejorar las acciones de control: del gobierno local, de la Policía Nacional del Perú, Ministerios de: Transportes, Comercio Exterior, Salud, Educación, Trabajo, Agricultura y SUNAT; porque así se lograría brindar seguridad ciudadana, respeto a los derechos ciudadanos que van a incidir en la disminución del índice delincencial y que va contribuir a la reducción de procesos judiciales y por ende generará

una oportuna y rápida administración de justicia. Ante nuestra realidad y la nueva tendencia de justicia para lograr la paz social y no es la represión, pues mantener las cárceles con gente que infringe la ley penal con el objeto de buscar su resocialización, resulta muy difícil de conseguir, por lo que es necesario: priorizar y fortalecer la acción preventiva que tiene por finalidad evitar o disminuir la comisión de delitos lo que obliga que en esta importante función se involucren a todas las autoridades que tienen función con la comunidad y se organice debidamente a la sociedad civil para que colabore en defender la legalidad y defender sus derechos ciudadanos, y con ello provocaremos una eficaz labor de prevención de los delitos, que a la postre significará el logro eficiente de la justicia penal.

EL SISTEMA TRIBUTARIO

Renzo Yufra Peralta *

«*En nuestro país el problema del sistema tributario ha sido debatido como en otros en el sentido de cómo estructurar uno, que haga compatible las necesidades estatales con los derechos de los ciudadanos contribuyentes, (...)»*

* Docente de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Privada de Tacna.

«Los edictos reales nos afligen aún antes de conocerlos, porque hablan siempre de urgencias del monarca y nunca de las necesidades del pueblo».

Montesquieu (Del Espíritu de las Leyes, 1748).

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN II. CONCEPTO III. SISTEMA TRIBUTARIO Y REGIMEN TRIBUTARIO IV. SISTEMAS TRIBUTARIOS RACIONALES VERSUS SISTEMAS TRIBUTARIOS HISTÓRICOS V. CARACTERÍSTICAS DE UN SISTEMA TRIBUTARIO RACIONAL VI. CARACTERÍSTICAS DE UN SISTEMA TRIBUTARIO IDEAL VII. CRITERIOS ECONÓMICOS DE EFICIENCIA PARA UN SISTEMA IMPOSITIVO VIII. CRITERIOS DE EFICIENCIA DE LOS SISTEMAS TRIBUTARIOS IX. EL SISTEMA TRIBUTARIO NACIONAL X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cada Estado conforme a su desarrollo histórico, sus objetivos de país y políticas de Estado prioriza determinado tipo de gastos e inversiones, que generan necesidades de financiamiento, por lo que, para financiar estas actividades, y según las características del país, se diseña un ordenamiento, el cual contiene principios, normas, reglas y procedimientos los cuales tratan de ser coherentemente enlazados para una óptima creación y aplicación de los tributos, todo ello podría considerarse como un sistema tributario. Y de ese sistema depende la capacidad del Estado para crear y administrar sus tributos adecuadamente conforme sus rasgos particulares e igualmente esta capacidad objetivada podría decirse que conforma un sistema tributario.

En el presente artículo pretendemos dilucidar el concepto y características de un sistema tributario, no pretendiendo dar una idea final y acabada del tema, además de establecer algunas diferencias

conceptuales entre régimen y sistema tributario.

Para ello trataremos los distintos conceptos que la doctrina o la ley le han atribuido al sistema tributario, estableceremos las características desde la teoría económica y desde la perspectiva jurídica.

II. CONCEPTO

En nuestro país el problema del sistema tributario ha sido debatido como en otros en el sentido de cómo estructurar uno, que haga compatible las necesidades estatales con los derechos de los ciudadanos contribuyentes, de este modo se han establecido a través del tiempo lo que se ha denominado un sistema tributario, entendiéndose muchas veces, casi siempre, como el conjunto de tributos que conforman la estructura de recaudación del Estado.

Sin embargo, para saber o tener la certeza si contamos con un sistema tributario o no, en primer lugar tendríamos que definir al sistema tributario, además de confrontar las definiciones con aquello que denominamos sistema en nuestro ordenamiento jurídico o doctrina nacional.

El filósofo argentino Mario BUNGE señala que sistema es «un objeto complejo cuyas partes o componentes se relacionan con al menos algún otro componente»,⁽¹⁾ en esta definición Bunge estima que cualquier sistema es un complejo de objetos, mientras que, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es un «conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí» (primera acepción) y «conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto» (segunda acep-

(1) BUNGE, Mario. (2007). Diccionario de Filosofía. Siglo Veintiuno Editores. Quinta Edición. México. p. 196.

ción). Mientras que la Definición del Diccionario de Manuel OSORIO establece que es un «conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia» (primera acepción) y «ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad» (segunda acepción).⁽²⁾ Otras acepciones conocidas son concebir al sistema como un método, procedimiento, técnica, etc.

Para Luis Alberto WARAT «el sistema aparece como el objeto formado de porciones que se vinculan bajo un principio unitario o como la composición de partes orientadas por un vector común. Donde haya un conjunto de elementos relacionados entre sí y aglutinados ante una referencia determinada, tendremos la noción fundamental de sistema».⁽³⁾

Anibal TORRES VASQUEZ nos dice «el sistema es un conjunto de elementos ordenados con criterio de unidad (...). En todo sistema hay una pluralidad de elementos, un orden entre ellos y una unidad resultante: la totalidad organizada conforme a ciertas reglas. Hay orden cuando los entes constitutivos están en relación con el todo y también en relación de coherencia entre sí»,⁽⁴⁾ prosigue el autor nacional: «son propiedades del sistema en su sentido lógico-formal, la unidad, su plenitud y coherencia. Todo sistema requiere de la especificación de criterios de pertinencia de los entes al sistema».⁽⁵⁾

Por tanto sistema, básicamente sería un conjunto de elementos que se encuentran vinculados coherentemente en torno a un fin común, de modo tal que los rasgos de sus elementos le otorguen sentido de pertenencia a esa unidad.

En lo que se refiere a Sistema Tributario, en una perspectiva positivista el gran jurista español Fer-

nando SAINZ DE BUJANDA señala que un «conjunto de gravámenes que están juntos y que deben aplicarse como partes integrantes de un todo, cualquier grupo de impuestos que se establezcan y apliquen por un determinado poder se denomina sistema tributario de la organización política correspondiente».⁽⁶⁾ Siguiendo con la doctrina española, Fernando PEREZ ROYO expresa: «llamamos sistema tributario al conjunto de los tributos pertenecientes a las tres categorías citadas,⁽⁷⁾ que se aplican en un determinado país para la financiación de los gastos públicos. Este conjunto forma un todo unitario, en el que diversas partes se articulan y se relacionan entre sí mediante diversos criterios de carácter lógico, entre los cuales sobresale el de carácter geográfico o relativo a los diferentes niveles de gobierno en que se articula el Estado»,⁽⁸⁾ ejemplifica este autor que en el Estado español se pueden distinguir tres niveles o sistemas o, si se prefiere subsistemas tributarios: el del Estado o Poder Central, el Autonómico y el Local.

Para Juan Martín QUERALT «un sistema tributario es un conjunto sistematizado y coherente de tributos que atendiendo a postulados de los principios constitucionales contribuye a alcanzar un nivel suficiente de ingresos con los que satisfacer las necesidades públicas, sirviendo como esencial instrumento de política económica».⁽⁹⁾ Si bien las anteriores definiciones definían al sistema tributario como el aglutinamiento de tributos, QUERALT añade una característica esencial, cual es la coherencia, entendida ésta como un orden lógico no contradictorio, armonioso y consistente. Resaltando esta característica Alfredo CIARLO y Miguel Ángel SAN MARTÍN señalan que: «Un sistema tributario es un conjunto coherente de tributos». Por tal motivo, cualquier acumulación de tributos no es sistema

(2) OSORIO, Manuel. (2007) Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Vigésimoséptima Edición. Buenos Aires Argentina. p. 926.

(3) Citado por BARROS DE CARVALHO, Paulo. (2007). Curso de Derecho Tributario. Traducción de Laura CRIADO SÁNCHEZ. Editorial Marcial Pons. Madrid España. p.118.

(4) VASQUEZ TORRES, Anibal. (2008). Introducción al Derecho. Editora IDEMSA. Tercera Edición. pp. 257-258.

(5) Ibidem. 251.

(6) Citado por FERREIRO LAPATZA, Juan. (1994). Curso de Derecho Financiero Español. Ediciones Jurídicas S.A. Décima sexta edición. Madrid España. p.184.

(7) Tasas, contribuciones especiales e impuestos.

(8) PEREZ ROYO, Fernando. (2007) Derecho Financiero y Tributario – Parte General. Editorial Thomson – Civitas. Decimoséptima Edición. Sevilla España. p. 51.

(9) QUERALT, Juan Martín, LOZANO SERRANO, Carmelo y POVEDA BLANCO, Francisco. (2007). Derecho Tributario. Editorial Thomson Arazandi. Decimosegunda Edición. Navarra España. p. 280.

tributario, aquí hay que hacer hincapié en el hecho de que **la coherencia** resulta fundamental para que esa acumulación de tributos pueda denominarse sistema.

La coherencia supone la acomodación de ese colectivo tributario a unos principios, criterios u objetivos; la finalidad financiadora de los tributos no debería atentar contra su racionalidad.⁽¹⁰⁾

En este caso la racionalidad se entiende desde el punto de vista lógico como aquella razón que implica no la facultad de entendimiento sino como la no contravención de un orden, en este caso el ordenamiento jurídico para empezar, una adecuación a la economía de los contribuyentes y a las necesidades del país finalmente.

Alfredo CIARLO y Miguel Ángel SAN MARTÍN realizan una salvedad en cuanto la coherencia, por cuanto, esta característica es esencial para que algo se denomine sistema, sobre todo en el aspecto tributario, estableciendo que: «En la medida en que aparecen uno o varios hilos conductores de la ordenación de los tributos, estamos en presencia de un sistema tributario. Resulta imposible la existencia de un conjunto coherente de tributos sin contradicciones». ⁽¹¹⁾ Se concuerda con lo dicho por dichos autores en cuanto al sistema tributario en tanto concepto jurídico económico no es un concepto acabado sino algo que está en permanente construcción.

En el ámbito estrictamente jurídico CIARLO y SAN MARTÍN dicen que: «Un sistema tributario es un sistema de derecho, un conjunto de normas jurídicas que se integran en el ordenamiento jurídico global, y forman parte de él, y se aplican mediante procedimientos y relaciones jurídicas'. Un sistema

tributario es un conjunto coherente de instituciones jurídicas llamadas tributos, insertas en el ordenamiento jurídico general». ⁽¹²⁾

Ya desde una perspectiva económica los sistemas tributarios no son creaciones fugaces sino un permanente conjunto de tributos los cuales van mutando producto de las políticas fiscales de los gobiernos. José SBATELLA señala que: «El sistema fiscal no es una creación técnica teórica, sino el producto histórico de las relaciones sociales que fueron determinando que la incidencia tributaria fuera variando de acuerdo a las distintas hegemonías políticas que se fueron sucediendo». ⁽¹³⁾

En la doctrina nacional Pedro FLORES POLO señala que sistema tributario es el «conjunto de principios y/o reglas que rigen en un país, en relación con los tributos», ⁽¹⁴⁾ por lo que «el sistema tributario peruano será, entonces, el conjunto de principios y reglas dictados por el Estado, para creación y aplicación de los tributos en el Perú». ⁽¹⁵⁾

Por una parte se encuentran aquellos que denominan sistema a un conjunto de tributos y otros a un conjunto coherente de los mismos, otros señalan que es una realidad independientemente si tienen coherencia o no. Pero en una posición estrictamente doctrinal el jurista brasileño Paulo DE BARROS CARVALHO expresa que «el Derecho legislado no alcanzaría el estatus de sistema, por lo que se reservaría el término para designar la contribución del científico, la actividad del jurista que, pacientemente, compone las partes y otorga al conjunto el sentido superior del todo organizado. Ordenamiento y Derecho, positivo por un lado, sistema y Ciencia del Derecho, por el otro, serían binomios paralelos, en los que los dos últimos

(10) CIARLO, Alfredo y SAN MARTÍN Miguel Angel . Sistema Tributario como Herramienta de Crecimiento y Bienestar Económico. [en línea]. Monografía contenida en el Banco de Monografías Fiscales – Aula Virtual IEFPA - del Instituto de Estudios Fiscales de las Finanzas Públicas Argentinas (IEFPA). 2002. 262 ps. Buenos Aires Argentina. p. 06. Disponible en <http://www.iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/ciarlo_sanmartin.pdf> [Consulta: 08 Noviembre 2009].

(11) Ibidem p. 07.

(12) Ibidem p. 08.

(13) SBATELLA, José A. (2002). Sistema Tributario: Su Adecuación a la Realidad . [on line]. Ponencia – Abril 2002 – alojada en la Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires – UBA. Disponible en <<http://www.econ.uba.ar/www/servicios/Biblioteca/bibliotecadigital/ponencias/sbatella.pdf>> [Consulta: 10 Noviembre 2009]

(14) FLORES POLO, Pedro. (1986). Derecho Financiero y Tributario Peruano. Ediciones Justo Valenzuela. Segunda Edición. Lima Perú. p. 203.

(15) Ibidem.

términos implican a los primeros». ⁽¹⁶⁾

De la misma posición es Gregorio ROBLES, para el que: «Hay que tener claras estas dos ideas: primera, el sistema es el resultado de la elaboración doctrinal o científica del texto jurídico bruto, que es el ordenamiento; segunda, el sistema refleja el ordenamiento, pero al reflejarlo dice muchas más cosas que el ordenamiento». ⁽¹⁷⁾

En suma, sistema tributario podría decirse que es el conjunto coherente de tributos establecidos en determinado país pero no existe una racionalidad *a priori* sino que esta racionalidad que le da la categoría de sistema es un concepto de la doctrina y no una propiedad intrínseca del sistema, es una característica resultante y no una condición.

III. SISTEMA TRIBUTARIO Y REGIMEN TRIBUTARIO

Muchas veces se habla indistintamente de sistema tributario y régimen tributario, entendiendo muchas veces que es lo mismo, aún y cuando existen marcadas diferencias entre uno y otro, siendo uno el concepto que engloba al segundo. El autor nacional Jorge BRAVO CUCCI ⁽¹⁸⁾ entiende por sistema tributario al «conjunto de normas jurídicas que establecen tributos (normas de conducta) y las que regulan procedimientos y deberes formales necesarios para hacer posible el flujo de tributos al Estado, así como las que contienen principios del Derecho Tributario, usualmente sedimentadas en el texto Constitucional (normas de estructura)». Asimismo el citado autor establece una diferenciación entre sistema y régimen, expresando que el sistema tributario es el conglomerado de normas jurídicas que regulan en su integridad el fenómeno tributario, enfatizando que sistema es más amplio que régimen tributario, pues este último sólo comprende a las normas referidas a los tributos (normas de conducta).

En la doctrina argentina quien ha realizado un estudio profuso acerca del sistema tributario ha sido el maestro Héctor VILLEGAS, quien parafraseando a Gunter SCHMOLDERS expresa: «la totalidad de impuestos vigentes en un país, no es siempre, a la vez, un conjunto o sistema razonable y eficaz». Wagner sostenía que la expresión 'sistema tributario' era muy inadecuada para el 'caos de tributos' que puede verse en la práctica.

De ahí que cuando se van adicionando tributos o medidas tributarias (p. Ej., moratorias) en forma inorgánica, con efectos que se repelen o neutralizan entre sí y con el solo propósito de lograr urgentemente más fondos, se está en presencia de un régimen tributario y no de un sistema tributario (...). ⁽¹⁹⁾

VILLEGAS se inclina por el concepto finalista antes que por el concepto objetivo de sistema tributario, que consagra este último la aglutinación de tributos como sistema, al señalar que «debe aceptarse que el concepto de sistema tributario aparece como meta o como aspiración, más que como explicación de algo existente». ⁽²⁰⁾

IV. SISTEMAS TRIBUTARIOS RACIONALES VERSUS SISTEMAS TRIBUTARIOS HISTÓRICOS

La doctrina no es unánime al referirse al sistema tributario ni a su clasificación, pero se puede establecer una clara distinción conceptual en el sentido que unos señalan que es un conjunto de normas sustantivas y procedimentales, sin importar su consistencia, otros por el contrario entienden que para que alcance la categoría de sistema debería existir un mínimo de coherencia o consistencia, además de otros principios, la «racionalidad» es requerida para que el sistema sea tal y que se debe estatuir como su finalidad.

Para establecer una diferenciación Gunter

(16) BARROS DE CARVALHO, Paulo. (2007). Curso de Derecho Tributario. Traducción de Laura CRIADO SÁNCHEZ. Editorial Marcial Pons. Madrid España. p.121.

(17) Citado por BARROS DE CARVALHO, Paulo. Ob. Cit. p.121.

(18) BRAVO CUCCI, Jorge. (2003). Fundamentos de Derecho Tributario. Palestra Editores. Segunda Edición. Lima Perú. pp. 133-134.

(19) VILLEGAS, Héctor Belisario. (2002). Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Editorial Astrea. Octava Edición. Buenos Aires Argentina. p. 686.

(20) Ibidem. p. 687.

SCHMOLDERS⁽²¹⁾ clasifica los sistemas tributarios entre históricos y racionales, señalando que «un sistema es racional, cuando la armonía que en él existe es producto fundamentalmente de un examen reflexivo de los fines que se persiguen y de los medios empleados para conseguirlos. Es histórico, cuando la armonía se alcanza, en lo básico, espontáneamente, a través de la evolución histórica».⁽²²⁾

En este punto cabe preguntarse que si esta racionalidad de la que nos habla el autor es la del legislador o del doctrinario, pues como práctica común en el campo tributario, a menos que se trate de una reforma integral del sistema tributario, lo que ha primado es la urgencia de las arcas fiscales para producir legislación que le procuren su incremento, bajo esa premisa difícilmente el legislador busca la «racionalidad» propia del sistema tributario, por el contrario su «racionalidad» está encaminada en procurar la satisfacción de las arcas fiscales para la satisfacción presupuestaria y es bajo ese interés que las administraciones tributarias ejercen sus diversas facultades, es decir el mero interés recaudador que eufemísticamente se denomina «interés fiscal».

Respecto de la clasificación de SCHMOLDERS manifiesta VILLEGAS: «(...) los sistemas tributarios son el resultado de procesos evolutivos históricos, y que cuando el teórico actúa armonizando la estructura tributaria no hace otra cosa que recibir instituciones tributarias tales como se presentan en ese momento, e intentan darles la máxima racionalidad posible.

No puede hacerse, entonces, una clara distinción entre sistemas tributarios racionales e históricos, sino, a lo sumo, observar si en determinada estructura tributaria predomina la racionalidad intencionalmente

buscada mediante la combinación de las exacciones, con arreglo a un plan lógico (en tal caso estaríamos ante un sistema tributario racional), o si nos hallamos ante un repertorio de tributos que han ido surgiendo de las necesidades pecuniarias estatales, y donde la acción del teórico no ha logrado que ese conjunto pueda ser considerado racional (estaríamos entonces ante un sistema tributario histórico o un régimen tributario)».⁽²³⁾

VILLEGAS claramente señala que la clasificación proviene del doctrinario y no del sistema mismo, es decir la racionalidad la establece, o mejor dicho la constata, el estudioso, al encontrar rasgos básicos que caractericen al sistema tributario histórico como racional, en este caso una coherencia como resultado y no como objetivo del legislador.

Respecto del sistema tributario argentino, Héctor VILLEGAS apunta que, «se observa en la Argentina un predominio de elementos históricos por sobre elementos racionales (como quizás ocurra en la generalidad de los países). Un ligero examen de la forma como fueron surgiendo nuestros principales gravámenes demuestra que la emergencia, transitoriedad y la improvisación estuvieron presentes demasiadas veces, conformando un conglomerado impositivo que se fue plasmando con la obvia finalidad de financiar las cada vez mayores necesidades del fisco, pero sin grandes pretensiones de armonización y coherencia».

Como vemos la realidad argentina no dista mucho de la peruana, puesto que en general la historia del sistema tributario peruano ha sido producto de la voluntad del legislador obedeciendo a las urgencias del gobierno de turno antes que una preocupación por establecer un mínimo de racionalidad o siquiera un plan lógico que haya buscado una cohe-

(21) TEORÍA DE LOS SISTEMAS FISCALES RACIONALES E HISTÓRICOS: «Gunter Schmolders, el tratadista alemán (...), es quien afirma que la coordinación de los tributos entre sí y con los fines de índole fiscal y extrafiscal a que están destinados puede obedecer a la voluntad del legislador como una expresión normativa de las teorías orientadas a esa racionalidad, o al resultado de la evolución histórica. Con ese criterio distingue entre los sistemas fiscales que denomina racionales o políticos e históricos. Participan de la concepción de sistemas racionales o teóricos las estructuras tributarias que procuran atender fines predeterminados pero con el criterio prioritario de lograr «la explotación óptima (no máxima) de las fuentes impositivas, renta y patrimonio», y renunciar «a formas impositivas emanadas de prejuicios doctrinales, del cabildeo político y de otras deficiencias de la opinión pública político-financiera». En la concepción racional subyacen la ideología política y la idea del Estado (...)» en PLAZAS VEGA, Mauricio A. (1995). *El Liberalismo y la Teoría de los Tributos*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá Colombia. pp. 256-257

(22) Citado FERREIRO LAPATZA, Juan. Ob. cit. p.185.

(23) VILLEGAS, Héctor Belisario. Ob. Cit. p. 689.

rencia, lo que empieza desde la consagración en las constituciones de los principios constitucionales tributarios, los cuales hayan servido de columnas para diseñar los sistemas tributarios o sistema tributario, de allí que nuestro sistema tributario en palabras de SCHMOLDERS y VILLEGAS, sería un sistema tributario histórico antes que racional, aún y cuando la reforma de 1993 introdujo un mínimo de coherencia al sistema, el cual a pesar de haber progresado durante los últimos 15 años también ha sufrido retrocesos al introducirse impuestos antitécnicos como los conocidos impuestos mínimo a la renta, a los activos, a las transacciones financieras, también al haber incorporado como mecanismos de cobranzas a los propios contribuyentes a través de las deducciones, retenciones y percepciones, cargando un costo administrativo que le corresponde a la administración tributaria, todo en atención al «interés fiscal».

V. CARACTERÍSTICAS DE UN SISTEMA TRIBUTARIO RACIONAL

Según Héctor VILLEGAS y Gunter SCHMOLDERS para que un sistema tributario sea calificado como racional debe tener coherencia, obedecer a un plan lógico, tener una finalidad o debe encaminarse hacia ella. Lello GANGEMI,⁽²⁴⁾ ha enumerado una serie de características con las que debe contar un sistema tributario para que sea considerado como racional, las que pasamos a comentar y son:

1. La existencia de una administración financiera eficiente que conozca las consecuencias de su actuación. Esto se condice con una administración tributaria que sea capaz de evaluar el ejercicio de sus facultades de recaudación, fiscalización sobre los contribuyentes, de cuan graves pueden resultar alguna de estas acciones para los administrados, muchas veces para determinados contribuyentes puede resultar onerosas estas fiscalizaciones dado que no pueden soportar en igual medida que un gran contribuyente los procesos de fiscalización de la administración tributaria.

2. La ausencia de evasiones y duplicaciones, y la admisión de exenciones limitadas en

un sistema claro, simple, coherente y elástico. No existe en el mundo un régimen impositivo que no tenga excepciones de carácter exonerativo o inafectativo, en este sentido el Estado debe cumplir su rol asignador de este tipo de excepciones y otorgar cuando realmente existan las condiciones necesarias para establecerlas, pues una política indiscriminada de ellas perfora el régimen impositivo, desalienta a los demás contribuyentes, por lo que estas excepciones deben ser mínimas y no deben ser en un número tal que resquebraje el sistema.

3. El mantenimiento del impuesto progresivo dentro de los límites reales. El establecimiento de impuestos progresivos implica que los contribuyentes deberán aportar al erario fiscal conforme sus rentas sean más bajas o altas, la progresividad es una condición de justicia en los sistemas impositivos, se grava más a quien ha obtenido más renta o capital a través de tasas diferenciadas.

4. La afirmación de los principios de personalidad y equidad en el reparto de la carga tributaria en el sector de los impuestos directos y la coordinación de éstos para asegurar al sistema la máxima simplicidad y claridad. Se entiende la personalidad como aquel atributo de la individualidad del contribuyente que pudiendo conformar personas jurídicas también pudiera ser gravado duplicadamente, en esto el sistema tributario estadounidense es bien estricto por ejemplo respecto a la doble imposición, tanto así que en nuestro país la existencia de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada establecida por la Ley General de Sociedades se justifica por determinante influencia del gobierno norteamericano para no gravar con un impuesto directo por cuanto para ellos una SCRL es una *partnership* y no una sociedad de capitales como la sociedad anónima, pues como se sabe la eliminación de este tipo societario era inminente a favor de la Sociedad Anónima Cerrada, la cual reúne casi todas las características de ésta. El objetivo de la administración norteamericana era evitar las duplicidades en la imposición.

(24) Citado por FERREIRO LAPATZA, Juan. (1994). Ob. cit. p.184.

5. La existencia de un conjunto de impuestos indirectos, también simplificado y coordinado con los directos. Los impuestos indirectos como el Impuesto General a las Ventas, principal impuesto recaudatorio en nuestro país, por ser de administración más complicada y más intensiva en utilización de recursos por parte de la administración tributaria, se exige que esta clase de impuesto sea más simple y que esté coordinado con los directos, aún y cuando su naturaleza sea distinta debe existir coherencia para su imposición y su cobranza.

6. La certeza del Derecho tributario y, consiguientemente, la clara determinación de derechos y deberes del Estado y de los contribuyentes coordinada con un código tributario de principios generales. La seguridad jurídica como valor del Derecho y por ende en la construcción de un sistema tributario tiene una sustancial importancia pues una parte ésta es la estabilidad de las normas y la positivización de determinadas normas las que por lo general se encuentran en un Código Tributario cuyo contenido debe tener escasas modificaciones en el transcurso del tiempo. El sentido de la exigencia de un Código Tributario de Principios Generales, tal como también se denominó nuestro primer Código Tributario en la década de los sesentas, es que no sea un conjunto normativo con excesos de reglamentarismo que no permita a los contribuyentes ni a la administración tributaria una adecuada conducta frente a las actividades de unos y las funciones de la otra, sino que deben contener lineamientos de carácter general que si bien es cierto permita a la administración tributaria administrar los tributos también permita a los contribuyentes poder declarar y pagar sus adeudos.

7. La consideración, en el proceso de imposición estatal, local social y paraestatal, de que el contribuyente es único y única, por tanto, su capacidad contributiva. Las normas jurídicas son de carácter general, esta característica le es inherente, además nuestra Constitución prescribe que no se pueden dictar normas

por la naturaleza de las personas sino de las cosas, pero esta característica está destinada a considerar a la persona con respecto a su patrimonio o sus rentas, por tanto cada uno tenemos necesidades distintas y capacidades distintas, por tanto al momento de la elaboración de las normas que conforman el sistema tributario se debe tener en cuenta que existen múltiples realidades y que se debe normar teniendo en cuenta tal aspecto.

8. El establecimiento de sanciones penales que aseguren el cumplimiento de normas tributarias. Una característica de los países en desarrollo o subdesarrollados es la proliferación de la informalidad en todos los niveles y muchas veces las prácticas elusivas, las que escasamente son sancionadas, dado el mínimo impulso para este tipo de causas por parte del Poder Judicial, fundamentalmente son los procesos dilatados y las frecuentes absoluciones las que hacen que estas normas de carácter penal sean ineficaces en la lucha contra la comisión de los ilícitos tributarios.

VI. CARACTERÍSTICAS DE UN SISTEMA TRIBUTARIO IDEAL

El maestro argentino Héctor VILLEGAS,⁽²⁵⁾ buscando la mejor precisa algunos recaudos de lo que, según él, podría considerarse un sistema tributario ideal:

a) Justicia y equidad. *El conjunto de tributos debería ser justo y equitativo, tanto desde el punto de vista horizontal, tratando igual a los iguales, como desde la perspectiva vertical, discriminando a los que más tienen en beneficio de los desfavorecidos.* El concepto de justicia varía conforme individuo, idea, ideología sea la que la sostenga, pero una mención expresa a sistema tributario «justo» en una Carta Constitucional, sólo la hemos encontrado en la española, nuestra Constitución de 1979 si bien es cierto no mencionó al sistema tributario dentro del capítulo de la Hacienda Pública, si lo hizo como principio constitucional tributario, a diferencia de nuestra Constitución, la española de

(25) VILLEGAS, Héctor Belisario. Ob. cit. p. 688.

1978 hizo mención expresa al Sistema Tributario, vinculándolo al gasto. En el Artículo 311⁽²⁶⁾ ha establecido que: «*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo⁽²⁷⁾ inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.*».

b) Estabilidad. Es necesario que el sistema tributario sea estable, procurando que sus elementos puedan mantenerse a lo largo del tiempo a pesar de las alteraciones en la ordenación de los objetivos sociales, por ejemplo por la existencia de cambios de gobierno. La estabilidad en el sistema tributario puede entenderse como aquella permanencia de las normas en un tiempo relativamente largo, en donde las modificaciones que se introduzcan sean mínimas o necesarias para que éste funcione mejor, sea óptimo o vaya eliminando distorsiones. La estabilidad es una característica inherente del valor de la seguridad jurídica que el Derecho debe observar.

c) Neutralidad. El sistema de tributos, analizado en su conjunto debe ser neutral desde un punto de vista económico, de tal manera que no se debe dañar sino promover la eficacia de la economía y su crecimiento, introduciendo en sus mecanismos las menores deformaciones posibles. Los tributos carentes de neutralidad son denominados 'distorsivos'. Ello no debe impedir, sin embargo, que los tributos puedan ser utilizados como instrumentos de política económica y coyuntural. Los tributos que conforman el sistema tributario deben evitar en lo posible causar distorsiones en la economía y otros efectos como el ingreso a la informalidad, contrabando, prácticas elusivas o restricción del consumo u otras consecuencias análogas que alteren de modo sustancial la economía, aunque se debe remarcar que

los tributos siempre tienen incidencia en la economía, por lo que se entiende que sus consecuencias deben ser mínimas y no modifiquen de manera sustancial la economía.

d) Suficiencia. Implica que con su rendimiento se deberían poder solventar las funciones y los servicios públicos necesarios para cubrir el mínimo de necesidades públicas que la población requiere del Estado. Esta característica implica que no pueden existir tributos que pretendan una sobre recaudación por parte del Estado, el Estado no debe pretender obtener superavits a costa de deteriorar la capacidad contributiva de sus ciudadanos, sino que debe gravarlos en lo que sea necesario para sostener el funcionamiento del Estado.

e) Elasticidad. Significa la posibilidad de obtener mayores recursos en caso de que crezcan las dificultades o necesidades sin que sea forzoso crear nuevos gravámenes. Se refiere básicamente a que las tasas de los tributos puedan ser incrementadas en lugar de crear nuevos tributos «extraordinarios» o «especiales» por razones de necesidad del presupuesto público.

f) Simplicidad. Los tributos deben ser comprensibles y sencillos de aplicar, tanto por parte de la Administración como de los contribuyentes. Los sistemas tributarios han de contener tributos de determinación lo más sencilla posible, ello ocurrió por ejemplo en nuestro país a través de la Reforma de 1993, en la que los tributos que tenían una complicada determinación fueron simplificados a tal punto que las declaraciones manuales y de deducciones de difícil determinación hemos pasado a la simplificación y las declaraciones telemáticas, sin duda un avance en la simplificación.

g) Certeza. El anterior recaudo solamente se logra si el sistema está compuesto de normas precisas y claras, lo cual requiere que dichos dispositivos sean instrumentados mediante el empleo de una correcta técnica jurídica. Son altamente perniciosas las

(26) (BOE 29-12-1978) Incluye la modificación publicada en el BOE de 28-08-1992.

(27) El resaltado es nuestro.

contradicciones, reenvíos e incoherencias con el resto del ordenamiento. Otro rasgo característico de la seguridad jurídica es la certidumbre en cuanto a las determinaciones de los tributos a pagar, el saber cómo se determinará un tributo a pagar y cómo verificará la administración tributaria el tributo pagado y cuáles serán las consecuencias, para ello se requiere que exista claridad en el conjunto de normas emitidas, que éstas sean manifiestamente evidentes, y que no se presten a interpretaciones ambiguas o a confusión.

VII. CRITERIOS ECONÓMICOS DE EFICIENCIA PARA UN SISTEMA IMPOSITIVO

Cuando se emite una norma tributaria de contenido tributario, lo que busca un Estado es recaudar, esto no tendría porque ser reafirmado si no tuviéramos muchos ejemplos de tributos que no recaudan lo que se esperaba de ellos y por lo tanto son ineficientes. En esta parte, desde la óptica de la economía recogemos los criterios de eficiencia que Charles ALLAN⁽²⁸⁾ indica para determinar el valor de un impuesto:

1. Equidad. Nadie paga un impuesto que considere altamente inequitativo, inclusive pueden oponerse acciones de inconstitucionalidad contra aquellos que se consideren violatorios de los principios constitucionales tributarios, por ello parafraseando a ALLAN decimos que «si existe la creencia general de que los tributos no son equitativos, las consecuencias pueden ir desde una amplia evasión hasta la revolución».

Las dos clases de equidad reconocidas por la doctrina son la horizontal y la vertical. La primera, la *equidad horizontal*, se refiere al tratamiento igual de los iguales. La segunda, *equidad vertical*, que señala que debe tratarse a contribuyentes desigua-

les con un grado de desigualdad.⁽²⁹⁾

2. Neutralidad. Este criterio está referido al «(...) grado en que el impuesto evita perturbar el funcionamiento del mecanismo de mercado».⁽³⁰⁾ En las economías de mercado o en sus variantes, las decisiones acerca de la elección de la adquisición de bienes y servicios se toman evaluando cuánto afecta tal decisión a los ingresos de las personas, por ello cualquier impuesto puede alterar estas decisiones, por lo general encontramos que los impuestos selectivos suelen ser disuasivos para el consumo de determinados bienes – con excepción de la gasolina que cuenta con un mercado cautivo –, en cambio el IGV se aplica a casi todo el universo de bienes y servicios y cumple con el criterio de neutralidad.

Cuando existe una alteración en las elecciones de los consumidores provocada por el proceso de la tributación, ALLAN dice que este fenómeno se conoce con el nombre de «exceso de carga de la imposición». Señala el autor, que la meta de la neutralidad es minimizar este exceso de carga.

3. Certeza. Cuando se pone en vigencia un impuesto lo que los legisladores pretenden es recaudar una cifra o cantidad esperada, pero los rendimientos de los tributos se sabe que no siempre están a las alturas de las expectativas, en muchas ocasiones se han sobrestimado o subestimado lo que conlleva continuamente a modificar la estructura impositiva o el tributo en sí, este criterio implica que el sistema deba tener un mínimo de previsibilidad. ALLAN señala que «esto tiene graves consecuencias para el éxito de los impuestos en orden: 1º a lograr el delicado equilibrio entre demanda agregada y *output* de pleno empleo en la economía; 2º a alcanzar los diversos objetivos microeconómicos de la tributación, tales como la equidad horizontal, que se tuvieron en cuenta al iniciar la estrategia fiscal».⁽³¹⁾

(28) ALLAN, Charles M. (1974). *La Teoría de la Tributación (The Theory of Taxation)*. Alianza Editorial S.A. Madrid España. p. 41 y ss.

(29) Charles ALLAN señala que «el estudio de la equidad en la tributación ha producido dos conceptos, importantes y fundamentalmente opuestos, de qué sea lo justo. El primero, sostiene que la equidad alcanza cuando los pagos por impuestos, son proporcionales al grado de beneficio derivado del gasto público. El segundo, afirma que la equidad vertical se obtiene cuando los impuestos se satisfacen de acuerdo con la capacidad de pago; quienes mayor capacidad de pago posean deben ser quienes más impuesto paguen». En ALLAN, Charles M. Ob. cit. pp. 42-43

(30) Ibidem. p. 43.

(31) Ibidem. p. 44.

Existen cuatro aspectos principales de la certeza:

a) La certeza de la incidencia, es la certidumbre con que las autoridades pueden estimar la incidencia efectiva de los impuestos, es decir los resultados que esperan lograr con la implementación del impuesto.

b) Certeza de la responsabilidad, trata de la facilidad y certidumbre con que puede determinarse la responsabilidad ante el impuesto. Es decir quién responde por el pago y determinación del mismo, no debe dejarse a la discreción del funcionario que practica la auditoría el determinar, se debe utilizar medios de defensa. Esto por lo general se presenta en la sustentación de los gastos que realizan los contribuyentes para determinar la utilidad sobre la que se impondrá el impuesto a la renta y en el que la discrecionalidad del auditor es la que determina cuál gasto cumple el principio de causalidad y cuál no, apoyándose actualmente en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIFs).

c) La proporción de evasión «mide el grado de certeza con que las autoridades pueden obtener sus ingresos de los responsables del impuesto, es decir, la extensión o margen de la evasión».⁽³²⁾ El impuesto debe ser posible de ser fiscalizado efectivamente, de lo contrario lo único que se hace es abrir camino a la evasión, si es que el impuesto es poco fiscalizable y por tanto poco cumplible. La sensación de riesgo que debe tener el potencial evasor del impuesto debe ser alta para que no incumpla su pago.

d) La puntería fiscal está referida a la certeza con que las autoridades tienen la capacidad de predecir los ingresos por recaudación que deben ser pagados por los contribuyentes para un determinado ejercicio económico. «Ello dependerá de su capacidad para prever los valores de las variables macroeconómicas y microeconómicas de las cuales depende el rendimiento de los impuestos; es decir, la certeza de los ingresos procedentes de la imposición sobre la renta depende de la capacidad de la

Tesorería para prever la renta».⁽³³⁾

4. Evidencia. Cuando un impuesto afecta directamente a la mayoría de contribuyentes, se dice que éstos impuestos son evidentes, por lo contrario cuando afecta a otros, que no pueden ser muchos se dice que no es evidente, por lo que la evidencia «(...) es el grado en que el contribuyente es consciente de sus pagos por impuestos».⁽³⁴⁾ Así el impuesto a la renta es un impuesto evidente mientras que las contribuciones a Essalud por el empleador no es un tributo evidente, puesto que lo pagan los empleadores formales, los que por desgracia en nuestro país son pocos.

5. Eficiencia administrativa. Cuando se inició la reforma de la SUNAT en nuestro país se le otorgó el 2% del total que recaudasen, por lo que la nueva Administración Tributaria en 1991 inició con buen pie su labor recaudadora, actualmente mantienen esa cifra con respecto a las aportaciones a ESSALUD y de la ONP, pero con respecto a los tributos administrados tradicionalmente esta cifra ya no se mantiene, pues las remuneraciones de los funcionarios no se han incrementado por cerca de diez años. El criterio de eficiencia administrativa bajo comentario nos dice que la recaudación de los impuestos no debe ser tan alta que no justifique la implementación de este tributo o impuesto. El Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF) es un claro ejemplo de un impuesto que recauda poco, pero que es eficiente para los fines de la Administración Tributaria, porque le permite verificar hechos imponible que los contribuyentes puedan haber obviado declarar.

6. Efecto neto restrictivo del gasto. La teoría económica señala que la finalidad principal de la tributación es «restringir el gasto privado, su éxito en este respecto debía ser uno de los criterios para juzgar a los impuestos. Como los contribuyentes tienen diferentes propensiones marginales a consumir, la cantidad de gasto privado restringido será también distinta, dependiendo de sobre quién recaigan estos impuestos».⁽³⁵⁾

(32) Ibidem. p. 45.

(33) Ibidem.

(34) Ibidem. p. 46.

(35) Ibidem. p. 47.

VIII. CRITERIOS DE EFICIENCIA DE LOS SISTEMAS TRIBUTARIOS

Horst GOBRECHT,⁽³⁶⁾ ex ministro socialdemócrata de finanzas del Estado Federal de Hamburgo en Alemania ha esbozado algunos criterios de eficiencia de los sistemas tributarios desde su experiencia, los que reproducimos. Cuando hablamos de eficiencia estamos hablando en términos administrativo económicos, pero sin descuidar la parte jurídica, tal como es el fenómeno tributario:

1. La constitucionalidad de la tributación.

Un criterio muy obvio pero muy obviado por muchos es que las normas tributarias no deben contradecir los principios constitucionales tributarios y por ende la Constitución en sí, básicamente los Derechos Fundamentales. Si nos encontramos en un Estado de Derecho o un Estado Constitucional, éste debe asegurar la igualdad tributaria, respetando la capacidad contributiva, asegurando la prohibición del exceso, asegurando la certidumbre jurídica (proscribiendo la inestabilidad), la confidencialidad o reserva tributaria. «*La justicia tributaria es la primera máxima tributaria; es la base más importante para que el ciudadano reconozca la gravación como algo necesario y aceptable*»⁽³⁷⁾ nos dice GOBRECHT.

2. La simplicidad y eficiencia administrativa.

El primer criterio implica que se deben emitir leyes sencillas y comprensibles por quienes son sujetos de su aplicación. La primera condición para la racionalidad y aceptación de un tributo es que sea y se perciba como justo. «*En un estado de Derecho nunca es justificable un impuesto injusto, aún cuando satisfaga a la perfección todas las demás máximas tributarias*».⁽³⁸⁾ Las exenciones siempre menoscaban la igualdad tributaria al generar diferenciaciones y establece una discriminación entre los grupos de contribuyentes y de desaliento, estas exenciones se conocen también como perforaciones.

3. La productividad fiscal de la tributación.

La tributación que compone el sistema tributario está encaminada a cubrir los requerimientos del Estado, por tanto los tributos que se establezcan deben ser redituables, su administración y/o recaudación deben tener un costo mínimo o justificable para el Estado. El sistema tributario debe ser flexible para poder reaccionar antes los cambios de la situación económica. No deben ser excesivos los tributos porque traen como efecto la informalidad de la economía.

4. La tributación como medida para proteger el medio ambiente.

Debido a los efectos que tienen las industrias en el medio ambiente y de los perjuicios acelerados sobre nuestro ecosistema existe una tendencia a gravar todas las actividades que produzcan daño ambiental, por tanto la tributación debe gravar más fuertemente la utilización de los recursos de la naturaleza, como el consumo de energéticos. Eco impuestos, paga el que contamina.

5. Principio de la imposición del impuesto sobre las utilidades.

La imposición debe regirse por la capacidad tributaria y económica de los causantes. Esta es una expresión del Estado Social, que se propició desde Alemania, con la que se identifican la mayoría de los estados modernos.

6. El principio del Estado Social como criterio de eficiencia de un sistema tributario.

GOBRECHT señala que «*la economía social de mercado presupone y exige que el Estado promulgue leyes que creen las condiciones-marco necesarias para el desarrollo de la economía. (...) en principio la economía por sí sola no es social; le toca al Estado asegurar esta característica con sus normas legales*».⁽³⁹⁾ Con esto nos indica que una economía social de mercado no se da por decreto o porque nuestra Carta Constitucional la haya establecido sino que el Estado debe promoverla y asegurarla, el citado autor nos dice «políticamente se

(36) GOBRECHT, Horst. Criterios de Eficiencia de los Sistemas Tributarios Modernos. [en línea]. Ponencia contenida en la Biblioteca Digital de la Fundación Friedrich Ebert Stiftung. Materiales de Trabajo N° 04. Abril 1998. 29 ps. Bonn Alemania. pp.05-12. Disponible en <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/vifa-latam/c98-02372.pdf>> [Consulta: 08 Noviembre 2009].

(37) Ibidem p.07.

(38) Ibidem.

(39) Ibidem p.12.

expresa así: los hombros más fuertes pueden y deben soportar un mayor peso del financiamiento del Estado que los hombros débiles».⁽⁴⁰⁾

IX. EL SISTEMA TRIBUTARIO NACIONAL

En el Derecho comparado se observa que la Ley General Tributaria de España, Ley 58/2003 (2003) en su artículo 3 establece los principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario, de los cuales carece nuestra Ley Marco, en su defensa podríamos decir que la Ley General Tributaria es homóloga a nuestro Código Tributario, el cual si contempla algunos principios de cómo se rigen los tributos y demás normas que integran nuestro sistema tributario, pero volvamos a los principios establecidos por la Ley española:

1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.

2. La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.

En el ámbito estrictamente nacional, Rosendo HUAMANI CUEVA expresa que «*el sistema tributario es el conjunto de tributos interrelacionados que se aplican en un país en un momento determinado. (...) el Código Tributario, aún cuando formalmente se le haya incluido en la Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, no es parte de este sistema*»,⁽⁴¹⁾ éste marco fue establecido a través del Decreto Legislativo 771. Jorge BRAVO CUCCI⁽⁴²⁾ contradice la posición del autor antes citado, señalando

que existen críticas de parte de un sector de la doctrina nacional sobre la inclusión del Código Tributario en la Ley Marco del Sistema Tributario, y cuestiona que si no formarían parte del Sistema Tributario de qué sistema formarían parte?. Se concuerda con la posición de BRAVO CUCCI pues el Código Tributario es la norma matriz de la que básicamente se desprenden las demás que conforman el sistema tributario. El D. Leg. 771 ha definido la estructura del llamado sistema tributario peruano, tomando el criterio del destino de la recaudación para clasificarlo en cuatro conjuntos de tributos:

1) Tributos que constituyen ingresos del Gobierno Nacional

Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas (IGV), Impuesto Selectivo al Consumo (ISC), Derechos Arancelarios y Régimen Único Simplificado (RUS).

Asimismo constituyen recursos del Gobierno Nacional las tasas que se cobra por los servicios administrativos que presta.

2) Tributos que constituyen ingresos de los gobiernos regionales

El artículo 74° de la Constitución establece que los gobiernos regionales pueden crear contribuciones y tasas. Pero hasta el momento ningún gobierno regional lo ha hecho por falta de delegación directa del gobierno central en esta materia. Cabría precisar que estos ingresos tributarios para los gobiernos regionales no se encuentran establecidos en el Decreto Legislativo 771.

3) Tributos que constituyen ingresos de los Gobiernos Locales

En la medida que un contribuyente utiliza los bienes y servicios de su localidad, tiene que retribuir a través del pago de impuestos, contribuciones y tasas que son recaudadas por las municipalidades

(40) Ibidem

(41) HUAMANI CUEVA, Rosendo. (2005). Comentarios al Código Tributario. Editorial Gaceta Jurídica. Cuarta Edición. Lima Perú. p. 21.

(42) Cfr. BRAVO CUCCI, Jorge. Ob. cit. p. 135.

distritales y provinciales.

Estos tributos no están detallados en el D. Leg. No. 771. El citado dispositivo señala que la Ley de Tributación Municipal (D. Legislativo 776) establece la relación de los tributos que administran las municipalidades.

3.1) Impuestos

En cuanto a los impuestos el D. Leg 776 se refiere al Impuesto Predial, Impuesto de Alcabala, Impuesto al Patrimonio Vehicular, Impuesto a las Apuestas, Impuesto a los Juegos, Impuesto a los Espectáculos Públicos No Deportivos, Impuesto de Promoción Municipal, Impuesto al Rodaje e Impuesto a las Embarcaciones de Recreo.

Las leyes 27153 y 27796 regulan el Impuesto a los Juegos Tragamonedas y los Juegos de Casinos. El Impuesto de Promoción Municipal (IPM) cuya tasa del 2% grava la venta de bienes y prestaciones de servicios que realizan las empresas, así como las importaciones de bienes y se encuentra adosado al Impuesto General a las Ventas, calculándose con éste.

3.2) Contribuciones

El D. Leg 776 hace referencia a la contribución especial de obras públicas. No se contempla la contribución por servicios.

3.3) Tasas

El D. Leg 776 contempla las siguientes modalidades: tasas por servicios públicos o arbitrios, tasas por servicios administrativos o derechos, tasa por la licencia de apertura de establecimiento, tasa por estacionamiento de vehículo, tasa de transporte público, tasas especiales por fiscalización o control municipal.

4) Contribuciones que constituyen ingresos para otras reparticiones públicas diferentes del Gobierno Nacional y Local

Estas son las contribuciones de seguridad social que financian el sistema de salud administrado por ESSALUD y el sistema público de pensiones administrado por la Oficina de Normalización Previsional - ONP. La contribución al servicio nacional de adiestramiento técnico industrial – SENATI y la contribución al servicio nacional de

capacitación para la industria de la construcción – SENCICO.

La norma también hace referencia a la contribución al Fondo Nacional de Vivienda – FONAVI. Tributo derogado por la Ley 26969 (1998). Se sustituyó la contribución al FONAVI por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad – IES cuya incidencia recae sobre los trabajadores independientes y en los empleadores (de trabajadores dependientes). También el IES quedó sin efecto por Ley 28378 a partir de diciembre del 2004.

Si partimos del concepto de sistema tributario como un cuerpo armónico de principios normas que regulan la actividad tributaria del Estado, así como la estructura de los tributos de acuerdo al marco constitucional y respeto de los derechos y garantías de los contribuyentes, se puede decir que las normas tributarias en nuestro país más se acercan a un sistema tributario estrictamente positivo, es decir conjunto de normas reguladoras, sin armonía ni consistencia. Ejemplos de este tipo de normas son los discutibles tributos del Fondo Nacional de Vivienda - FONAVI, Impuesto Mínimo a la Renta, Impuesto Extraordinario de Solidaridad - IES, Impuesto Extraordinario a los Activos Netos - IEAN, Impuesto Temporal a los Activos Netos - ITAN, Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta - AAIR, Impuesto a las Transacciones Financieras, etc. Así como también las normas referidas a diversos procedimientos aduaneros y tributarios, los que incluyen el tema investigado, el límite al plazo de la conclusión de la fiscalización.

El hecho de haber reducido los tributos en la Reforma Tributaria de inicios de los noventa fue el más claro intento de dotar a nuestro país de un sistema tributario, inclusive se promulgó el Decreto Legislativo N° 771 con esa nomenclatura: Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, vigente a partir desde 1994 con la clara intención de consolidar la reforma tributaria iniciada en 1991, eliminando multiplicidad de tributos que hacían inoperante su administración y fiscalización, de ese tiempo a esta parte, como se señaló (supra), la dación de distintas normas que reformaban el Código Tributario, así como constantes modificaciones a los tributos e implementación de cuestionados tributos han desdibujado un pretendido sistema tributario. El hecho de haber dictado una norma con el nom-

bre de sistema tributario no significa que exista un sistema tributario y que éste se haya simplificado, lo único que ha ocurrido es una simplificación parcial, de un aspecto que es la estructura tributaria, mas no ha implicado que la administración y fiscalización de estos tributos también se haya simplificado.

Otro fenómeno que ha ocurrido a partir del año 2000, es que las distorsiones del sistema tributario se han trasladado a los contribuyentes, designándolos como agentes de retención y percepción, sin considerar que éstos ya cuentan con una estructura administrativa que responde a sus necesidades fiscales y que con estas imposiciones de la Administración Tributaria deben añadir a sus responsabilidades fiscales el percibir y retener tributos, para hacer más «eficiente» la recaudación del fisco, simplicidad para el fisco pero no para los contribuyentes. Un sistema tributario es eficiente cuando simplifica la administración de los tributos tanto para el fisco como para los contribuyentes. Jorge BRAVO CUCCI señala que lo que tenemos hoy es un «amasijo de regímenes tributarios confusos y contradictorios, con marchas y contramarchas y marchas nuevamente, que cooperan para incrementar la inseguridad jurídica en materia tributaria (...)».⁽⁴³⁾

GANGEMI⁽⁴⁴⁾ quien propugna un sistema tributario racional, y señala entre otras, las características que éste debiera tener «La existencia de una administración financiera eficiente que conozca las consecuencias de su actuación (1era característica) y la certeza del Derecho tributario y, consiguientemente, la clara determinación de derechos y deberes del Estado y de los contribuyentes coordinada con un código tributario de principios generales (6ta característica)».

Respecto a la primera característica, la Administración Tributaria pareciera ignorar las consecuencias de imponer determinados deberes a los contribu-

yentes que no tienen que ver directamente con la determinación de su deuda tributaria, pues sólo así se entendería que por un lado se pretenda alcanzar el equilibrio fiscal, macroeconómico, a costa de imponerles deberes formales o «prestaciones formales» a los contribuyentes que resultan atentatorios contra su equilibrio financiero. La Administración Tributaria no ha estudiado, por lo menos no se conoce un estudio, el impacto financiero de designar a los contribuyentes como agentes de retención o percepción, tampoco el costo para los contribuyentes el hecho de no precisar el plazo de conclusión de las fiscalizaciones, dejando abierta la posibilidad que la Administración Tributaria culminen sus fiscalizaciones al límite de los plazos prescriptorios de los tributos fiscalizados y que gradualmente las empresas vayan paralizando sus operaciones. Estas distorsiones en una economía aún frágil para la mayoría de las empresas de los contribuyentes no contribuyen a lograr un «sistema tributario racional».

Alejandra Patricia GAVARRÓN advierte que «un sistema tributario mal estructurado, en el que la 'antisistemática' prima sobre la 'sistemática', en el que a su vez la legislación fiscal no dote a la administración tributaria de las herramientas legales adecuadas para cumplir su cometido o que las distintas medidas para contrarrestar la evasión fiscal conduzcan a una agudización del conflicto entre el fisco y los contribuyentes, llevando a estos a reducir la carga fiscal, se conforma un marco de resistencia al cumplimiento voluntario y se favorece la evasión fiscal».⁽⁴⁵⁾

X. CONCLUSIONES

PRIMERA: Se puede entender que la existencia de un sistema tributario está determinado por el conjunto de normas, principios e instituciones que tienen que ver con la imposición dentro de una determinada circunscripción territorial, teniendo

(43) BRAVO CUCCI, Jorge. Ob. cit. p. 86.

(44) Citado por FERREIRO LAPATZA, Juan. Ob. cit. p.184.

(45) GAVARRÓN, Alejandra Patricia. LA FUNCIÓN FISCALIZADORA. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE OFICIO. [en línea]. Monografía del Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas IEFPA. 34 ps. Buenos Aires Argentina. p.07. <http://iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/gavarron.pdf> [Consulta: 08 Diciembre 2005].

como rasgo fundamental la coherencia y una finalidad.

SEGUNDA: El Perú desde la perspectiva positivista cuenta con un sistema tributario histórico por cuanto mantiene un conjunto de tributos y procedimientos, sin embargo desde 1991 está encaminado a lograr un sistema tributario racional por cuanto alberga algunos rasgos que denotan tal situación, pero también se mantienen algunos retrocesos en esta materia dada la existencia de tributos que abiertamente contravienen una sistémica como es el de las transacciones financieras, el extraordinario a los activos netos y una serie de deducciones, retenciones, percepciones que si bien han incrementado el cumplimiento de las obligaciones tributarias, han cargado esta responsabilidad a los contribuyentes.

TERCERA: Consideramos que, desde los distintos caracteres explicados los principales con los que debe contar un sistema tributario son: la certeza y estabilidad, ambos rasgos constitutivos de la seguridad jurídica, por ende un sistema tributario debe apuntar al establecimiento de la seguridad jurídica y por ende económica de los ciudadanos; la simplicidad: un sistema tributario cuanto más simple es mejor recibido, entendido y cumplido y además fiscalizado y de difícil elusión y evasión; y la neutralidad es un rasgo económico que deben cumplir pues el diseño de un sistema tributario o sus componentes no deberían afectar la economía de un país en donde se le aplica o pretenda aplicar, dado que estaría contraviniendo la razón de ser de un sistema impositivo que es la contribución de los ciudadanos con los menores perjuicios posibles para las economías domésticas de éstos.

IMPORTANCIA DE LA LÓGICA Y EL DERECHO

Marcos Luis Quispe Pérez

«*La lógica como ciencia constituye el instrumento formal básico y más importante para el estudio, análisis e interpretación de las normas que constituyen la columna vertebral del derecho actual(...)*»

* Docente de la Universidad Privada de Tacna.

Desde cuando el hombre comenzó a elucubrar ideas, es decir pensar; y las relacionó, las ordenó, las estructuró y las sistematizó por áreas de la realidad en el mundo posible que la ocupa; se hizo cada vez más indispensable y necesario el uso instrumental, que ahora se denomina Lógica, que sin duda se puede definir como la ciencia que estudia principios, axiomas, leyes, reglas, métodos, procedimientos y todo artificio mental o intelectual que nos permita demostrar la validez o invalidez de un argumento o razonamiento o inferencia lógica.

Sabemos que la filosofía es una concepción del mundo tal como es, la realidad y como tal al inicio del conocimiento humano mantuvo como un todo y unitario los diferentes conocimientos de las grandes áreas de estudio e investigación en el mundo; pero la ciencia era parte de ella; sin embargo fueron la inteligencia y la razón humana las que fueron desmembrándose; y se crearon las diferentes ciencias que ahora rigen el conocimiento científico. Esta separación paulatina y por partes no fue total; puesto que, la ciencia y la filosofía nunca perdieron contacto sino siempre se relacionaron, siempre interactuaron con intensidad variable al futuro; y gracias a esta dialéctica y desarrollo coherente y mancomunado entre la filosofía y la ciencia; siempre aportó mucho más y con fuerza la filosofía a la ciencia que ésta a la filosofía. A merced del método científico, toda investigación científica tiene supuestos lógicos, gnoseológicos, axiológicos y ontológicos tomados de la filosofía; por lo que, con orgullo podemos decir los filósofos que la filosofía ha hecho su gran aporte a la ciencia.

PARA QUÉ SIRVE LA LÓGICA EN EL DERECHO

La lógica como ciencia constituye el instrumento formal básico y más importante para el estudio, análisis e interpretación de las normas que constituyen la columna vertebral del derecho actual, como también la lógica implica la única garantía de una debido proceso para lograr una buena y correcta sentencia procesal para crear jurisprudencia con las mejores ejecutorias que equivalen a leyes buenas dadas por los legisladores de la más alta calidad intelectual que favorece a la mayoría; para convivir en paz y tranquilidad.

Los lógicos y/o jus lógicos participamos en el desarrollo científico del derecho, propiciando el logro de una justicia verdadera sin exclusión de ningún tipo. Por ello, los lógicos y epistemólogos tratamos de desenterrar los supuestos lógicos en el Derecho como son: el lenguaje jurídico, la semántica y sintaxis del mundo jurídico, así como los tratados doctrinarios o gnoseología del derecho, axiología, ética y ontología jurídica; de los perfiles, planes, métodos o resultados de investigaciones científicas de actualidad en el mundo jurídico con el único propósito de edificar un nuevo derecho tipo para una sociedad globalizada.

También tratamos de dilucidar y sistematizar conceptos filosóficos que se emplean en la ciencia del derecho, tales como los hechos jurídicos, los principios, axiomas, paradojas, falacias, antinomias jurídicas, procesos, procedibilidad, preclusión, sistema social, causalidad, motivación, azar, hechos fortuitos, irresistibilidad, posibilidad, imposibilidad jurídica, verdad, criterio, opinión, prueba, carga de la prueba, inversión de la carga de la prueba, reinversión de la carga de la prueba, la analogía jurídica, la casación, el control de logicidad procesal, confirmación, revocación, explicación jurídica, etc.

Igualmente, ayudar a resolver problemas científico - filosóficos en el derecho; tales como la concepción de la vida, el aborto, la eutanasia, el mundo consciente y subconsciente de los abogados, fiscales y jueces; el criterio de conciencia para juzgar, la sana crítica y el uso de las mejores técnicas e instrumentos sofisticados.

Asimismo, reconstruir teorías científicas de manera axiomática para el derecho; a fin de poner al descubierto sus supuestos filosóficos.

Participar en las discusiones sobre la naturaleza y el valor de la ciencia pura y aplicada del derecho, ayudando a aclarar las ideas al respecto e incluso a elaborar lineamientos de política jurídica para el mejor gobierno de los estados del mundo.

Siempre servir de modelo, de paradigma o arquetipo a otras ramas, como a la filosofía del derecho y/o de la lógica jurídica; especialmente en la ética, la moral de los hombre de leyes; refinando y cambiando su conducta, su comportamiento en la for-

ma positiva y acorde a las virtudes y buenas costumbres; tratando de lograr la mejor sociedad justa en bien general de la humanidad.

Teniendo en consideración lo afirmado por el gran estagirita ARISTÓTELES, que *"la ley es el buen orden y la buena ley es el buen orden"*, y como John LOCKE advirtió que, *"siempre que termina la ley comienza la tiranía"*. Es necesario pensar que el hombre sabe que es hombre, sabe que piensa y sabe que razona; por lo que, la ley legal en sí misma no puede ir más allá de la razón humana; puesto que ocupa el más alto puesto en el cosmos; por ser el único ser que puede pensar bien y razonar correctamente.

Las leyes y los argumentos jurídicos se desarrollan en el Poder Judicial porque es uno de los poderes del Estado que debe garantizar a todos lo concerniente a las normas o leyes adoptadas por las legislaturas o resultantes de las decisiones de los tribunales, de esta manera se constituyen en instrumentos indispensables de la sociedad para gobernar el comportamiento de los seres humanos.

Generalmente, suele trazarse una distinción importante entre la ley penal y la ley civil o en nuestro medio podemos decir entre el derecho penal y el derecho civil; entendiéndose que en el Derecho Penal se establecen los límites del comportamiento permisible dentro de un estado en general en el mundo entero; se definen los crímenes y se especifican los castigos; considerando que todo crimen es una ofensa contra el orden público. Y en el derecho civil se exponen las normas de conducta para determinar cuándo se está legalmente obligado a cumplir con un determinado acuerdo o contrato, o para determinar cuándo se puede imputar a alguien una ofensa hecha como resultado de negligencia o de otra falta que implique responsabilidad civil. Sabemos que por regla general, un procedimiento civil es una disputa entre particulares.

Me permito expresar que existe razón suficiente para la aplicación de los principios lógicos al derecho procesal, es decir la praxis del derecho, con el objeto de divulgar que es indispensable y necesario utilizar dichos principios en la correcta administración de justicia.

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora

Dra. Elva Inés Acevedo Velásquez

Vicerrector Académico

Mag. Hugo Cirilo Calizaya Calizaya

Vicerrector Administrativo (e)

Mag. Arcadio Atencio Vargas

DECANOS

Decano de la Facultad de Educación, Ciencias de la Comunicación y Humanidades

Mag. Oscar Galdos Vizcarra

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Doctor Javier Rolando Peralta Andía

Decano (e) de la Facultad de Ingeniería

Mag. Felix Nicanor Obando Muñoz

Decana de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo

Mag. Macarena Herrera Solís

Decano (e) de la Facultad de Medicina Humana

Mag. Javier Eduardo E. Ríos Lavagna

Decano de la Facultad de Ciencias Empresariales

Mag. Javier Hurtado Mejía

Director de la Escuela de Post Grado

Mag. Winston Castañeda Vargas



INSTITUCIONAL



1985 -2010

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Decano:

Dr. Javier Peralta Andía

Directora de la Escuela de Derecho

Abog. Nora Acevedo Velásquez

Secretario Académico Administrativo

Abog. Lincoln Salas Ponce

CONSEJO DE FACULTAD

Dr. Javier Peralta Andía (decano)

Mag. Alberto Zeballos Ale

Abog. Luis Vargas Beltrán

Abog. Jorge Monroy Macuaga

Abog. Vicente Zeballos Salinas

Abog. Lincoln Salas Ponce

Est. Willian Chupillon Sánchez

Jorge Diego Malaga Yañez

André Jesús Castañeda Hidalgo



Juegos Florales 2009




Presentación
Barridos




Tercer puesto




Un homenaje a la
Tacna de piedra con
resonancia de nuestra
Fuerza






1985 - 2010

Juegos Floridos 2009



Campeones masculinos de básquetbol

25
AÑOS
1985 - 2010



Campeones femeninos de básquetbol



LIBROS Y TESIS



1985 -2010

Teletrabajo para el Perú

De Roberto Ballón Bahamondes

Un libro que aborda nuevos conceptos jurídicos y plantea los nuevos retos del Derecho ante la sociedad tecnológica de la información. Con seguridad, temas que serán frecuentes en el futuro cercano.



Publicación: Diciembre de 2007
Fondo editorial de la Universidad Privada de Tacna
Autor: Roberto Ballón Bahamondes
482 Págs.

Sumario

Capítulo I
La sociedad tecnológica de la información
Capítulo II
La crisis del Derecho de Trabajo
Capítulo III
El Teletrabajo
Capítulo IV
El Teletrabajo en Sudamérica y la Comunidad Europea
Capítulo V
Criterios para la implementación de una regulación normativa promotora de Teletrabajo para nuestro mercado socio laboral privado peruano
Capítulo VI
Modelos de estudio justicia normativa
Conclusiones y recomendaciones

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que las nuevas tecnologías están revolucionando los esquemas mentales más básicos y elementales, entre ellos la forma clásica y tradicional de trabajar. El teletrabajo es el sistema que nos permite llevar

a cabo nuestra prestación laboral desde fuera del centro de trabajo de la empresa. Puede ser desde casa («*home workers*»), desde distintos lugares (trabajadores que viajan permanentemente, los «*fully mobile*») o desde centros de negocios alquilados para teletrabajar («*hoteling*»). Los instrumentos tecnológicos y de comunicación son los que facilitan estas nuevas alternativas de trabajo.

Podemos teletrabajar de distintas formas: ya sea conectados permanentemente con el ordenador central de la empresa (trabajo *on-line*) y también desconectados del mismo (sistema *off-line*). En este último, el sistema *off-line*, la conexión se produce únicamente en el momento de la entrega del trabajo. Dicha entrega puede realizarse de cualquier modo, bien mediante métodos convencionales o bien mediante el correo electrónico (que ya es método convencional).

Está claro que el teletrabajo tiene cosas buenas, como la posibilidad de programar el tiempo a gusto del propio trabajador. De esta forma, el trabajador goza de mayor libertad puesto que puede organizar su vida personal y profesional a su gusto; tiene en consecuencia más calidad de

vida y, por lo tanto, está altamente motivado y con menos estrés. Los empresarios también se benefician del nuevo sistema ya que, por una parte, el trabajo realizado por el teletrabajador motivado será de más calidad y, por otra, los costes empresariales serán menores.

La sociedad tecnológica de la información

Podemos situar el inicio de la era electrónica en el año 1912 cuando Lee de Forest y sus dos colaboradores descubrieron las propiedades de amplificación del tubo de vacío, descubrimiento que abrió el camino al desarrollo de la radio, la Tv y la informática. Históricamente la informática doméstica o personal nace a finales de los años '70 y principios de los '80. Resulta difícil situar en un punto concreto del tiempo la presencia de la tecnología de la informática en el hogar.

La tecnología en su faceta de conocimiento tecnológico, como en la de artefacto operativo, irrumpen en la vida social y económica desde los distintos niveles, desde las diferentes instancias, desde todos los confines imaginables al punto que ya no cabe preguntarse, ¿qué actividades y ocupaciones se han visto alcanzadas por los desarrollos tecnológicos?...sino que se impone la complejidad de una nueva y lapidaria pregunta que deja muy poco lugar a la duda: ¿existe alguna actividad que aún no haya sido alcanzada por la tecnología?

Ahora bien, afirmar la existencia de la sociedad tecnológica como una sociedad posterior a la sociedad moderna supone reconocer que los caracteres que definieron la configuración de la sociedad moderna, han dejado de ser los caracteres más importantes dentro de la configuración social y que en su lugar se articulan nuevos caracteres que ocupan el lugar de los anteriores definiendo y explicando la nueva configuración social.

El Derecho como tecnología. El Derecho cuenta con dos novísimas áreas que implican un punto de contacto, un lugar de encuentro, entre el Derecho y las nuevas tecnologías, estas son: la Informática Jurídica y el Derecho informático. No obstante lo cual, no es tanta la novedad que hasta ahora pueden exhibir estas nuevas disciplinas jurídicas, como inicialmente pudiera parecer; ya que, comparados con los enormes efectos renovado-

res que tienen las nuevas tecnologías en la economía, en la sociedad y en la cultura en general, el impacto en el Derecho es menor.

Desde el Derecho informático se pretende regular los novísimos productos tecnológicos, haciendo uso para ello de las viejas categorías del Derecho, frente a lo cual la novedad de la tecnología no es sino una cuestión meramente circunstancial y no relevante en sí misma. Por su lado, desde la informática jurídica se viene realizando denodados esfuerzos por lograr un pronto uso en el ámbito jurídico de las novedades de las tecnologías de la información, pero aún para esta perspectiva, lo novedoso es el soporte, el medio, el instrumento informático y no el Derecho, al punto que los novísimos productos que la informática jurídica viene exhibiendo como suyos, cuando no son viejos conocidos de la informática, son novedades de ésta, y no del Derecho.

Planteadas así las cosas pareciera que el Derecho ha llegado a un punto muerto, a un estancamiento; toda vez que lo nuevo en esencia le viene siendo ajeno, ya sea porque o lo nuevo son los productos que usa y que cada vez son más abundantes o lo nuevo son los objetos que regula que también cada vez son numerosos en todos los ámbitos, pero la forma jurídica de regularlos, que en esencia es el Derecho, pareciera no sufrir ninguna transformación fundamental. De allí que frente a los antes descrito planteamos como solución la urgente necesidad de reformular el Derecho, en el sentido de entenderlo como una regulación auténticamente tecnológica.

Entender el Derecho como tecnología supone reconocer la necesidad de que el Derecho haga uso del mejor conocimiento disponible, lo cual supone reconocer la necesidad de un uso deliberado del conocimiento científico, con el propósito de obtener eficientes resultados prácticos. Pero el entender el Derecho como tecnología propiciará que los esfuerzos de la informática jurídica sean mucho más productivos, toda vez que ello garantizará que el Derecho sea altamente compatible con las demás tecnologías, en especial con las tecnologías de la información.

La crisis del Derecho de Trabajo

Como cualquier rama del Derecho, y quizá más

que las otras, el Derecho del trabajo es un reflejo de un entorno jurídico, pero también social, económico, político, cultural e ideológico. Cualquier cambio en las variables que conforman ese entorno debería por lo tanto también determinar un cambio en el derecho de trabajo.

Podríamos hablar de una crisis de adaptación, pues el Derecho del trabajo hoy tiene muchas dificultades para adaptarse frente a la emergencia de una nueva forma de organización. Todos los procesos productivos, y a menudo también la distribución de la producción, respondían a un mando único y dentro de una misma empresa el colectivo laboral tendía a estar subordinado a un empleador único, donde la subordinación y dependencia eran términos prácticamente sinónimos y por lo general intercambiables, y casi no se discutía la llamada liberalidad de la prestación de trabajo o de servicios.

EL TELETRABAJO

Definición. Teletrabajo es una forma de trabajo a distancia, que implica la utilización de telecomunicaciones y por cuenta ajena.

Naturaleza jurídica

Etimológicamente el término teletrabajo supone la unión de las voces griegas y latina «telou y «tripaliere», que significan lejos y trabajar respectivamente.

El Teletrabajo es trabajo realizado lejos del lugar donde el resultado es esperado, esto es, a distancia del empleador o cliente a quien va destinado, de manera que quien contrata el trabajo no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo.

Elementos:

Es trabajo. Es decir, una forma de creación de riqueza.

Es trabajo a distancia. La actividad se desarrolla para una empresa o institución (un empleador) sin acudir al centro de trabajo tradicional.

Es uso de telecomunicaciones. Implica necesariamente la transmisión del producto del trabajo por un medio de comunicación. Las tecnologías de la información se utilizan no sólo como enlace con el empleador, sino también como instrumento de trabajo fundamental: para consultar bases de datos, navegar por la información, relacionarse con otros individuos de un mismo equipo o grupos de trabajo, etc.

Es por cuenta ajena. Es realizado para otros y remunerado por otros. El trabajador se conecta con una corporación o una persona física que se beneficia del fruto de su esfuerzo y que para por él.

Carácter laboral o civil de la relación de Teletrabajo
El teletrabajador será trabajador dependiente o autónomo según que se realice la prestación en situación de subordinación o no.

Con el tratamiento de la información a distancia se resquebraja la solidez de uno de los arquetipos sobre los que está construido el contrato de trabajo (y el Derecho del Trabajo), el de la ejecución de la prestación de trabajo en el lugar elegido por el empresario, que normalmente coincide con los locales de la empresa.

La telesubordinación. Mediante la utilización de instrumentos telemáticos muchos teletrabajadores se ven sometidos a una dependencia tan intensa o más que si trabajaran en los locales de la empresa. El ordenador puede actuar simultáneamente como instrumento de trabajo y como medio de control de la actividad del trabajador.

CONCLUSIONES

- La sociedad actual está viviendo en la era de la información, la globalización, fenómeno social, económico y cultural, ha roto las fronteras existentes, obligando a la sociedad mundial a replantear sus estrategias de mercado, procurando la conocida reducción de costes, el aumento de la productividad, y el acercamiento al cliente. Metas materializables a través de la necesaria flexibilización de las relaciones laborales, siendo el teletrabajo, una nueva herramienta para la consecución de dichos fines.

- Los avances en el área de la información y las comunicaciones tienen un efecto bastante más amplio e incisivo que el de facilitar la externalización de funciones susceptibles de ser desarrolladas aisladamente desde una localización remota o la contratación de expertos o «freelances» a distancia. Hacen posible que la producción, entendida de forma global, «pueda muy fácilmente deslocalizarse y fragmentarse, distribuyéndose en un amplio número de luga-

res, y a pesar de ello mantener la integración de las distintas actividades productivas en un proceso global que no se vería afectado por la distinta ubicación física de sus componentes».

- Los avances de la informática y las comunicaciones relacionadas a los procesos de trabajo son capaces de generar un doble efecto sobre su localización, consistente en: a) La externalización de puestos de trabajo o funciones susceptibles de ser desarrolladas de forma individual por teletrabajadores desde un lugar distinto del habitual; b) el desplazamiento de actividades cuya realización, si bien precisa de la organización del trabajo de una pluralidad de sujetos, es susceptible de llevarse a cabo de forma remota en centros preparados para el efecto.

- Desde el punto de vista de la productividad existen tres retos donde la tecnología debe prestar su apoyo: la conectividad, las personas y la integración de procesos. En primer lugar es necesario personalizar los portales con aquello que ya de por sí interesa al empleado, y que, electrónicamente le seguirá interesando. Por otro lado, hay que fomentar el uso de herramientas colaborativas, tanto dentro como fuera de la empresa.

- El concepto de Teletrabajo se vincula exclusivamente con quienes, de forma originaria o como fruto de un acuerdo de externalización de funciones previamente desarrolladas de forma presencial, desarrollan un trabajo en beneficio de uno o más empresarios, bien desde su domicilio o bien desde otro lugar distinto del habitual u ordinario, sirviéndose de medios o equipos informáticos y de telecomunicaciones para su ejecución y eventualmente para entrar en conexión con el destinatario de su actividad.

- Se considera teleempleado a todo trabajador que trabaje en un lugar fijo o temporal, realizando sus tareas en forma total o parcial fuera del ámbi-

to productivo del contratante, utilizando en alguna de sus fases medios telemáticos. El teleempleado es el objeto de esta regulación, no así los trabajadores microempresarios o autónomos, ya que, si bien las tendencias actuales impulsan el autoempleo, sólo se han considerado las actividades que se encuentran comprendidas en las normas.

- Es importante aclarar que el teleempleado, en cierta forma, tiene características de trabajador dependiente y autónomo a la vez, porque un empleado que trabaja desde su casa, o desde un telecentro, o como trabajador móvil, no pierde sus derechos de trabajador dependiente, pero debe desarrollar competencias similares a las de un trabajador autónomo con respecto a la administración del tiempo de trabajo, la articulación del ocio y la vida familiar, el cumplimiento de sus tareas sin supervisión personal, los conocimientos ante problemas tecnológicos, etc.

- Al estar vinculados a la empresa en régimen de subordinación, a los teletrabajadores les son de aplicación la misma legislación y el mismo convenio colectivo de la que rige las relaciones de los trabajadores «internos» o normales de la empresa, sin que el hecho mismo de la externalización de sus funciones tenga porqué suponer una degradación de sus condiciones de trabajo ni mucho menos de sus derechos laborales.

- El Teletrabajo es una realidad que escapa de la rígida normativa ideada para el trabajador fabril y necesita de un tratamiento diferenciado. No se puede ignorar que aunque el número de teletrabajadores es aún escaso, nos hallamos ante un camino sin retorno en el que el teletrabajo, por sus propias características, está destinado a convertirse en una de las formas de trabajo del futuro: y por ello es de suma importancia que concienticemos su existencia y propugnemos un marco jurídico promotor que regule esta nueva forma de prestación de servicios laborales.

Crisis y decadencia del Derecho

De Alex Ricardo Zambrano Torres

Un libro provocador que crítica y desafía al brindarnos una versión particular de la evolución del Derecho hasta donde podría considerarse su final: el postmodernismo jurídico, pero que al final sería el regreso a los principios originarios del Derecho.



INTRODUCCIÓN

La concepción del Derecho ha sido observada desde diversos ángulos, a través de las diferentes doctrinas jurídicas, pero pocas veces, se la ha observado desde el individuo, es decir, desde cómo toma el individuo al derecho, su concepción de derecho y de justicia, y su correspondencia con las mismas. Es en ese sentido que utilizando un análisis de la mentalidad de nuestra sociedad hemos ensayado el presente trabajo, fijándonos en la estructura mental de los que viven, hacen, o aplican el derecho, y la hemos dividido en tres estadios: premodernidad, modernidad y postmodernidad en el Derecho. Esto significa que se asume el derecho bajo cualquiera de estas percepciones, lo cual nos lleva a todo un sistema diferente al normativo con el que se ejerce el Derecho. Por eso, la aptitud o concepción del derecho que tenga la persona dará el sistema mental utilizado en el sistema normativo.

La ilusión que la modernidad iba a lograr la justicia y lograr la mejor organización social es puesta en debate, puesto que ha sucedido que la modernidad no ha conectado al hombre con la justicia sino al hombre con la razón. Pero el problema no está en el sistema social o cultural que se ha venido aprendiendo sino en la mentalidad jurídica premoderna en el cual aún se mantiene el ser humano. Por eso el eje central de todo el libro puede graficarse de la siguiente forma:

Publicación: Noviembre de 2008
Fondo editorial de la Universidad Privada de Tacna
Autor: Alex Ricardo Zambrano Torres
422 Págs.

El Problema, es pues aquella mentalidad jurídica premoderna. Problema que se suponía habíase superado con la Modernidad, como un modo de pensar, como una corriente de pensamiento que lograría el desarrollo social, y la cual tenía como característica esencial la exacerbación de la razón, extraído de las ideas del Renacimiento alumbrado por la Ilustración. Momento de la historia de la humanidad donde incluso se pensaba que los capitalistas alcanzarían la felicidad a través de la racionalización de las estructuras sociales e incremento de la producción, y los marxistas lograrían la emancipación del proletariado a través de la lucha de clases. La Modernidad, pues, supuso la creencia en el progreso; así como también en la creencia en la existencia de una razón universal, es decir una razón para todos los seres humanos y en todos los tiempos; que solucionaría, como una técnica, todos los problemas sometidos a ella.

La Modernidad quería crear un Derecho racional perfectamente estructurado en base a abstracciones inamovibles; dejando de lado la experiencia por ser este un fenómeno mutable, inestable, diverso.

Sin embargo la Postmodernidad recoge este fenómeno de mutabilidad, y a la realidad; porque piensa que el Derecho no puede cortar vínculos con la realidad bajo pena de ilegitimidad. La razón, sin embargo, mostraba que era experiencia, o experimentación, y no revelación.

MODERNIDAD. Concepción histórica y jurídica

«Entre los filósofos europeos se entiende por modernidad la caracterización de una época en la medida en que ésta representaría un modelo de civilización con pretensiones universales. La época a la que se alude es, naturalmente, la Edad Moderna, y se sobreentiende por tanto que la sociedad contemporánea sigue viviendo, de un modo o de otro, dentro de dicho modelo de civilización. El modelo estaría animado por el predominio de la racionalidad -de la racionalidad humana, «subjetiva»- en todos los ámbitos del conocimiento y de la realidad: el único saber admisible es el científico, el orden social se instaura por decisión de los individuos libres e iguales, el orden político obtiene su legitimidad de la soberanía popular, el orden económico reposa sobre el valor del trabajo y la rentabilidad productiva, el orden jurídico sólo reconoce leyes justificables racionalmente, el arte se rige por cánones «subjetivos» (es decir, determinados por la percepción estética del hombre), y, en todos los casos, el dominio de la racionalidad se ejerce por medio de la aplicación práctica de los conocimientos científicos, vale decir, por el desarrollo tecnológico. Es la sociedad humana la que se apodera así de su entorno, confiando en ejercer el control sobre el mundo natural y en crear una civilización de bienestar para todos los hombres.»

DERECHO Y MODERNIDAD

Es el momento de hablar de esa conjunción Modernidad-Derecho. Empezaremos diciendo que la Modernidad va a instaurarse y configurarse como un proceso de asimilación del yo como objeto y sujeto. Es un reencuentro del hombre con su subjetividad y por lo tanto la apertura de su capacidad reflexiva y de la libertad inherente a esta subjetividad. Resulta de todo ello la exaltación del hombre como individualidad, como percepción consciente de su contradictoria condición de sujeto y objeto. En este contexto, si el mundo, el resto, parte de nuestra subjetividad, si

las cosas, hechos y experiencias no son más que el producto de las percepciones subjetivas, entonces, cualquier realidad que se postule desde un reinado, concepción diferente, metafísico, divino, mítico, que contradiga esta percepción, o sin fundamentos racionales que lo justifique y validen, es negado.

El hombre al verse enfrentado a su subjetividad, al entrar el sujeto «en relación consigo mismo» tiene un problema sobresaliente: cómo compatibilizar su subjetividad con la subjetividad de los demás. Este problema había sido resuelto en el régimen antiguo con la anulación de la subjetividad y la prelación o encadenamiento o sujeción del sujeto a un principio divino, metafísico, tradicional ya instaurado, reinante y perpetuo. Pero en la modernidad se trataba más bien de una contradicción y negación de la perspectiva del antiguo régimen y su contenido social. El problema por lo tanto había sido resuelto mediante un nuevo principio: el racionalismo, que significaba el uso de procesos y métodos racionales. «Por «racional» entendemos aquí la aplicación de procesos reflexivos en la toma de decisiones, de acuerdo con una concepción general y sistemática y en función de la realización de ciertos fines; en oposición a procesos meramente repetitivos basados en el peso de la tradición»

El instrumento ideal de la modernidad es la razón, y esta se enarbola como aquella panacea que llevará a la sociedad al progreso –es en este tiempo donde la noción de progreso comienza recién a constituirse con el significado que hoy le atribuimos–.

Salta al ruedo una pregunta: ¿porqué precisamente es la razón espoleada como el artificio para alcanzar el progreso? Hay varios factores que confluyen como explicación de esta confianza en la razón. Una primera explicación tentativa, podríamos hallarla en el éxito de las ciencias exactas. Otra en el planteamiento universalizante que esta proponía.

En la modernidad hay una confianza extrema en la razón, y en su capacidad para resolvernos todos los problemas del mundo. Esto suponía que la razón era considerada «a prueba de fallos», justificada en su coherencia interna, en su «condición de relación» no contradictoria. Max Weber,

postula respecto de esto, que la racionalidad tiene dos elementos fundamentales: su finalismo y su generalidad, «es racional la conducta con arreglo a fines que puede ser aplicada de manera general, sin entrar en contradicciones internas» En este entendido, era económicamente la sociedad de mercado la más adecuada para aplicar esta racionalidad. El presupuesto era el siguiente: El hombre era movido por sus intereses, su actuar estaba determinado en relación directa con la creación y defensa de estos intereses; es decir el hombre siempre perseguía la maximación de sus intereses y la minimación de los costos, ésta condición del hombre se tomó por universal, así «la conducta del mercado está orientada por la intención racional y finalista de realizar los propios intereses».

CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD

Nuestros razonamientos jurídicos, aunque no los tenemos realmente claros, están impregnados, consciente e inconscientemente de elementos que provienen de los pensamientos y fundamentos de la modernidad. Esto no significa que somos modernos, sino que hay elementos de modernidad dentro de nuestros actos jurídicos. En este contexto, lo que pasa es que: *«Mal que nos pese, la gran mayoría de quienes elaboran el derecho lo hacen hoy en día- con categorías propias del crepúsculo de la Edad Moderna: el legalismo, el deductivismo metódico, la dogmática como ciencia del derecho, el formalismo y, en general, todas las notas que caracterizan la labor jurídica de nuestros días, son el legado del pensamiento jurídico moderno. Elaborado en los gabinetes hace ya doscientos años, aún configura y determina las tareas que se realizan en los tribunales y palacios legislativos.»*

La época moderna se formó, entonces, como una construcción histórica. Fue un proceso que pasó por el Renacimiento, el Humanismo, la Ilustración, el Racionalismo, la Reforma (cristiana), la Contrarreforma, la Revolución.

Surgen –siguiendo el Estudio de Massini -, como consecuencia clara de este proceso, ciertos fundamentos que identificarían el planteamiento según la cual se regirá desde ese momento la sociedad moderna.

El Derecho como dogma teórico, y la voluntad general

Otra consecuencia del pensamiento jurídico de la modernidad fue tomar a la norma con un sentido dogmático. Aún no comprendemos cómo es que esto ha podido cuajar tan suspicazmente en las mentalidades de los seres humanos (aceptar algo sólo bajo un fundamento racional), pero nuestra suposición es la de que el hombre, educado, formado dentro de una tradición premoderna, es decir acrítica, no conocía otra forma de operar mentalmente. Además la razón se había convertido en el actor más conspicuo para obtener certidumbre y seguridad. En este contexto el panorama jurídico se presentaba como un bloque impermeable en donde no entraba ninguna experiencia ajena al proceso de raciocinio, y los actores del sistema jurídico.

«El jurista práctico y en especial el juez, se encontraban frente a los códigos en la misma situación que el teólogo frente al dato revelado: debía aceptarlo íntegramente sin discusión posible y extraer, mediante los procedimientos de la lógica formal -principalmente la deducción- las consecuencias virtualmente contenidas en el texto legal.»

Claro el sentido de la razón en la operación jurídica, no quedaba claro la inconsistencia y contradicción entre razón y norma. Aún así, el culto a la lógica pura se extendió, ganó dominio y radio de acción, usando el estilo matemático como modelo de acción, e igual que las matemáticas, usaba como bases a las normas que se prestaban a manera de dogmas previamente registrados en los códigos. El Derecho positivo se posesionó del orden jurídico, así: «En el mundo jurídico, es decir, en las labores prácticas del derecho positivo, dominaba el culto a la lógica pura de tipo matemático, la cual debía tomar como punto de partida los dogmas contenidos en el código...»

A pesar de que la modernidad había intentado derribar y asesinar a todo tipo de dogma, no logró matar su espíritu (por decirlo de alguna manera). A la aplicación de la ley basada en principios divinos o de casta, había sucedido la aplicación de la ley, con métodos que incoaran y se fundaran en la voluntad popular, sólo que esta

aplicación metodológicamente estaba enclaustrada dentro de los mismos mecanismos aplicados en la Edad Media, el principio usado era el mismo: el dogma, que significaba certeza, absolutez, esto tal vez no se deba a una incoherencia social de la modernidad, más bien puede ser que «quizá es que algún «fanatismo» es esencial a todo lo humano, en cuanto que lo que percibimos como verdad (aunque no le llamemos dogma) lo percibimos como absoluto» ; es esta la única explicación que podríamos hallar, para ver, en el operativo social que plantea la modernidad, incluido al dogma. Habían, por tanto algunos problemas relevantes a la hora de hacer Derecho; de esta manera *«no sólo el racionalismo conducía a la pretendida aplicación mecánica de los códigos por el juez; también el dogma de la soberanía popular, expresada a través de la voluntad general, arribaba a los mismos resultados (...) Sólo la voluntad general podía ser fuente de normas de conducta social; la voluntad -y mucho menos la razón- del juez no tenían relevancia a ese respecto y su tarea era puramente repetitiva y reductiva del quehacer del legislador. (...) La ley debía ser mantenida en su integridad y aplicada fielmente a toda costa; en el caso de que el texto fuese oscuro o contradictorio, se establecían una serie de procedimientos destinados a develar cuál había sido, para ese caso, el querer del representante de la «voluntad general».*»

LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA

«El Desencanto» es la palabra que mejor describe la sustancia de la postmodernidad, eso no quiere decir que la define, porque, a nuestro parecer, la postmodernidad tiene aversión a las definiciones que encierran al mundo dentro de palabras. La postmodernidad tiene tirria a las grandes metanarrativas con estigma dogmático o afirmación de eternidad.

La postmodernidad está cargado de un tono y estado de ánimo sombrío y pesimista con respecto a la modernidad como agente de liberación de las cadenas de la ignorancia, y la dominación. No cree en la posibilidades de progreso que la modernidad había planteado.

Este desencanto de la postmodernidad pretende hacernos volver el rostro hacia la realidad, en un

cruel, pero necesario: darnos cuenta de lo que en realidad está pasando, y escapar a los sortilegios y ficciones que la razón –con inspiraciones dogmáticas de verdad- nos había incrustado en la mente. Ya no puede haber más disfraces abstractos, ni argumentos matemáticamente concebidos, que oscurezcan la realidad social y jurídica. Ya el mundo nos ha golpeado y nos ha dicho que volvamos a él, a esa realidad que se muestra tal como es: cruel y salvaje, donde el hombre, al fin de cuentas, sigue trabajando sobre la consecución de sus intereses, legitimados o no por el Derecho. Nada de universalismos retroactivos de la libertad humana. Es éste un síntoma de escepticismo, una socarrona mirada a la teoría racional como máxima autoridad cognoscitiva, un gran e irritado desencanto, que actúa como una bofetada en la cara. Es por eso que podemos decir que: *«El postmodernismo es, en realidad, ante todo un desencanto exasperado frente a la modernidad, frente al carácter universalizante del pensamiento moderno. Es, de un lado, una irritación por la desaparición de las particularidades dentro de una universalidad racional que parece engullir toda identidad disconforme. Es también un escepticismo frente a todo aquello que presuma de valor universal; es decir, frente a todo aquello que constituya una metanarrativa, para utilizar una expresión que utilizan los postmodernos como herencia del origen de crítica literaria de esta posición. Es, finalmente, una desilusión y una desconfianza frente a la razón misma, en tanto que instrumento de homogeneización y de universalización.»*

¿QUÉ ES POSTMODERNIDAD?

La postmodernidad se muestra como la negación de la modernidad, como el final de la historia moderna; por otro lado como la nostálgica crítica de la modernidad, pero desde dentro de la misma, como continuación y no como fin. Pero en sus dos versiones tiene rasgos comunes y singulares: su sentido crítico de la razón ilustrada, de la universalización, del objetivismo, de los grandes metarrelatos, etc, es decir, de los fundamentos de la modernidad. Se trata de una rebelión contra todo dogma, contra toda verdad objetiva, contra todo sistema cerrado; tiene cierto escepticismo que lo hace dudar de cualquier verdad establecida, pero sin embargo no condena todo, no deja de lado todo, aunque vuelve a someter todo a cuestionamiento. Pretende más bien in-

volucrar aquello olvidado por la razón moderna, en la estructura social, colocar los textos dentro de sus contextos, etc, podríamos decir, en otras palabras que: *«En el postmodernismo hay una rebelión contra una razón demasiado rígida y totalizante, que todo lo simplifica y que construye sistemas cerrados que todo lo explican. Pero al mismo tiempo, el pensamiento postmoderno no es un mero atomismo, no es una vuelta a un mundo premoderno de la particularidad. Hay también una gran preocupación por el todo, una necesidad intelectual de colocar los textos dentro de sus contextos, una afán de comprender la totalidad no como una suma de elementos simples al estilo de la ciencia moderna sino en tanto que totalidad irreductible. (...) esfuerzo de comprensión de lo general sin convertirlo en un conjunto de particularidades pero, al mismo tiempo, sin perder la diversidad,...»* En ese sentido, quiere conjugar todo lo existente, sin dejarse engañar por espejismos racionales, o mecanismos excluyentes de alguna parte de la realidad social. Como un intento de hacer reencontrar al hombre con todos los elementos cognoscitivos del que dispone. Es además una búsqueda de un orden diferente al racional -es decir a la manera de una fórmula matemática y rígida-, un orden social no lineal, móvil, elástico, que no sacrifique la diversidad en aras de cierta racionalidad, sino con una razón que no necesite esquematizar para ser válida, sino que respete lo complejo y lo diverso, y que trata de incorporar, en esa complejidad, en un orden abierto, las posibilidades del azar, de la libertad y de la complejidad sin que ello constituya un desorden, o una contradicción a los fines del Derecho.

LOS FUNDAMENTOS PRIMARIOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA

Como vemos estos aún se van haciendo, sin embargo habremos de anotar algunos pocos, muy tímidamente.

a.- La Tolerancia como grado de compatibilización normativa

Ya desde John Locke podemos apreciar esta inquietud, que está impresa en un escrito denominado «Carta sobre la Tolerancia». La Tolerancia sería ese respeto a las opiniones y «prácticas» ajenas, para lograr que los intereses individuales pue-

dan llegar a cierto grado de compatibilización y los individuos sujetos de derechos y obligaciones no se destruyan mutuamente. También se puede expresar como la diferencia que se consiente en la calidad o cantidad de lo convenido. En una sociedad que tendría como parámetros la voluntad de las individualidades, el marco por donde podrían surgir necesariamente debería de ser la tolerancia. Lo que supone, la afirmación y confirmación de la diferencia, y del proceso social como producto de esta diferencia. Es decir, que el slogan esbozado hoy es el de «que no está mal ser diferente», sino que es más bien un acto completamente natural, que existe o debe existir, realmente, como derecho. Pero hay que tener cuidado que el discurso de la diferencia no vaya a ser sólo una forma de consolidar el sometimiento de un grupo social dominante. Lo que se pretende es borrar esas imágenes de jerarquías sociales que han sido empotradas dentro de nuestra sociedad.

b.- El Relativismo o la negación de verdades jurídicas transculturales

«La experiencia histórica es una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. La existencia de unas reglas que sean, por su naturaleza, permanentes e inalterables, no pasa de ser un mito o una quimera, cuando no es, simplemente, una aspiración o un deseo de perpetuar un 'statu quo' determinado y concreto.

Lo anterior nos conduce sin duda al relativismo, pero el relativismo no debe asustarnos. Antes al contrario, no sólo es lo más conforme con nuestras propias experiencias vitales, sino también con el sentido mismo de la vida histórica como progreso y como perfección.

c.- Pluralismo Jurídico. El derecho a la diferencia y reconocimiento a los particularismos jurídicos, culturales y sociales.

«Yo os hago esta advertencia: cada pueblo habla su propia lengua del bien y del mal: su vecino no la entiende. Cada pueblo se ha inventado su lenguaje en costumbres y derechos.»
(Friedrich Nietzsche)



Tesis presentada por el Bach. Wilson
Alex Choquemamani Ccalli

Aprobada en el 2009

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL BENEFICIO PENITENCIARIO DE VISITA ÍNTIMA Y SU APLICACIÓN EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MUJERES DE TACNA EN EL AÑO 2008

Planteamiento del problema

La libertad sexual de los internos e internas, entendida como la capacidad que tiene toda persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, se encuentra vulnerada por la legislación penitenciaria, ya que ha sido regulada como un beneficio penitenciario denominado «visita íntima», cuando es mucho más que eso: un derecho no afectado por la condena.

El hecho de considerar a la libertad sexual como un beneficio penitenciario, lo convierte en un premio, o estímulo, que vulnera la dignidad de la persona privada de libertad. La libertad sexual es parte del derecho a la libertad del que debe gozar todo ciudadano aún los que han sido condenados a pena privativa de libertad, ya que estos tan sólo pierden su libertad ambulatoria, mas no sus demás derechos; salvo expresa disposición en la ley y en la sentencia.

Es imposible encerrar a un gran número de hombres o mujeres por largo tiempo sin crear un problema sexual. Las personas privadas de libertad son individuos con los mismos impulsos biológicos y afectivos de sus semejantes en el mundo libre. La prisión puede alterar la dirección del impulso sexual, pero no suprimirlo.

Es inevitable que la privación forzosa y prolongada de contactos heterosexuales tiene como consecuencia la frustración, el homosexualismo y otras formas de desviaciones sexuales.

El artículo 58° del Código de Ejecución Penal, señala: La visita íntima tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino, bajo las recomendaciones de higiene y planificación familiar y profilaxia médica. Es concedido por el directo del establecimiento penitenciario, conforme al reglamento».

Este dispositivo legal sólo reconoce la visita íntima a las personas privadas de libertad que tienen condición de cónyuge o concubino, excluyendo así, a las personas privadas de libertad que no cumplan con ese requisito, y no referimos a los solteros/as, divorciados/as, viudos/as y homosexuales.

Una persona privada de libertad, para beneficiarse de la visita íntima, tiene que reunir una serie de requisitos que establece el reglamento del Código de Ejecución Penal, los que aún si fueran cumplidos no constituyen un factor decisivo para su concesión, pues dicha facultad está librada a la evaluación del Órgano Técnico de Tratamiento, quien determina si la persona privada de libertad se encuentra apta para tener un encuentro ínti-

mo con su cónyuge o concubino.

El problema sexual en las prisiones

Parece inevitable que la privación forzosa y prolongada de contactos heterosexuales conduzca a frustraciones y tensiones sexuales y eventualmente a desahogos no heterosexuales.

Las principales consecuencias del problema sexual en las prisiones:

Homosexualismo. En algunos casos, el homosexualismo es adquirido de manera forzosa dentro de la prisión, producto de violaciones. Hay casos en donde las víctimas son prostitutas por sus agresores. En otros se trataría de personas privadas de libertad que ingresan al establecimiento penitenciario con dicha condición sexual y, con la finalidad de satisfacer sus impulsos sexuales, enamorarían o acosarían a sus compañeros/as.

Prácticas de zoofilia. Común antes que las leyes permitieran las visitas íntimas.

Autoerotismo utilización de consoladores artesanales. Una de las formas comunes de autoerotismo es la masturbación. Entre las mujeres los consoladores rudimentarios genera riesgos a nivel infeccioso.

Soluciones aplicadas

Drogas. De aplicación en otros países. En Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos se utiliza una droga denominada «antiandrógeno» como una forma de condena a ciertos violadores, este sistema se conoce como la castración química.

Trabajo y deporte. El trabajo y el deporte intenso reducirían las tensiones sexuales porque provoca cansancio y agotamiento. Sin embargo, el deporte o el trabajo podrían ser una «técnica» para no pensar en la necesidad de tener intimidad, pero no solucionan el problema.

Permisos de salida. Es un beneficio penitenciario y es concedido por el director del establecimiento penitenciario cuando el interno se encuentra en las siguientes circunstancias: enfermedad grave o muerte del familiar más cercano; nacimiento de hijos, realizar gestiones personales que demanden la presencia física; realizar gestiones para la obtención de trabajo y alojamiento ante la proximidad de su liberación. En nuestro país este beneficio no es común.

Visitas íntimas. Esta solución se aplicó por primera vez en México en 1924. En el Perú el primer

antecedente es el Reglamento para la instalación del venusterio en el E.P. Lurigancho en 1963.

Análisis crítico de la visita íntima en el Código de Ejecución Penal de 1991

¿Es la visita íntima un sinónimo de visita sexual? Definitivamente que no. Pero para la legislación penitenciaria peruana sí lo es. Por ello considera a los informes médicos un requisito indispensable para acceder a las visitas íntimas. El contacto sexual es un elemento del derecho a la intimidad. La intimidad implica no interferencia en el ámbito privado de la persona privada de libertad; a quien sólo se le ha restringido su libertad de tránsito (jurídicamente hablando, claro está). Entonces ¿por qué la visita íntima está regulada como beneficio penitenciario? Por una cuestión de poder, de obediencia y sometimiento a la autoridad carcelaria.

Algunos sistemas jurídicos (España por ejemplo), han regulado a la visita íntima como un derecho no afectado por la condena, lo cual es coherente para un Estado que se reconoce como democrático de derecho. El nuestro ha preferido regularla dentro del sistema de premios y castigos, es decir, como un beneficio penitenciario. Aquí encontramos una contradicción de normas y valores jurídicos.

Estatus jurídico de las personas privadas de libertad

Una persona privada de libertad (procesada o sentenciada) tan solo se encuentra privada de su derecho a desplazarse libremente, sus demás derechos (dignidad, igualdad, libertad de expresión, etc.) se encuentran vigentes y gozan de protección y tutela jurisdiccional efectiva. Su estatus jurídico de «privada de libertad» no le quita su condición de ser humano y, por tanto, de ciudadano. De lo expuesto se desprende que las personas privadas de libertad son sujetos de derecho, gozan de derechos fundamentales, toda restricción o limitación a sus derechos deben ser en virtud de una ley.

Visita íntima: ¿Derecho o beneficio?

Aparentemente entre un derecho y un beneficio no habría muchas diferencias, sin embargo, sí las hay y no se agotan al plano semántico. Detrás de

ellas hay concepciones ideológicas subyacentes que influyen en la regulación jurídica de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Un beneficio es un premio o una gracia; «un derecho – en su expresión subjetiva- es un atributo, una facultad, un poder jurídico de hacer u omitir algo o de exigir a los demás una determinada conducta». Un beneficio pone condiciones, muchas de éstas arbitrarias; un derecho no pone requisitos, salvo casos excepcionales, en donde es necesario y razonable.

Si bien la libertad sexual no está contenida de manera expresa en el capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución de 1993, su inscindible conexión con el derecho a la dignidad, a la vida, a la intimidad, a la autonomía individual y el libre desarrollo lo configuran como un derecho fundamental indiscutible. Negar la titularidad de este derecho a las personas privadas de libertad sería inconstitucional.

Intimidad

El derecho a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida la intimidad como secreto, atentan contra ella todas las divulgaciones ilegítimas de hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

El sentido de intimidad que utilizaremos para nuestra tesis será la intimidad como libertad. Es decir aquella libertad para decidir qué hacer con la vida privada en prisión, por ejemplo, en la visita íntima.

Requisitos para acceder a la visita íntima

Según el artículo 198° del RCEP, son cuatro los requisitos: Solicitud dirigida al director del establecimiento penitenciario indicando los datos de identidad de su pareja; copia simple de la partida de matrimonio civil o religioso o cualquier otro documento que acredite la relación de convivencia; informe médico que certifique que la persona privada de libertad no adolece de enfermeda-

des de transmisión sexual (ETS); y certificado médico de fecha reciente expedido por el área de salud en el cual se indique que él o la cónyuge conviviente no adolece de ETS.

Sin embargo, no son los únicos requisitos. Una directiva interna del INPE (N° 009-2002-INPE) establece: Certificado de buena conducta y formato de compromiso proporcionado por la administración penitenciaria en donde la pareja se compromete a cumplir con las disposiciones de seguridad.

Discriminación en la aplicación del beneficio penitenciario de la visita íntima: El caso de las mujeres privadas de libertad

La cárcel se inventó pensando en el hombre y no en la mujer. Antiguamente, las mujeres eran recluidas en conventos o monasterios. Por ello, todas las normas penitenciarias referidas al régimen de vida y tratamiento penitenciario tienen un enfoque masculino.

Actualmente las mujeres privadas de libertad representan el 6% de la población penal del Perú. Desde luego, el hecho de ser «minoría» ha traído consecuencias tales como: infraestructura penitenciaria inadecuada y políticas penitenciarias carentes de un enfoque de género que atienda las necesidades y particularidades propias de las mujeres privadas de libertad. Pero esto último es sólo una parte del problema. Para nosotros, uno de los problemas principales, es la concepción moral paternalista, imperante en el Sistema Penitenciario Peruano.

A continuación casos de discriminación en la aplicación del beneficio penitenciario de visita íntima.

Discriminación por sexo. Se presenta cuando los funcionarios del INPE son estrictos en el cumplimiento del reglamento cuando se trata de la visita íntima de mujeres mientras son permisivos en el caso de los varones. Lo que configuraría la discriminación por el resultado, ante una norma neutra, su aplicación genera consecuencias distintas para los grupos del supuesto de hecho de la norma. La justificación a esta desigualdad es la posibilidad de embarazo en la mujer.

Discriminación por delito. Se presenta en el caso de las recluidas por el delito de terrorismo, de acuerdo al Art. 19 del Decreto Ley N° 25475,

a pesar que dicha norma fue derogada por el Decreto Legislativo N° 927.

Encuesta a mujeres privadas de libertad del establecimiento penitenciario de mujeres de Tacna. Al mes de mayo, 17 internas de las 108 del penal de mujeres de Tacna, gozaban del beneficio penitenciario de la visita íntima. Es decir, la mayoría practicaba la abstinencia sexual forzada. La encuesta fue realizada a un total de 39 mujeres, de las cuales 14 gozaban del beneficio de la visita íntima.

Entrevistas a especialistas

Sobrevaloración de criterios morales en la aplicación de la visita íntima

Luís Francia Sánchez:

«La utilización criterios patriarcales por parte de la autoridad penitenciaria en cuanto a una supuesta protección a la moral de las internas. Hay la consideración errada de la autoridad penitenciaria, que la sanción penal, en algunos casos, puede implicar el negar la libertad sexual e incluso negar los derechos reproductivos».

Rosa Mavila León.

La concepción tradicionalista de tufillo canonista vinculado a las visiones locales de la Iglesia Católica, la visión de la modernización tradicionalista repercute en la ejecución penal ¿Por qué? Porque en la modernización – tradicionalista hay una concepción del rol de la mujer, y este rol está centrado en la valorización social de la maternidad».

CONCLUSIONES

Primera. El contacto afectivo y sexual de una persona privada de libertad es una necesidad humana y las normas del sistema jurídico están obligadas a brindar un marco legal para satisfacer dicha necesidad.

Segunda. La regulación jurídica de la visita íntima como beneficio penitenciario constituye una vulneración a los derechos sexuales y reproductivos de las personas privadas de libertad, a quienes tan sólo se les ha privado su libertad ambulatoria.

Tercera. Decirle a una persona privada de libertad que tiene que estar casada, si quiere tener una

visita íntima, significa que no puede estar con una u otra persona. Entonces, nos encontramos frente a una concepción moral católica detrás de las normas jurídicas penitenciarias.

Cuarta. Los requisitos establecidos en el Reglamento del Código de Ejecución Penal (partida de matrimonio civil o religioso, acreditar una situación de convivencia, certificado de buena conducta, certificados médicos) viola el derecho a la igualdad y no discriminación, porque discrimina a los solteros, homosexuales y personas con VIH Sida.

Quinta. La visita íntima es considerada por la legislación penitenciaria como un contacto sexual bajo recomendaciones de «higiene», «planificación familiar» y «profilaxia médica»; sin embargo, debe ser considerada, también, como un contacto afectivo.

Sexta. El INPE viene aplicando la visita íntima de forma discriminatoria, haciendo diferenciaciones entre varones y mujeres. A los primeros no les exige los requisitos establecidos en el Reglamento y a las segundas sí les exige, lo cual constituye una discriminación por el resultado, pues si bien nos encontramos ante una norma aparentemente neutra, en realidad ella genera consecuencias distintas para los grupos del supuesto de hecho en la norma. Este tipo de discriminación se ha visto en su máxima expresión con la prohibición absoluta de la visita íntima a las mujeres privadas de libertad por delito de terrorismo, a quienes se les ha aplicado una norma derogada y criterios de interpretación legalistas, que colisionan con la Constitución y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Para).

Sétima. La exigencia del uso de métodos anticonceptivos a las mujeres privadas de libertad del Establecimiento Penitenciario de mujeres de Tacna, como condición para el acceso al beneficio penitenciario de visita íntima, constituye una violación a los derechos de autonomía personal, maternidad y consentimiento informado.

Octava. La visita íntima, reconocida como un derecho no afectado por la condena, contribuiría con el fortalecimiento del vínculo familiar y el mejoramiento de las condiciones de detención de la persona privada de libertad.



JURISPRUDENCIA



1985 -2010

EL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA Sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha constituido en un pilar fundamental de la institucionalidad democrática; más aún, es uno de los pocos órganos estatales que no está sujeto a mayor objeción pública. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, viene emitiendo una serie de sentencias que despiertan en la colectividad, los medios de comunicación y especialmente en la comunidad jurídica una especie de incertidumbre. Unos quieren entender que se trata de una consecuencia singular del cambio de magistrados –no está permitida su reelección- y que posibilita distintos pareceres conceptuales; otros más osados, observan cierta sujeción a otros intereses, lo que desmerecería la idoneidad de este órgano.

En el caso presente, se trata de la sentencia emitida el 16 de Octubre del 2009 respecto a la «Píldora del Día siguiente» o Método Anticonceptivo Oral de Emergencia, por la que el Tribunal Constitucional resuelve finalmente declarar fundada la pretensión, en consecuencia, ordena que el Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública su distribución gratuita. Fallo, que – como se ha indicado- ha generado una fuerte polémica mediática, centrados en aspectos contradictorios de la sentencia. Es así, que de manera clara el Tribunal acepta que tanto en la información médica y doctrina jurídica, no hay uniformidad para determinar el momento de la concepción, deter-

minándose entonces por considerar que «la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células maternas y paternas, lo que constituye el inicio de la vida de un nuevo ser; siendo la anidación parte del desarrollo del proceso vital», soportando su argumentación en el principio precautorio, ante la existencia de una «duda razonable» para la vigencia irrestricta del derecho a la vida. Sin embargo, con anterioridad el Tribunal Constitucional, emitió un fallo en sentido contrario, lo que no hace más que generar zozobra en los justiciables, y una manifiesta inseguridad jurídica.

De una lectura más precisa del caso, se determina que los efectos de esta sentencia solo están encaminados a que el Ministerio de Salud cese la distribución gratuita del AOE, contrario sensu, su adquisición onerosa y a instancia de medios comerciales, está permitida. Quiere decir esto que quienes tienen recursos pueden acceder a ella, y quienes no, están imposibilitados. En otras palabras, el propio Tribunal Constitucional genera efectos discriminantes, cuando su fallo debería ser integral uniforme y compacta. Que estas modestas observaciones, sean un punto de partida para compenetrarnos con la propia sentencia, y que una lectura integral nos permita un parecer mucho más amplio. Sean ustedes los mejores jueces.

EXP. N.º 02005-2009-PA/TC LIMA ONG «ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN»

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, que se adjunta, y con el voto singular en el que convergen los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, que se agrega.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG «Acción de Lucha Anticorrupción» interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: a) de iniciar el programa de distribución de la denominada «Píldora del Día siguiente» en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada «Píldora del día siguiente», por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida; que este proceder sin embargo resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se está propiciando con el citado programa abortivo; y que para tratar de legitimar su proceder la ministra ha argumentado que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aun a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico, y que culminadas sus labores dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

Agrega que a raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las «Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva» que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo; y que mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003-DP, del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N.º 78 «Anticoncepción Oral de Emergencia» en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

Aduce también que el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración

espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la representante de la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005 el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el «tercer efecto» del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de *amicus curiae* diversas entidades y organizaciones:

a) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N.º 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP del 19 de diciembre del 2003, concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo que solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática, y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.

b) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 6 de diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.

c) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), quien mediante escrito del 14 de marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado un asunto de salud pública, y que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres contar con un método anticonceptivo cien-

tíficamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.

d) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Añade que por lo demás la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, sólo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.

e) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) quienes mediante escrito del 15 de marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.

f) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAF), quien mediante escrito del 20 de julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.

g) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.

h) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.

i) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del óvulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción; y que de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda, y reformándola la declara fundada sólo en parte, pero limitando la decisión en cuanto se refiere a la vulneración del derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por otro lado se declara infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señala que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

1 . De acuerdo al petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que el Ministerio de Salud se abstenga de:

(i) Iniciar el programa de distribución de la denominada «Píldora del Día Siguiente» en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.

(ii) Distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

Legitimidad procesal

2 . De manera preliminar a la solución de la presente controversia y aun cuando en la sede judicial ya ha habido en su momento un pronunciamiento sobre las excepciones deducidas por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la entidad demandada, este Tribunal considera importante hacer referencia a la condición procesal de la entidad demandante.

3 . Por la específica cuestión controvertida que no trata de un particular interés que corresponda de manera exclusiva y excluyente a la demandante, sino que se trata de un interés jurídico general que traspasa dicho interés particular al ingresar al ámbito del interés común, podríamos afirmar que se configuraría el supuesto de un interés difuso al que se refiere el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

Siendo que el presente caso se encuentra referido a la distribución gratuita de un producto farmacéutico vital para la vida misma que como derecho fundamental de la persona humana obliga a su protección por el Estado, la que desde luego alcanza en general a los consumidores, corresponde asumir dicha protección conforme lo prescribe el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, ya que se encuentran dentro del ámbito de la especial protección que corresponde asumir al Tribunal Constitucional, en aras de la afirmación desde la perspectiva antropocéntrica del principio kantiano de que la persona, es eje centro, conforme

lo prescribe el art. 1 de la Constitución, que privilegia a la persona humana como el centro de la preocupación por el Estado y la sociedad en general. La postura del consumidor exige según el artículo 65° de la Constitución que El Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en bien de la salud y la seguridad de la población.

Cuestiones a resolver

1. Derecho a recibir información

4 . En la normativa internacional se encuentra consagrado el contenido de este derecho. Así se tiene el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y a nivel regional el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2°, de nuestra Constitución Política.

5 . En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6° de la Constitución. Pero es también un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez].

2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía

6 . El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente rela-

cionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

3. La vida como derecho fundamental

7 . Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada «Píldora del Día Siguiente» de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:

- ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
- ¿El embrión fecundado es el «conceptus» al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
- ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
- ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?

Sólo a partir de las respuestas que se haga a estas preguntas será posible establecer jurídicamente si es que la denominada «Píldora del Día Siguiente» afecta o no el derecho a la vida reconocido tanto por los documentos internacionales de derechos humanos como por nuestro ordenamiento jurídico interno.

3.1. El Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y el derecho a la vida

8 . El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución) [STC N.° 01417-2005-PA, fundamento 2].

9 . El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que «Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.» [STC N.° 01535-2006-PA, fundamento 83].

10 . Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que «actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.»[STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 82].

3.2. El derecho a la vida en los tratados y otros documentos internacionales de los que el Perú es parte

11 . El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

12 . Así, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I) «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.»; por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º) «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.»; y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6º) «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4º, inciso 1), que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega: «Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral»; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que «Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad». Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) «Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.»

4. La ontogénesis humana desde la perspectiva de la ciencia

4.1. Identidad genética e individualidad biológica

13 . Chieri y Zannoni, respecto a la formación de una

nueva individualidad genética, señalan que «en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El óvulo aporta toda la maquinaria celular, además de un núcleo que contiene la mitad de la información genética de la madre. El espermatozoide aporta exclusivamente el núcleo con la mitad de la información genética del padre. La fusión de ambas informaciones genéticas da lugar al material genético del hijo; en consecuencia, cada nuevo individuo es único en su información genética, de aquí el término de individualidad biológica». Prosiguen afirmando que «a su vez, esta información de la primera célula es heredada por cada una de las células que se van a desarrollar a continuación, de manera que todas tienen el mismo material genético. Es por ello que si se estudia el ADN de células(...) De cualquier parte del organismo, siempre se encuentra el mismo material genético, propio de cada individuo y diferente de cualquier otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos». [Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo A. Prueba de ADN. Buenos Aires: Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 2001, p. 4].

4.2. Teorías sobre el inicio de la vida

14 . Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada Teoría de la Fecundación, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la Teoría de la Anidación, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.

(i) **La Teoría de la Fecundación** se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba

con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.

(ii) **La Teoría de la Anidación**, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al sétimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto –el concebido– sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre

5. El concebido como sujeto de protección jurídica

5.1. Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

15 . El Código Civil de 1852, siguiendo una corriente trazada ya desde el Derecho romano, establecía en su artículo 1° que «El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer», y en el artículo 3° que «al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece»; para finalmente agregar en el artículo 4° que «El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana».

16 . El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que «el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido», agregando que «al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece». Ya el Código Civil de 1936 no utiliza el término «concebido», como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que «El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo».

17 . El Código Civil de 1984, en su artículo 1° declara que «la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento», agregando que «la vida humana comienza con la concepción», y que «El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece». Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 346 – Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que «La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida» y que «El concebido es sujeto de derecho desde la concepción»; la Ley N.° 26842 – Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que «toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...», así como que «El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud». El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N.° 17505, estable-

cía en su artículo 17° que «Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido»; agregaba también (artículo 31°) que «Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud...»; de otro lado, en el artículo 113° estipulaba que «Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital».

18 . El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.° 26102, en el artículo I del Título Preliminar definía: «Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad»; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1° que «Todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental». Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N.° 27337.

19 . Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.

20 . Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe remarcarse que sí existe una norma, actualmente vigente, que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación.

21 . Se trata del documento denominado «La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud», aprobado por Resolución Ministerial N.° 729-2009-SA/DM de 20 de junio de 2003, como «marco conceptual referencial que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad» (resaltado nuestro). En este documento, cuyo cumplimiento e implementación corresponde tanto a la Dirección General de Salud de las Personas como a las Direcciones Regionales y Sub Regionales de Salud, se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 «Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral» prevé que «Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: *Programa de Atención Integral de Salud del Niño,

que comprende desde la fecundación hasta los 9 años...» (resaltado y subrayado nuestro). La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida en sub grupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a los niños, establece como el primero de ellos al de «Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento» (resaltado y subrayado nuestro). En el anexo 2 del mismo documento se establecen los «Cuidados Esenciales para los Programas de Atención Integral de Salud por Etapas de la Vida», el cual en el punto denominado «Atenciones Individuales Específicas del Niño. Estimulación Prenatal y Temprana» prevé lo siguiente: «Atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoafectivo del niño. Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta el nacimiento...» (resaltado y subrayado nuestro).

5.2. El concebido para la doctrina jurídica

22 . Es importante, en primera instancia, indagar cómo ha sido entendido el término concepción en el mundo jurídico a través de los diccionarios jurídicos; por lo que se recurrirá a uno histórico de nuestro país y a dos de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de García Calderón, Cabanellas y Omeba, respectivamente. Es así que estas fuentes definen el término concepción de la siguiente manera:

(i) «Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser», y se remite, entre otros al término preñez [García Calderón, Francisco. Diccionario de la Legislación Peruana, tomo I. Lima: Grijley, edición en facsímil de la segunda edición, 2003, p. 501]. En cuanto a esta última palabra, indica: «Se llama preñez o preñado el estado de una mujer que ha concebido un hijo...» [Op. cit. Tomo II, p. 1571].

(ii) «El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital». Se agrega que fisiológicamente «La concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo. La concepción no es inmediata a al cópula carnal; pues a veces puede transcurrir algún tiempo desde ésta al instante en que el espermatozoide, o elemento masculino, fecunda el óvulo o elemento femenino». En cuanto al aspecto estrictamente jurídico señala que «Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...» [Cabanellas, G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 16° edición, 1981, p. 253].

(iii) «Del latín (concepto-ónis). Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona» [Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, sine data, Tomo III, p. 578].

23 . Dentro del campo jurídico, como se encuentra glosado supra, si bien se reconoce reiteradamente al concebido como sujeto de derechos, la normativa no define ese estado, salvo un caso en el que, como se ha señalado, expresamente se inclina a considerar a la vida como un proceso que se inicia con la fecundación. Dentro de esa situación de controversia anotada, es posible identificar:

(i) Un importante grupo de juristas que se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen. Entre ellos se encuentran, sólo para citar a los peruanos, Marcial Rubio Correa, CARLOS Fernández Sessarego y Enrique Varsi Rospigliosi, reconocidos juristas y especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho genético, respectivamente. Esta posición considera que toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula; ella contiene el código de la vida que igualmente se encuentra en cualquier ser humano nacido. Todo lo que le ha de permitir evolucionar, toda la información necesaria y a la vez suficiente que define las características de un nuevo ser humano, único e irrepetible, surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás. De otro lado, condicionar los derechos dependiendo de la edad o de la etapa de desarrollo implicaría una vulneración del principio derecho de igualdad, reconocido tanto por nuestra constitución como por todos los tratados internacionales de derechos humanos.

(ii) Por su parte, se encuentran aquellos que consideran la anidación del óvulo fecundado en el útero materno como el inicio de la vida humana, la gestación y por ende el embarazo de la mujer. Entre ellos se encuentran Luis BRAMONT Arias, Luis Bramont-Arias Torres, Raúl Peña Cabrera, Luis Roy Freire, Felipe Villavicencio Terreros y José Hurtado Pozo, todos juristas reconocidos en el ámbito penal, siguiendo así la corriente mayoritaria en este campo del Derecho.

24 . Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el pro homine y el favor débilis.

6. Aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción

6.1. Principios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales

25 . Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo,

es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que «comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional» [STC N.º 3330-2004-PA, fundamento 9].

26. De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como «interpretación institucional», y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado.

6.1.1. Interpretación institucional

27. Este criterio interpretativo [STC N.º 0008- 2003-PI, fundamento 5] permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma García Pelayo, «lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto.» [García Pelayo, MANUEL «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución». En: Estudios sobre la Constitución española de 1978, a cargo de M. Ramírez, Zaragoza, 1979, p. 79]. A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de «unidad de la Constitución», «eficacia integradora» y «concordancia práctica».

28. Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que Peter Häberle denomina las «cristalizaciones culturales» subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución. En consecuencia, ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un «mínimo común axiológico», esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, «la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente «cultivados» (la voz «cultura» como sustantivo procede del verbo latino cultivare) para que devengan auténtica Constitución». [Häberle, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35].

29. Por todo ello, representa un mandato para este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la letra viva que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

30. Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia, y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

31. En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de «derecho», pues estará condenado al repudio social.

32. De otro lado, existe un conjunto de principios o directrices de aplicación e interpretación propios de los derechos fundamentales. En tal medida, para el análisis del presente caso resulta imprescindible considerar de manera especial como pauta o cauce hermenéutico el principio pro homine y el principio pro debilis, justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte.

6.1.2. Principio pro homine

33. El principio pro homine es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

6.1.3. Principio pro debilis

34 . Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio favor debilis, pro debilis o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio pro homine antes anotado, configuran el principio de centralidad del ser humano. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra.

6.2. Análisis en concreto

35 . Este Tribunal considera que se debe ser sumamente cauteloso en la dilucidación de este caso, en el que existen posiciones encontradas desde la ciencia respecto a los efectos de la píldora en el cuerpo de la madre y en el proceso vital del nuevo ser. Si bien no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la auctoritas de este Colegiado no es científica, si le corresponde administrar sobre la duda que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la píldora.

36 . Para ello, previamente se debe adoptar una posición evidentemente sobre fundamentos que resulten razonables y justos, y sin olvidar que lo que se está interpretando es nada menos que la norma constitucional, la cual, «no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de «fáustico», pero profundamente humano y digno de ser interpretado, de transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de «encerrar» de «definir» en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto». [Cappelletti, M. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado. Traduc. De Cipriano Lara y Héctor Fix Zamudio, México, 1996, p. 74].

37 . A este Colegiado correspondía pues, dentro del marco constitucional y sobre la base de los valores y principios que la configura, ponderar adecuadamente cada una de las posiciones expresadas y mostradas en el expediente, respecto a lo que la ciencia médica entiende por concepción y el momento en que ésta se produce. Igualmente debe ponderar lo que dice la doctrina y normativa jurídica, que no hace sino replicar la controversia inconclusa sobre este hecho tan trascendental. Este inacabado debate, del que se ha dado sólo somera cuenta, no hace sino mostrar de manera descarnada el hecho de que el ser humano, tan orgulloso de sí por el avance científico y grado de evolución que ha logrado, todavía no es capaz de determinar, sin lugar a controversia, el instante en el que se ha creado un nuevo miembro de su especie.

38 . Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados supra respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La

anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido.

7. La denominada «Píldora del Día Siguiente» y sus efectos

39 . La abundante instrumental que corre en autos nos dice de la riqueza de la información traída al proceso por las partes y por las personas a las que se les ha permitido intervenir en las instancias precedentes, información científica que se pone de lado de una y otra posición y que aún en la incertidumbre el Tribunal está en el deber de decidir puesto que conforme a lo que prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces no pueden dejar de resolver el conflicto sometido a su determinación, ni en casos de vacíos de la ley o en ausencia de ella.

7.1. Lo que dicen los insertos en el producto, respecto a sus efectos

40 . Junto con lo anterior, en que, como se ha reseñado, existen posiciones encontradas en el mundo científico respecto a los efectos de la píldora, es necesario e importante determinar lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto, que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan.

a. GLANIQUE (Levonorgestrel) 0.75 ó 1.5 mg., elaborado en Argentina por Laboratorios Blipack, S. A. En el inserto del producto se señala: «Farmacodinamia: El mecanismo de acción de levonor-gestrel no se conoce completamente. GLANIQUE, en dosis de dos tomas... o dosis única... bloquea la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido en las 72 horas precedentes a la ovulación, es decir en el periodo durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. Podría impedir igualmente la implantación de un óvulo, pero es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado». (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm).

b. TIBEX (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farminustria S.A. En el inserto del producto se señala: «Acción Farmacológica: Levonorgestrel inhibe la secreción de la gonadotropina e la pituitaria anterior, previniendo la ovulación y la maduración folicular. Interfiere con la fertilización y la implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio». (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: (<http://www.farminustria.com.pe/productos/222.html>)).

c. POSTINOR 2 (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Fabricado por: Laboratorio Gedeon Richter S.A. Budapest, Hungría. En el inserto del producto se señala: «Acción Farmacológica: POSTINOR 2 (levo-norgestrel) a la dosis

recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa impidiendo o previniendo la ovulación y la maduración folicular. Asimismo, tiene acción anticonceptiva a través de otro mecanismo interfiriendo con el transporte espermático por espesamiento del moco cervical. Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal. Por el contrario, no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la página web www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm).

d. NORTREL (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A. En el inserto del producto se señala: «Acción Farmacológica: Mecanismo de acción/Efecto. Anticonceptivo (sistémico): La inhibición de la excreción de las gonadotropinas de la pituitaria anterior previene la ovulación y la maduración folicular y es una de las acciones anticonceptivas de levonorgestrel. En algunos pacientes que usan anticonceptivos solamente dosis bajas de progestinas, particularmente implantes subdérmico de levonorgestrel, la ovulación no se suprime consistentemente de ciclo a ciclo. El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio.». (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/52934.htm>).

e. POST DAY (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafrancol. En el inserto del producto se señala: «Acción Farmacológica: POSTDAY es un medicamento que inhibe y retrasa la ovulación, altera el transporte espermático mediante el espesamiento del moco cervical. Posteriormente impide la fecundación e implantación por lo que no se debe administrar después de dicho suceso. Una de las acciones anticonceptivas del levonorgestrel es la inhibición de la secreción de gonadotropina de la glándula pituitaria anterior previniendo la ovulación y maduración del foliculo». (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la siguiente dirección electrónica <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/47894.htm>).

41 . Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos mostrados y autorizados en nuestro país como Anticonceptivos Orales de Emergencia, en todos los casos se hace referencia al denominado «tercer efecto», esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, previenen, interfieren o impiden la implantación.

42 . El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, aprobado por D.S., N.º 010-97-SA, en su artículo 49º modificado por D.S. N.º 020-2001-SA establece que «El prospecto o inserto que acompaña al producto farmacéutico deberá consignar, la siguiente información: a) Nombre del producto farmacéutico. b) denominación Común Internacional (DCI). En el caso de los productos medicinales homeopáticos se deberá consignar el nombre científico del recurso o recursos utilizados. c) Forma farmacéutica. d) Principios activos y excipientes (c.s.p.). e) Acción farmacológica. f) Indicaciones. g) Cuando corresponda,

deberá indicarse las interacciones con otros medicamentos y con alimentos, contraindicaciones, precauciones incompatibilidad, reacciones adversas, advertencias y tratamiento en caso de sobredosis. h) Dosis y vía de administración. Información sobre algunos excipientes cuyo conocimiento sea necesario para un correcto uso del producto.»

De acuerdo a las Identificaciones Estándar de Datos en Salud, aprobado por D.S. N.º 024-2005-SA, «Rotulado», se define como (ítem 20 del anexo): «Leyenda o escrito, inserto o prospecto que se imprime o adhiere en los envases del producto, se le adjunta o lo acompaña y que contiene la información técnica que obra en el registro sanitario del producto». En el mismo cuerpo legal se define (ítem 19) Registro Sanitario como «Procedimiento de aprobación por la autoridad sanitaria competente del Perú para la comercialización de un medicamento, una vez que el mismo ha pasado el proceso de evaluación. El registro debe establecer el uso específico del medicamento, las indicaciones y contraindicaciones para su empleo».

43 . Como se desprende de esta normativa, los insertos incluidos en los envases de los productos farmacéuticos en general, y obviamente en los que corresponden a Levonorgestrel en sus distintas presentaciones y marcas, no sólo se trata de informaciones que los propios fabricantes consignan sobre la base de sus investigaciones y experimentaciones con el producto que colocan al acceso del público. También, y esto es sumamente importante relevar, constituyen dichos insertos un pronunciamiento de las autoridades sanitarias peruanas, pues al momento de otorgar el Registro Sanitario a un medicamento, se está aprobando su comercialización «una vez pasado el proceso de evaluación» (evaluación que –se supone– es muy rigurosa, dada la naturaleza del producto y su uso en seres humanos, debiendo establecer dicho registro el uso específico del medicamento, las indicaciones y las contraindicaciones para su empleo.

44 . Aparece como contradictorio para este Colegiado que, al tiempo que el accionado Ministerio de Salud niegue cualquier efecto de los anticonceptivos orales de emergencia sobre el endometrio y la implantación, el mismo Ministerio de Salud reciba y previa evaluación apruebe registros sanitarios de dichos productos donde se expresa todo lo contrario.

7.2. Lo que dice la FDA

45 . A mayor abundamiento, es necesario referir lo que respecto a los anticonceptivos de emergencia y, específicamente del producto Plan B (una de las formas como se presenta el producto en los Estados Unidos), señala la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas FDA (<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafety%20InformationforPatientsandProviders/ucm109795.htm>).

a. 1. What is emergency contraception?

Emergency contraception is a method of preventing pregnancy to be used after a contraceptive fails or after unprotected sex. It is not for routine use. Drugs used for this purpose are called emergency contraceptive pills, post-

coital pills, or morning after pills. Emergency contraceptives contain the hormones estrogen and progestin (levonorgestrel), either separately or in combination. FDA has approved two products for prescription use for emergency contraception – Preven (approved in 1998) and Plan B (approved in 1999).

Su traducción sería : **¿Que es anticoncepción de emergencia?**

La anticoncepción de emergencia es un método de prevención de embarazo, a ser usado cuando un anticonceptivo falla o luego de sexo sin protección. No es de uso rutinario. Los medicamentos (drogas) usados para éste propósito, son llamadas píldoras (pastillas) anticonceptivas de emergencia, píldoras post coito o píldoras del día siguiente. Los anticonceptivos de emergencia contienen las hormonas estrógeno y progesterona, ya sea por separado o en combinación. La FDA ha aprobado dos productos para ser usados en caso de anticoncepción de emergencia : Preven y Plan B.

b. 2. What is Plan B?

Plan B is emergency contraception, a backup method to birth control. It is in the form of two levonorgestrel pills (0.75 mg in each pill) that are taken by mouth after unprotected sex. Levonorgestrel is a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. Plan B can reduce a woman's risk of pregnancy when taken as directed if she has had unprotected sex. Plan B contains only progestin, levonorgestrel, a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. It is currently available only by prescription.

Su traducción sería: **¿Qué es el Plan B?**

Plan B es anticoncepción de emergencia, un método backup de control de natalidad. Se administra en forma de dos pastillas de levonorgestrel que se toman por vía oral, luego de haber tenido sexo sin protección. Levonorgestrel es una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad (anticonceptivos) por más de 35 años. Plan B reduce el riesgo de la mujer de quedar embarazada, cuando es ingerido tan pronto haya tenido sexo sin protección. Plan B contiene sólo progestin, levonorgestrel, una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad por mas de 35 años. Regularmente, se puede conseguir bajo prescripción (médica).

c. 3. How does Plan B work?

Plan B works like other birth control pills to prevent pregnancy. Plan B acts primarily by stopping the release of an egg from the ovary (ovulation). It may prevent the union of sperm and egg (fertilization). If fertilization does occur, Plan B may prevent a fertilized egg from attaching to the womb (implantation). If a fertilized egg is implanted prior to taking Plan B, Plan B will not work. (resaltado y subrayado nuestro).

Su traducción sería: **¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?**

Plan B trabaja como cualquier otra píldora de control de natalidad, para prevenir el embarazo. Plan B actúa primeiramente, paralizando la liberación de un huevo (ovulo) del ovario. Puede impedir la unión entre el espermatozoide y el óvulo (fertilización). Si ocurriese la fertilización, Plan B puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el

útero (implantación). Si el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja.

46 . La misma Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas – FDA, también tiene registrado como anticonceptivo oral de emergencia al medicamento denominado Plan B One-Step fabricado por Gedeon Richter, Ltd., para Duramed Pharmaceuticals, Inc. http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2009/021998lbl.pdf) y replicado en la página web de promoción del producto (<http://www.planbonestep.com/pdf/PlanBOneStepFullProductInformation.pdf>), se indica claramente el efecto sobre la implantación por alteración del endometrio. prescribiendo: PLAN B ONE-STEP «CLINICAL PHARMACOLOGY 12.1 Mechanism of Action Emergency contraceptive pills are not effective if a woman is already pregnant. Plan B One-Step is believed to act as an emergency contraceptive principally by preventing ovulation or fertilization (by altering tubal transport of sperm and/or ova). In addition, it may inhibit implantation (by altering the endometrium). It is not effective once the process of implantation has begun».

Cuya traducción es: «Farmacología clínica. 12.1 Mecanismo de acción. Las píldoras de anticoncepción de emergencia no son efectivas si las mujeres se encuentran embarazadas. Plan B One-Step se cree que actúa como un anticonceptivo de emergencia principalmente evitando la ovulación o la fertilización (por alteración del transporte del esperma y óvulos). Adicionalmente, puede inhibir la implantación (por alteración del endometrio). No es efectiva una vez que el proceso de implantación ha comenzado». Es importante referir que el inserto del producto PLAN B aquí glosado, ha sido revisado en julio del 2009, según se consigna al pie del documento.

8. La necesidad de recurrir al principio precautorio en el caso concreto

47 . Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto a la denominada «Píldora del Día Siguiente» y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación principio precautorio. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre.

8.1. Principio precautorio

48 . El principio precautorio inicialmente creado para la protección del hábitat de animales y después en general para la protección de la ecología y el medio ambiente, ha pasado ya también a ser pauta o recurso para el análisis de actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio.

49 . Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por

no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.

50 . Respecto de este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que «b) El «principio precautorio» o también llamado «de precaución» o «de cautela» se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este» [STC N.º 3510-2003-PA]. Adicionalmente ha señalado en la misma sentencia que «c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones».

51 . Por lo expuesto, atendiendo a que, según lo evidenciado en autos, el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación; es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de definir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto.

52 . No obstante ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones del lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razona-

ble aludida, por lo menos hoy en día. Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del levonorgestrel para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.

8.2. Dilucidación de la controversia

53 . Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada «Píldora del Día Siguiente» afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada «Píldora del Día Siguiente», debe ser declarado fundado.

54 . Respecto al extremo de la demanda en el que se pide que una decisión del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, éste debe ser declarado infundado, pues de acuerdo a su configuración político constitucional, el Perú es un Estado que se sustenta, entre otros, en el principio de división, balance y control de poderes (artículo 43º de la Constitución), en los que el Poder estatal es ejercido de acuerdo a las funciones, atribuciones y competencias que la propia Constitución establece, con las consecuencias y responsabilidades propias de su función.

9. Algunas consideraciones en torno a la venta de la denominada «Píldora del Día Siguiente»

55 . Sobre la base de las consideraciones expuestas supra, se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo del Programa Nacional de Planificación Familiar del AOE. Sin embargo, este Colegiado estima necesario plantear algunas valoraciones sobre la venta y expendio del producto en farmacias privadas y establecimientos comerciales, no obstante no formar parte del petitorio de la demandante. Y ello porque los posibles efectos derivados de la libre comercialización desinformada de la AOE representan una amenaza concreta respecto de la cual no es posible permanecer indiferentes.

56 . Todos estos elementos de análisis no se afincan en el ámbito de un pretendido perfeccionismo moral ni en el de la tutela dispensada por un Estado paternalista. Los términos de por sí complejos de la controversia exigen que se tome posición; conviene subrayar por ello que frente al relativismo moral y ético de las sociedades actuales, la Constitución establece «un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana» [Robles, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. pp. 183 y ss.]. Este Colegiado está convencido de que este consenso mínimo se encuentra en la

afirmación de la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades.

57 . Dentro del espectro de garantías de la tutela de los consumidores, en lo que a materia del presente caso corresponde, se emitirá pronunciamiento sobre el manejo de la información sobre los productos (de importancia para la salud pública y para una adecuada toma de decisión de consumo).

58 . Así, en el fundamento 9 de la STC N.º 3315-2004-AA/TC, se ha interpretado que el artículo 65 de la Constitución se sustenta en un conjunto de principios, dentro de los cuales se encuentra el principio in dubio pro consumidor. El cual, en sí mismo, implica un mandato para los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado (entre ellos este supremo Tribunal) para que realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.

59 . De allí que si había duda sobre los efectos reflejada en los insertos del producto, ésta ha debido merecer, antes del otorgamiento del Registro Sanitario respectivo que autorizó su expendio en nuestro país, una evaluación y, a partir de allí, una aprobación por parte de las autoridades de Salud, conforme a lo previsto en la normativa del sector. Se exige por tanto la realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que se cuente con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras entidades u organismos. De lo contrario, los consumidores quedarán en situación de indefensión por una deficiencia del Estado en su deber de cautelar los productos que ingresan al mercado, atendiendo sobre todo a la importancia que tienen en la salud y la vida humana misma. A esta situación se añade la comercialización indiscriminada, que no se encuentra acompañada de la correspondiente prescripción, o del necesario control médico previo y posterior en los supuestos extraordinarios de su ingesta, o de la frecuencia de ella. Asimismo, se oferta como un método anticonceptivo, siendo que ni siquiera los sectores médicos más entusiastas pueden darle dicho carácter. Todo lo cual configura una situación de irregularidad inconstitucional.

60 . Por ello, este Colegiado considera que el presente caso permite revalorizar el status de consumidor no como el de ser sujeto pasivo de la economía que observa con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos y las entidades del Estado competentes desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatario fundamental de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del

Estado social y democrático de Derecho. Corresponde pues establecer límites fundamentados en la relevante posición que ocupa, lo que supone que no se puede permitir el acceso al mercado de productos cuyos efectos no se encuentran debidamente establecidos, por los riesgos inminentes que representa no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere.

61 .Entonces surge la interrogante sobre la legitimidad del Estado para intervenir de alguna manera frente a esta situación. El razonamiento económico alega que en los «mercados perfectos» se debe permitir a los compradores y vendedores interesados llevar a cabo sus transacciones comerciales sin interferencia del gobierno. Pero los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, por lo que varias consideraciones apoyan la necesidad de participación del gobierno. Uno de estos supuestos habilitantes es el desequilibrio de información, pues a entender de este Colegiado queda acreditado que las mujeres destinatarias, y a menudo los profesionales de la salud, tienen dificultades para tener información completa acerca de la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.

62 . En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada «Píldora del Día Siguiente».

Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada «Píldora del Día Siguiente» incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 29 de octubre de 2004 la ONG recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud, con la finalidad de que se abstenga i) de iniciar el programa de distribución de la denominada «Píldora del día siguiente» en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los que se pretenda su entrega gratuita, ii) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método Anticonceptivos Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República, puesto que con ello se vulnera el derecho a la vida del concebido.

2. Traído el proyecto a mi Despacho –proyecto con el que concuerdo– considero que es necesario realizar algunas precisiones en relación a un pronunciamiento anterior relacionado con la pretensión que se resuelve en autos.

3. En un caso anterior –Exp. N° 07435-2006-PC/TC– declaró fundada la demanda de cumplimiento y en consecuencia ordenó el cumplimiento de las resoluciones vigentes. En este caso la pretensión del actor estaba dirigida a que se dé cumplimiento a las resoluciones Ministeriales N° 0465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM, y se garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo.

4. En tal sentido, al haberse emitido dicho pronunciamiento que tendría relación con la pretensión que se nos presenta por medio del proceso de amparo, es necesario precisar las diferencias que existe entre el objeto del proceso de cumplimiento y el proceso de amparo. El primero persigue que un funcionario o autoridad pública renuente acate una norma legal o ejecute un acto administrativo, debiéndose evaluar en este caso sólo si el mandato cumple con los requisitos establecidos en la STC N° 0168-2005-PC/TC, es decir deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes tales como:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Este proceso constitucional tiene como principal finalidad la

defensa y la eficacia de las normas legales y actos administrativos. El segundo tiene como finalidad reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental conculcado, es decir, en este caso se analiza el fondo de la controversia para verificar si existe vulneración de algún derecho fundamental, actuando como defensor y protector de éstos. En tal sentido la labor del juez constitucional en uno y otro proceso es diferente, puesto que en uno sólo se verifica el cumplimiento obligatorio de un acto administrativo o norma legal, mientras que en el otro se evalúa y analiza la controversia buscando la plena protección del derecho fundamental.

5. Es por tal sentido que si bien declaramos fundada la demanda de cumplimiento, esto fue en atención a la naturaleza del proceso en el que la pretensión del demandante perseguía no la vuelta al estado anterior a la vulneración o amenaza de un derecho fundamental sino el cumplimiento de un acto administrativo –Resoluciones Ministeriales–, evaluándose solamente si el mandato del cual se exigía su cumplimiento cumplía los requisitos exigidos en la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En consecuencia no se podría señalar que realizamos un pronunciamiento fondal que pudiera contradecir nuestra actual posición, puesto que en el caso presente sí se ha evaluado plenamente si la distribución de la denominada «Píldora del Día siguiente» puede atentar contra un derecho fundamental de primer orden como es el derecho a la vida.

6. Por lo expuesto he considerado necesario realizar las precisiones de manera que se eviten confusiones y se tilde nuestro pronunciamiento como contrario a uno anterior.

7. Pero además quiero agregar que el Estado como ente encargado de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, no sólo debe encargarse de distribuir, por medio de los centros de salud, métodos anticonceptivos, que en muchos casos, por desconocimiento, pueden encontrarse al límite con otros derechos, como en este caso el derecho a la vida, sino que también debe realizar programas de difusión y educación sexual –conforme a políticas establecidas– en los centros educativos, universidades y otros entes, de manera que se pueda crear conciencia en la colectividad para llevarla a decisiones de responsabilidad con mejor conocimiento y libertad.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda de amparo.

SS.

VERGARA GOTELLI

FUNDAMENTO DE VOTO, MESÍA RAMÍREZ

En la sentencia recaída en el Exp. N.º 07435-2006-PC/TC, compartí la tesis del Tribunal Constitucional en el sentido que la llamada «Píldora del Día Siguiete» tenía efectos anticonceptivos. He cambiado de opinión. Un Tribunal de justicia puede decidir «problemas jurídicos» con apoyo en la ciencia si es que ésta se encuentra en capacidad de ofrecerle verdades indiscutibles e indubitables. Pero no es el caso de la llamada «Píldora del Día Siguiete» (en adelante, la PDS), toda vez que aún se observa en el ámbito de la embriología un arduo debate sobre si tiene, o no,

efectos abortivos.

1. El derecho no puede ni debe sustituir a la embriología ni los jueces tienen que resolver los problemas de los científicos, ya que se corre el riesgo de afirmar sin demostrar o de argumentar sin convencer. En otras palabras, la sola afirmación de que la píldora es anticonceptiva no la provee de contundencia apodíctica, en la medida que el debate científico sobre sus efectos no está cerrado, por lo menos para quien suscribe el presente fundamento de voto. Contrario sensu, si se declarara con el mismo tono fundamentalista que la PDS tiene efectos abortivos, tal aserto tampoco agotaría un debate que por sus connotaciones jurídicas, filosóficas y éticas más parece una aporía.

Lo dicho hasta aquí no significa que el derecho no pueda resolver el «formidable problema» que subyace en la presente litis. Afirmar lo contrario significaría despojar a la Constitución de su cualidad de norma omnicompreensiva y omnisapiente. No hay vacíos en el ordenamiento jurídico. La Constitución tiene respuesta a todas las incertidumbres que la realidad de los derechos humanos le pueda plantear. Incluso en aquellos casos en que no sea posible encontrar apoyo en la ciencia.

Desde esta perspectiva, aun cuando tengo dudas sobre los efectos de la PDS, considero que es necesario reafirmar mi posición en defensa de los derechos fundamentales de la mujer, tal como quedó expresado en los siguientes términos en mi fundamento de voto recaído en el Exp. N.º 07435-2006-PC/TC.

El derecho a recibir información

2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19º, ha establecido que toda persona tiene derecho a «investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión». Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su artículo 19.º, señala que la persona tiene derecho a «buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento». La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13.º, dice que toda persona tiene derecho a «buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

A este elenco de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, se suma el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos es el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6º de la Constitución. Pero es, al mismo tiempo, un auténtico principio constitucional, que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, y para que se asuma a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constitu-

ye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable.

Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito al libre desarrollo de la personalidad

3. Considero que el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo.

4. Por consiguiente, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo. Así lo tiene establecido la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 16º: «Todas las personas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (...)». Este es un asunto que principalmente le compete a ella y constituye el núcleo duro de su autonomía personal; es la manifestación excelsa de su dignidad humana y de su potencialidad para ser madre. De ahí que, como principio y como derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad, y, particularmente, el derecho a la autodeterminación reproductiva es un límite a la actuación del Estado, lo que comporta la interdicción de cualquier política normativa destinada a impedir la decisión sobre la elección del momento de ser madre.

Derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de la mujer

5. Constituye un derecho de la mujer, según el artículo 10º inciso h), de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, el «acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia». No cabe duda que la PDS puede jugar en materia de planificación familiar un papel importante. Incluso podría tratarse de una alternativa excepcional a tomarse en cuenta por las políticas públicas de salud, de cara a las obligaciones del Estado de impedir la muerte de mujeres pobres que se someten a prácticas abortivas en condiciones de insalubridad. Sin embargo, lo que puede ser bueno y oportuno desde las razones de la política, tiene que ser compatible con el techo ético de la Constitución. Es decir, como lo han dicho los jueces Brennan, Powell,

Marshall, Douglas, Stewart y Burger en el caso *Roe Vs. Wade* (1973) «nuestra tarea es resolver la cuestión desde criterios constitucionales al margen de las inclinaciones personales y las pasiones».

En este orden de ideas, soy consciente que la PDS puede servir para posibilitar un sistema de indicaciones a fin de evitar abortos traumáticos de la mujer o embarazos no deseados en los siguientes casos:

- a) Motivaciones terapéuticas o médicas; para evitar que el embarazo ocasione un grave daño para la vida o salud de la madre.
- b) Motivación criminológica; para evitar el embarazo por violación sexual.
- c) Motivaciones eugenésicas; cuando es probable que el concebido conlleve al nacimiento graves taras físicas.

6. En esa misma línea sigo pensando que la violación sexual constituye un trato cruel, inhumano y degradante, que atenta contra la integridad de la persona y vulnera no sólo la Constitución, sino también los distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 5.º prescribe: «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Contraviene, también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe que «nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

Ese es mi punto de vista. Pero creo que si la PDS es abortiva, su utilización como parte de la política estatal relacionada con la planificación familiar no debería estar permitida. Es más, en tal supuesto sería necesaria una profunda reforma constitucional, toda vez que la Constitución expresa con absoluta claridad su voluntad de que el Estado y la sociedad protejan la vida humana en todas las etapas de su desarrollo. A ese mandato no podemos oponernos los jueces, independientemente de la posición que tengamos en relación con el aborto y los efectos de la PDS.

7. Pero su prohibición como parte de una política general en caso de que sea abortiva no ha de suponer tampoco una interdicción absoluta, ya que el juez debe estar siempre en la posibilidad de evaluar caso por caso, proceso por proceso, las situaciones de extrema gravedad, en que ya no sea posible a la mujer exigirle un sacrificio de sus propios derechos fundamentales. Para ello no es necesaria ni siquiera la intervención del legislador. La solución puede obtenerse por la vía pretoriana.

La posición constitucional del concebido

8. El nasciturus, en el marco de la Constitución, posee dignidad humana y, por ende, es también titular de derechos. Nuestra Constitución –a diferencia de otros países– declara expresamente que el concebido es sujeto de derechos. Esta posición principista obliga a que se establezca un trato de igualdad entre el nasciturus y la mujer. Otorgarle al concebido el status de sujeto con derechos implica:

- a) Que el nasciturus no es para la Constitución un proyecto de vida o vida potencial. Es un sujeto con derechos.
- b) No es un bien jurídicamente protegido, sin derechos fundamentales, según el conocido pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España.

c) Nuestra Constitución no otorga a la mujer el derecho de abortar de un modo libre.

9. Pero si los derechos fundamentales de la persona no son absolutos, sino relativos, consecuentemente también lo son los del nasciturus. Constituye doctrina unánimemente aceptada que el ejercicio de los derechos puede estar sujeto a diversos límites:

- Los establecidos por la ley de acuerdo con mandatos constitucionales y con la finalidad de preservar otros derechos: (artículo 2º, inciso 5 de la Constitución, el derecho de acceso a la información pública, con excepción de la que afecta la intimidad personal y las que expresamente se excluyen por ley o por razones de seguridad).
- Los establecidos por la ley de acuerdo con mandatos constitucionales y con la finalidad de proteger algunos bienes constitucionalmente valiosos: (artículo 2º inciso 11, la libertad de tránsito puede limitarse por razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería; el derecho de reunión, artículo 2º inciso 12, por motivos probados de seguridad o sanidad pública).
- Los establecidos directamente por la propia Constitución: (artículo 34º, los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden elegir ni ser elegidos).

En este orden de ideas, es probable que en la «relación fáctica» los derechos del nasciturus entren en colisión con los derechos a la vida, a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada. En tales supuestos, la interrupción del embarazo puede estar permitido si su continuación representa para la mujer un grado tan extremo de sacrificio de sus derechos que no pueda esperarse más de ella (criterio de no exigibilidad de otra conducta).

Sin embargo, por la posición relevante que el nasciturus posee en nuestra Constitución, el determinar con criterios de generalidad la solución de los casos en que pueda producirse una colisión de derechos, no es tarea que les corresponda a los jueces o al legislador ordinario. Desde nuestro punto de vista, el constituyente es el único que puede autorizar al legislador la adopción de un sistema de indicaciones más allá del aborto terapéutico; sin perjuicio, claro está, de lo que expreso en el numeral siete del presente fundamento.

10. Pero si los efectos de la PDS son inciertos, entonces al Estado le corresponde salvaguardar al nasciturus siempre que sus derechos no entren en conflicto con los derechos de la madre. Y, aun en este hipotético caso, el aborto debe ser la última ratio. Para que esto sea factible es necesario la puesta en marcha de una política pública que permita – siempre bajo la decisión del juez – impedir hasta donde sea posible la interrupción del embarazo. Eso podría ser materializado si antes de una decisión de tal trascendencia la madre puede recibir por parte del Estado apoyo moral, consejo jurídico y ayuda psicológica, de manera que el nacimiento del niño no deseado se haga realidad. El Estado debe sentar las bases de una política que permita la adopción por padres responsables de los niños que son fruto de embarazos no deseados. O la instauración de instituciones públicas o privadas que tengan como expresa misión procurar viabilidad a los derechos de un niño

por nacer.

En la línea de salvaguarda de los derechos del nasciturus, que también obtiene protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la PDS no puede repartirse, porque es una regla de insoslayable cumplimiento estatal el principio «in dubio pro homine». En caso de duda hay que estar por el derecho de la persona y si se desconoce los efectos de la PDS, el Estado no debe incluirla entre sus políticas de planificación familiar en los establecimientos públicos.

Son estas las principales razones las que me llevan a declarar FUNDADA la demanda.

11. Sentado ello, las particulares razones de orden dogmático doctrinario por las que no comparto los fundamentos de la sentencia, pero sí su parte resolutive son las siguientes:

a. No comparto las interrogantes planteadas en el fundamento 7, toda vez que no han sido formuladas por la demandante como temas a dilucidar para resolver la pretensión planteada; y, en segundo término, porque el tema central de la controversia, en mi consideración, se centra únicamente en determinar si la PDS vulnera de forma flagrante el derecho a la vida por tener un efecto abortivo.

Además, porque algunas de las preguntas que se han planteado en el fundamento referido no encuentran respuesta en la fundamentación de la sentencia, como por ejemplo, ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano? Y ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?

b. El fundamento 13 me parece innecesario porque se apoya en doctrina respetable, pero solo se aboca a describir un hecho natural desde la perspectiva médica o genética, lo cual, obviamente, no aporta elementos de juicio objetivos para resolver la controversia planteada.

c. No comparto el fundamento 14, porque considero que la resolución del presente caso no plantea una discusión sobre qué teoría debe elegirse para determinar el inicio de la vida; el conflicto constitucional concreto exige determinar si la PDS vulnera de forma flagrante el derecho a la vida. Además, porque las teorías sobre el inicio de la vida planteadas en el fundamento referido lo que aportan son cuestiones relacionadas con la medicina o la genética, que en mi consideración no deben ser ponderadas para resolver la controversia planteada.

d. Las bases del fundamento 21 no son sólidas, debido a que sobre la base de una resolución ministerial se resuelve un tema médico como un hecho jurídico cierto; en otras palabras, señalar que la palabra «fecundación», al encontrarse reconocida en la resolución ministerial, supone que en nuestro ordenamiento se ha adoptado la teoría de la fecundación, implica adscribirse a una teoría médica, lo que, como he señalado, no resuelve el conflicto constitucional planteado.

e. No me parece razonable el fundamento 22, porque un Tribunal Constitucional no puede argumentar ni fundamentar sus decisiones haciendo referencia a diccionarios

jurídicos, por muy respetados y autorizados que sean los autores, como es el caso de Francisco García Calderón. En mi opinión, un Tribunal Constitucional debe tener como primera fuente de argumentación o fundamentación el texto mismo de la Constitución, o en todo caso los diarios de debate de la Constitución que plasman la razón, intención y pensamiento del constituyente, o su propia jurisprudencia o la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la de otros tribunales constitucionales.

f. Discrepo del fundamento 23, en la medida que las posiciones doctrinarias descritas son fundamentalistas y no resuelven el debate sobre el inicio de la vida, sino que lo soliviantan. Además, porque el inicio de la vida no es un tema que corresponda ser dilucidado por un juez, pues desde la perspectiva médica o genética aún es un hecho incierto.

g. Los fundamentos 24, 26, 27 y 28 son erráticos, en la medida que en la sentencia la interpretación institucional no ha sido utilizada para resolver la pretensión planteada, pues el aspecto sociológico no ha sido tomado en cuenta, y tampoco no se ha concretizado ninguna disposición de algún artículo de la Constitución.

Además, porque doctrinariamente considero que los principios interpretativos de unidad de la Constitución, de eficacia integradora y de concordancia práctica, no pueden ser atribuidos como únicos y exclusivos de la teoría institucional, debido a que tienen su origen en la teoría general de la interpretación jurídica, aunque son configurados por el Derecho Constitucional.

h. Los fundamentos 32 y 34 son contradictorios con el fundamento 47, ya que el principio citado en este último fundamento (principio precautorio) es el que parece servir de ratio decidendi, y no los principios pro homine y pro debilis.

Además, porque en el presente caso no existe un conflicto de disposiciones normativas para que pueda utilizarse el principio pro homine a fin de aplicar la interpretación más favorable al destinatario de la norma, sino un aparente silencio constitucional sobre el momento en que se inicia la vida. En todo caso, el principio de interpretación que debió aplicarse es el de favor libertatis, a fin de desplegar la mayor eficacia del derecho a la vida.

En sentido similar, considero que la aplicación del principio pro debilis es imprecisa, pues no señala quién es la parte más débil o la que se halla en inferioridad de condiciones y que la haga más vulnerable, ni quién es el adversario. En todo caso, debe tenerse presente que, bajo determinadas circunstancias, que le corresponden al juez dilucidar, la mujer puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad especial mayor a la del nasciturus.

i. No estoy de acuerdo con el fundamento 38, pues soy consciente de las limitaciones de un juez frente a las complejidades que aún no resuelve la medicina o la genética; por ello, no creo que al Tribunal Constitucional le competa determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana, pues ello es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, y cuya evaluación considero que no le corres-

ponde al Tribunal Constitucional en esta decisión.

Sr.
MESÍA RAMÍREZ

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS
LANDA ARROYO Y CALLE HAYEN**

Con el debido respeto por la opinión vertida por nuestros colegas magistrados, emitimos el siguiente voto singular, por cuanto no estamos de acuerdo con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría.

Con fecha 29 de Octubre del 2004, la ONG «Acción de Lucha Anticorrupción» interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga a) de iniciar el programa de distribución de la denominada «Píldora del Día siguiente» en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada «Píldora del día siguiente», por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida, proceder que sin embargo, resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se esta propiciando con el citado programa abortivo. Lo sorprendente es que para tratar de legitimar su proceder la Ministra argumenta que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud, responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aún a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, caducidad y falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda, solicita que la misma sea declarada improce-

dente y/o infundada fundamentalmente por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N° 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel, encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico. Culminadas las labores de la misma dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

A raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N° 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las «Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva» que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo. Agrega asimismo que mediante Resolución Defensorial N° 040-2003-DP del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N° 78 «Anticoncepción Oral de Emergencia» en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

El tal sentido, el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación; lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005, el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el «tercer efecto» del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada. En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de Amicus Curiae diversas entidades y organizaciones:

j) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N° 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N° 040-2003/DP del 19 de Diciembre del 2003 concluye que los mecanismos de acción

del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo tanto solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.

k) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 06 de Diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.

l) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud) quien mediante escrito del 14 de Marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado, un asunto de salud pública, en tanto que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres, contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.

m) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Por lo demás, la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, solo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.

n) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) quienes mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.

o) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALFA) quien mediante escrito del 20 de Julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre

que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.

p) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.

q) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.

r) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del ovulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción. Por otra parte y de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de Noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en cuanto al extremo en que se declara fundada la demanda, por lo que reformándola la declara fundada en parte, pero solo en cuanto se refiere a una vulneración sobre el derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva, no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por lo demás se declaran infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señalaba que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia, carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1) Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que el Ministerio de Salud se abstenga de: a) iniciar el programa de distribución de la denominada «Píldora del Día siguiente» en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

2) La controversia se centra en la constitucionalidad o no del denominado «Anticonceptivo Oral de Emergencia» (AOE en adelante) y a la prohibición o no que el Estado ha de asumir frente al mismo. Estos aspectos se explicitan en lo siguiente: a) La protección del Estado al derecho a la

vida, sus contenidos y sus eventuales límites, b) La posición constitucional del concebido en el ordenamiento jurídico peruano y la determinación del proceso de la concepción, c) El Estado Social de Derecho, la política nacional de población, la planificación familiar y el uso de métodos anticonceptivos, d) El Anticonceptivo Oral de Emergencia. Utilización y efectos o incidencias en su administración gratuita.

Legitimación Procesal

3) De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y al margen de que la sede judicial se haya pronunciado sobre las excepciones en su momento deducidas por la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, consideramos necesario puntualizar, particularmente por lo que respecta a la condición procesal de la demandante, que esta última tiene plena legitimidad para plantear el presente proceso constitucional, habida cuenta de los alcances de la pretensión planteada que, al margen de que pueda o no resultar legítima, incide sobre el derecho fundamental a la vida, que no sólo puede ser invocado a título subjetivo sino que tiene el carácter de un valor objetivo o de trascendencia general que, como tal, puede ser reclamado en forma totalmente abierta y no restringida, como lo pretende la demandada.

El Derecho a la Vida. Sus contenidos formal y material y sus eventuales límites.

4) La vida de un ser humano constituye el presupuesto indispensable para que el Estado lo reconozca como persona, según se puede inferir del artículo 1º de la Constitución. Su reconocimiento es el fundamento del goce y ejercicio de su dignidad y demás derechos fundamentales, constituyéndose en fines esenciales del Estado, la sociedad, así como, también, de la economía y la naturaleza. Motivo por el que el ordenamiento jurídico y, en particular, el ordenamiento constitucional, le prestan atención preferente.

5) Desde que el Estado reconoce la vida en dignidad como un derecho natural, se impone delimitar sus contenidos o alcances. La vida digna se constituye a través de la existencia somática y psíquica del ser humano, la cual es la base del proyecto de vida, que se expresa en la autonomía y libertad de cada individuo que lo hace único e irrepetible.

6) El derecho a una vida digna procura la integración y el desarrollo humano en una doble dimensión: una dimensión existencial en la que la vida tiene un reconocimiento y protección progresiva, en tanto impone la presencia de garantías para preservar su existencia; y una dimensión social en la que la vida requiere satisfacer necesidades básicas compatibles con el desarrollo humano.

7) El que la regla general sea la defensa y desarrollo de la vida en dignidad no significa que ésta se produce en abstracto, sino de forma concreta y cotidiana. Así, puede existir y de hecho existen circunstancias en las que tal derecho puede verse afectado o limitado de manera natural, accidental o criminal, donde el Estado regula, proscribire, procesa y sanciona a los responsables, de conformidad con la ley.

8) Importa entonces considerar que la Constitución de 1993 ha regulado el derecho fundamental a la vida digna, garantizándola; pero, poniéndolo en cada caso, en concordancia directa con otros derechos fundamentales, así como, valores y principios constitucionales. Sólo así será posible dar una respuesta, lo más razonable posible, a eventuales circunstancias conflictivas no deseadas, pero existentes, sea que involucren la vida de la persona humana o del concebido.

La posición jurídica del concebido en el ordenamiento jurídico peruano y la determinación del momento de la concepción.

9) El mensaje que la Constitución incorpora al reconocer el derecho fundamental a la vida se dirige a considerar que dicho atributo se refiere tanto a la persona humana como sujeto de derecho individualizado a partir de su nacimiento, como el reconocimiento constitucional de la existencia del concebido, en cuanto sujeto de derecho que está por nacer. El Artículo 2º, inciso 1) de nuestra norma fundamental es concluyente al respecto al reconocer no solo que «Toda persona tiene derecho: ...A la vida» sino que «El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».

10) Por otra parte y en concordancia con la directriz establecida en la Disposición Final Cuarta de nuestra norma fundamental («Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú»), cabe añadir, que el Artículo 4º, inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica ha previsto no solo que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida» sino que «Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción».

11) A nivel infraconstitucional, son diversas las normas que se pronuncian sobre el tema. De todas ellas merecen destacarse, por su adecuado enfoque y por su correcto manejo de los términos: a) El Código Civil de 1984, cuyo Artículo 1º reconoce que «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento» que «La vida humana comienza con la concepción» y que «El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece»; b) El Decreto Legislativo 346 o Ley de Política Nacional de Población del 06 de Julio de 1985, cuyo Título Preliminar, Artículo IV, inciso I establece que «La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: A la Vida» y que «El concebido es sujeto de derecho desde la concepción»; o c) La Ley General de Salud del 20 de Julio de 1997 (Ley Nº 26842), cuyo Título Preliminar, Artículo III, prevé que «Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...» así como que «El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud».

12) De las glosadas disposiciones constitucionales y legales, se aprecia, que el Estado está obligado a proteger la vida en cuanto atributo le corresponde, tanto sobre la condición de la persona ya nacida, como sobre la condición

del sujeto de derecho que está por nacer (claro está, con sus evidentes alcances y correspondientes límites), pero, no se infiere de dicho bloque constitucional que el ordenamiento haya definido en sí mismo el instante preciso en que acontece la concepción.

13) Debates científicos de larga data han intentado dar respuesta al tema, optando por diversas posiciones o teorías, de las cuales dos son las más difundidas a) La Fecundación y b) La Anidación.

Para la Teoría de la Fecundación, la vida se inicia en el instante posterior a la relación coital en que el espermatozoide (en cuanto elemento masculino) penetra en el óvulo (en cuanto elemento femenino). A partir del momento en que quedan fusionadas ambas células se configura una unidad autónoma y totalmente distinta (cigoto) capaz de desarrollarse por sí misma, en tanto las condiciones que le ofrece la naturaleza sean las óptimas o adecuadas. Si por consiguiente, se trata de delimitar el inicio de la concepción, el referente no sería otro que la fecundación, ya que lo que viene después, simplemente es su desarrollo.

Para la Teoría de la Anidación, en cambio, la fecundación es importante, pero no determinante del inicio de la concepción, pues el cigoto necesita no solo desarrollarse durante un periodo determinado de días (aproximadamente siete) sino que requerirá obligatoriamente implantarse (anidarse) en la capa interna del útero (el endometrio) que es donde recién podrá gozar de las condiciones necesarias que hagan plenamente viable un embarazo. Durante la fase en que el cigoto aún no se encuentra anidado no se puede asegurar la existencia del embarazo ya que no se han dado las condiciones naturales para ello; prueba de lo señalado, es que muchos de los óvulos fecundados (casi el 60%), nunca llegan a implantarse y se pierden antes de la ovulación sin que la propia persona se percate de ello. La determinación del inicio de la concepción y, en consecuencia, de la subjetividad de la protección constitucional en todo cuanto le favorezca, no es entonces algo que dependa de la fecundación, sino de la anidación, incluso con límites. Esto en la medida que la misma ciencia ha determinado que parte de los óvulos fecundados que logran implantarse, tampoco aseguran su existencia y desarrollo por diversos motivos naturales.

14) El Tribunal Constitucional a nuestro entender, no debe pretender solucionar debates científicos ni mucho menos definir lo que solo las especialidades respectivas están llamadas a dilucidar y responder; pero sí es su responsabilidad ser el intérprete constitucional, con el auxilio que cada ciencia o disciplina le proporciona en cada caso, en el espacio y tiempo pertinente. Naturalmente y para tal efecto la ciencia jurídica deberá sustentar sus posiciones de acuerdo con fundamentos que resulten razonables (justos o compatibles con el sentido común) lo que supone por correlato, la exclusión de posturas que resulten típicamente decisionistas o de argumentos carentes de un mínimo o elemental respaldo. El derecho, en suma, no va a definir lo que es propio de las otras ciencias, pero sí puede tener en cuenta todas aquellas respuestas suficientemente sustentadas que le ofrecen estas.

15) Al respecto cabe señalar que la Organización Mundial

de la Salud (OMS), quien en su condición de organismo internacional de las Naciones Unidas, especializado en la materia, se ha orientado hacia la teoría de la anidación al considerar que el embarazo sólo comienza cuando se completa la implantación y por tanto hay aborto cuando se interrumpe el embarazo; a esta postura, por lo demás, se han sumado otras entidades especializadas como el Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología y en nuestro medio, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, sin perjuicio de haber sido también recogida por instituciones autorizadas en la temática de los derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo (Cfr. La Anticoncepción Oral de Emergencia. Informe Defensorial N° 78, Defensoría del Pueblo, Lima Junio del 2004, Págs. 30-32)

16) Adicionalmente a lo expuesto es de considerar, por ser especialmente significativo en el plano jurídico, que en el ámbito del derecho penal, escenario donde como bien se sabe, se protege de manera intensa los bienes jurídicos esenciales la determinación de la existencia del delito de aborto, toma como referencia directa el inicio de la gestación. Los artículos 115°, 118°, 119° y 120° del Código Penal no dejan dudas al respecto, al referirse en todos estos casos, a la «gestante» al «embarazo», o simplemente a la «embarazada». No existe a nivel de la jurisprudencia penal, un solo caso en el que se haya sancionado a una persona por el citado delito, sin que exista constancia o acreditación a ciencia cierta, del estado de embarazo, gestación o concepción.

17) No obstante, con las afirmaciones precedentes, es de absoluta relevancia puntualizar que no estamos afirmando que el estatus de un embrión fecundado pero no anidado no se encuentre ligado a un tema concerniente con la vida y tampoco estamos tomando posición respecto al debate de la ciencia respecto de las teorías del inicio de la concepción. Sin embargo, atendiendo a la relevancia de la materia, es que consideramos necesario recomendar que el Estado, a través de sus órganos competentes, estime debatir una legislación que responda al tratamiento que el derecho debe dar al embrión antes de su anidación.

Por lo pronto se encuentran vigentes el Código de los niños y adolescentes (Ley 27337); la Ley General de Salud (Ley 26842 y el Reglamento de Ensayos Clínicos aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2006-SA que establecen la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación; la Resolución Ministerial N° 373-2008-TRA dictada en el marco de la Ley 28048 que aprueba el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que generan riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los períodos en los que afecta el embarazo; el listado de actividades, procesos, operaciones o labores, equipos o productos de alto riesgo; y, los lineamientos para que las empresas puedan realizar la evaluación de sus riesgos; el Decreto Supremo N° 009-97-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica en el marco del Decreto Ley N° 21875, Ley Orgánica del Instituto Peruano de Energía Nuclear-IPEN (en especial su artículo 39° que dispone

que «Se evitarán los procedimientos de diagnóstico o de terapia que ocasionen exposición en el abdomen de una mujer embarazada o probablemente embarazada, a menos que existan fuertes indicaciones clínicas, en cuyo caso se deben tomar todas las medidas de protección para reducir las dosis al embrión o feto»)

El Estado Social de Derecho, la política nacional de población, los derechos reproductivos y el uso de métodos anticonceptivos.

18) El Estado Social de Derecho, como lo ha precisado nuestro Colegiado en más de una oportunidad, es el modelo por el que opta el ordenamiento constitucional peruano. Por tal modelo de Estado, los roles abstencionistas típicos del constitucionalismo liberal, se ven integrados y más aún, redimensionados, por la asunción de deberes y obligaciones positivos o prestacionales, estos últimos, legitimados sobre la base de objetivos sociales plenamente reconocidos en nuestro ordenamiento. De acuerdo con estos últimos, el Estado no se limita a ser un garante de las libertades, sino un propulsor de derechos. Su misión, antes que vigilante es promotora, especialmente sobre aquellos derechos cuya realización requiera de condiciones materiales para su plena efectividad.

19) Aunque los niveles de actuación que pueda tener un Estado Social, no son iguales en todos los casos, dependiendo ello de la naturaleza de los derechos eventualmente involucrados y por sobre todo, de un adecuado equilibrio entre estos y los objetivos o finalidades que la Constitución proclama, queda claro que en ninguna circunstancia se puede objetar, la necesidad de legitimar conductas positivas y de establecer políticas estatales que las sustenten.

20) En el contexto descrito, cuando el Artículo 6º, primer párrafo, de nuestra Constitución Política proclama que «La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables» que «Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir» y que «...el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud», lo que está queriéndose indicar es que con independencia de la libre voluntad de procreación que tienen las personas y las familias, es necesario fomentar una cultura de responsabilidad en las mismas que resulte compatible con el equilibrio demográfico del país. A tales efectos la política nacional de población, no solo se limita a trazarse como una estrategia de acción, sino que comprende aspectos educativos, informativos y materiales que sin afectar derechos esenciales como la vida o la salud, permita consolidar los objetivos de responsabilidad en el rol de las personas.

21) En rigor, son esencialmente dos los mensajes centrales que encierra el citado dispositivo, y que aún cuando se encuentran intervencionalmente entre sí, vale la pena, analizarlos por separado.

22) La Política Nacional de Población, es un tema de libre opción del legislador y del ejecutivo pero dentro del marco de la Constitución. Sin embargo, también debe tener en cuenta las falencias económico-sociales que nos acompa-

ñan y de la incidencia de las mismas sobre la población (especialmente sobre aquella con menores recursos). Es necesario el diseño de una estrategia que permita la superación de situaciones como las descritas en forma paralela al crecimiento o desarrollo del país. En tales circunstancias, el equilibrio demográfico no es una meta que pueda considerarse cuestionable, sino una manera de asegurar el disfrute de condiciones por parte de todos los peruanos haciendo viable el concepto de una auténtica vida digna.

23) Ahora bien, el equilibrio demográfico en el contexto de un Estado no solo social, sino y por sobre todo, Democrático, no puede de ninguna manera suponer imposiciones o intromisiones en la esfera autodeterminativa del individuo, sino fórmulas inteligentes y por demás legítimas de cara a los valores y bienes constitucionales. La Constitución, se esfuerza en ello y por lo mismo predica que la manera de entender como legítima la actuación del Estado frente a la sociedad es a través de la paternidad y maternidad responsables, concepto este último que como ya se ha adelantado busca generar, dentro del mas irrestricto respeto por la libertad y autonomía personal, un clima de responsabilidad o toma de conciencia en las familias o personas que decidan procrear.

24) Correlato en la existencia de la citada política nacional de población, es sin embargo y como ya se ha visto, el reconocimiento del derecho que tienen las familias y personas de decidir el número de hijos que desean tener. Se ingresa así al escenario de los llamados derechos reproductivos, que permiten, entre otras cosas, reivindicar la libertad responsable para disponer sobre la propia capacidad reproductiva (como, cuándo y cuántos hijos tener), a optar por el método de control anticonceptivo legal que resulte de preferencia, y al de gozar de la información y los medios necesarios destinados a dicho cometido.

25) Los llamados derechos reproductivos no son absolutos, sino relativos; en la medida que tienen una doble naturaleza, son derechos subjetivos en cuanto la decisión sobre su puesta en ejercicio no requiere ningún tipo de intervención que no sea la estrictamente personal, y son al mismo tiempo objetivos, en tanto su plena realización sólo se consigue en el marco de las regulaciones jurídicas proporcionadas desde el Estado, particularmente de aquellas normas prohibitivas, como permisivas. Dentro de estas últimas, las que garantizan la información y el acceso a métodos o fórmulas que permitan hacer viable la autodeterminación reproductiva, sea en un sentido positivo (voluntad de procrear) sea en un sentido negativo (voluntad de no procrear).

26) En el contexto descrito es donde cobra especial protagonismo la presencia de métodos anticonceptivos como fórmulas de control de la natalidad. Para nadie es un secreto que si lo que se busca es garantizar la paternidad y maternidad responsables son diversas y muy variadas las fórmulas tendientes a lograr dicho cometido; ellas pueden inspirarse en técnicas propiamente naturales (abstención, control temporal, etc.), como también en fórmulas artificiales, creadas ex profeso para dicho propósito (instrumentos, sustancias o medicamentos anticonceptivos). Como es evidente, en el acceso a los citados métodos adquiere un papel gravitante el Estado, sea para informar adecua-

damente de su existencia y alcances, sea para garantizar su disponibilidad a las personas interesadas, principalmente, a aquellas con menores o más escasos recursos.

27) Respetando la libertad de creencias y los enjuiciamientos que algunos sectores han formulado sobre los métodos anticonceptivos de tipo artificial, consideramos viable su utilización en tanto cumpla con los estándares médicos de calidad, eficiencia, seguridad e información. Igualmente consideramos legítimos los llamados métodos naturales. El sustento constitucional de tal premisa es pues y como ya se ha visto, el fomento de una adecuada como necesaria paternidad y maternidad responsables.

El Anticonceptivo Oral de Emergencia. Utilización y efectos o incidencias en su administración.

28) El llamado Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE), en el escenario descrito, se encuentra referido a «determinados métodos usados por las mujeres después de pocas horas o pocos días de haber tenido una relación sexual sin protección, con la finalidad de prevenir el embarazo», definición esta última que ha sido adoptada por el Consorcio para la Anticoncepción de Emergencia y que se encuentra integrado por más de 25 organizaciones internacionales e instituciones no gubernamentales y gubernamentales que vienen trabajando en el campo de la salud, educación y derechos sexuales y reproductivos, encontrándose integrado al mismo, la propia Organización Mundial de la Salud

29) Existe uniformidad de criterio en estimar que la razón por la que se hace legítimo contar con la existencia de los AOE radica en el hecho de prevenir, urgentemente, embarazos no deseados. Determinar en todo caso, las motivaciones por las que se opta por tal decisión, puede responder a diversas circunstancias que a nuestro juicio dependen de la estricta autonomía personal. A diferencia de la polémica que suele suscitarse cuando se trata de la interrupción voluntaria del embarazo (es decir, del proceso de concepción ya iniciado) donde la determinación de las motivaciones que lo acompañan, puede resultar y de hecho resulta un asunto gravitante a considerar, no ocurre lo mismo, cuando se trata de prevenirlo. En tal contexto es solo la persona o, desde una perspectiva más amplia, la pareja, la que decide en total e irrestricta autonomía.

30) Se acepta a nivel internacional la existencia de dos formas de Anticonceptivos de Emergencia. Unos son de tipo hormonal y otros de tipo no hormonal. Los de tipo hormonal se aplican a través de dos posibles planes o métodos: el método Yuzpe que supone la ingesta de una combinación de estrógenos (etinil estradiol) y progestágenos (levonorgestrel, norgestrel, gestodeno o desogestrel) o la ingesta de sólo progestágenos. Entre los anticonceptivos de emergencia no hormonales, encontramos a los dispositivos intrauterinos post coitales o también a la denominada Píldora RU 486. Es pertinente precisar que no todos los anticonceptivos considerados de emergencia, son los autorizados en nuestro país como parte de los programas de planificación familiar, sino específicamente los de tipo hormonal.

31) De acuerdo con la información científica de la que se

dispone, existe consenso en señalar que es el anticonceptivo de emergencia no hormonal conocido como Píldora RU 486, el que puede considerarse como de efectos típicamente abortivos; sin embargo también es conveniente anticipar que no es sobre éste último que se realiza el presente análisis, toda vez que, como ya se anticipó, se encuentra totalmente excluido de los programas de planificación familiar existentes en nuestro país.

32) Tomando en cuenta que el presente análisis se circunscribe a los anticonceptivos de emergencia de carácter oral, que si han sido autorizados en los programas de planificación familiar existentes en el Perú, debe precisarse, en primer término, que si se examina sus diversos componentes, es perfectamente posible acreditar que estos últimos son, en la práctica, los mismos que conforman los anticonceptivos de uso normal, con la única variante que son administrados en dosis mayores y en forma posterior a la relación sexual; en otras palabras, la ingesta de anticonceptivos de uso normal en dosis mayores (por ejemplo 0.75mg en dos tomas sucesivas de levonogestrel) y luego de la relación sexual tendrá el mismo efecto que los AOE.

33) Si se trata en consecuencia de precisar la ubicación de los AOE, en el ámbito de la política de control de la natalidad, una primera conclusión, sería entonces la de considerarlos como métodos de anticoncepción absolutamente regulares.

34) Determinar sin embargo los efectos o incidencias de los AOE, es lo que a pesar de todo y por largo rato ha estado en el centro del debate. La comunidad científica, en un principio, ha venido considerando uniformemente que son dos los efectos o incidencias de los mismos a) Un efecto sobre el proceso de ovulación, el mismo que es inhibido o retrasado, y b) Un efecto sobre el proceso de migración espermática, el que se ve interrumpido o dificultado al volverse inusualmente espeso el moco cervical. En uno u otro caso no existiría mayor observación, desde que incidencias como las descritas, son típicas de todo método anticonceptivo y no tienen nada de irregulares, tanto más si se producen en el período anterior a la fecundación.

35) Posteriormente se ha mencionado la existencia de un tercer efecto, que al incidir directamente sobre el endometrio o capa interna del útero, podría alterar el proceso de implantación del embrión y por tanto podría resultar abortivo. Sobre el particular la comunidad científica acepta que junto con los dos efectos antes descritos, también se podrían producir determinadas alteraciones sobre el endometrio. Sobre esta base, consideramos que el punto central del debate consistiría entonces en determinar, si las aceptadas alteraciones endometriales, por muy leves que resulten, serían tan gravitantes como para provocar una afectación decisiva en la existencia del cigoto, sea para impedir o inhibir su anidación, sea para fomentar su desprendimiento. Sin embargo, el ingreso a este debate sólo se puede dilucidar con el apoyo de la ciencia acudiendo a sus postulados relevantes y consistentes en el actual espacio y tiempo.

36) La respuesta, de acuerdo con la información de la que se dispone, no permite considerar como válidas las obser-

vaciones formuladas al uso de los AOE. En primer lugar, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno, por lo menos a instancias del fármaco. Basta con revisar la posología del cualquier AOE para acreditarlo (inclusive la demandante ha acompañado una de estas posologías a fojas 610-A, en la que se deja claramente establecida esta consideración). En segundo lugar, consideramos, atendiendo a la posible afectación del derecho a la vida o, en todo caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido constituido por la vida del embrión contenido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, que es pertinente pronunciarse respecto de si la inhibición de su implantación implica la afectación del derecho-bien a la vida humana; No obstante, acudiendo nuevamente al estado actual de la ciencia debe verificarse si este efecto se encuentra presente o si se han despertado dudas razonables de su existencia.

Al respecto es importante referir que si bien en un comienzo no estaba acreditado el nivel de incidencia que los AOE generaban sobre el endometrio y por tanto había quienes señalaban una eventual consecuencia en el proceso de anidación o implantación —como lo advirtió la propia Organización Mundial de la Salud al referirse a los estudios realizados con relación al método Yuzpe pero en condiciones de aplicación regulares post coitales, es decir no en situaciones de emergencia, y con dosis mayores y no controladas como las que se postulan en la actualidad— al afirmarse que «No se ha establecido claramente el mecanismo de acción de las píldoras anticonceptivas de emergencia. Varios estudios indican que pueden inhibir o retrasar la ovulación. También se ha pensado que pueden impedir la implantación, alterando el endometrio. Sin embargo, las pruebas de estos efectos endometriales son confusas y no se sabe si las alteraciones del endometrio observadas en algunos estudios bastan para impedir la implantación. Es posible también que impidan la fecundación el transporte de los espermatozoides o los óvulos, pero no hay datos sobre esos posibles mecanismos. Las píldoras anticonceptivas de emergencia no interrumpen el embarazo, por lo que no constituyen en absoluto un tratamiento abortivo» (Cfr. Publicación de la OMS de 1999: «Anticoncepción de Emergencia: Guía para la Prestación de Servicios (WHO/FRH/FPP/98.19)).

Sin embargo, luego de varios estudios que profundizaron en la investigación de los efectos del AOE el Programa Especial de Investigación, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana (HRP) concluye que «Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel, previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto» (ver Boletín de la HRP de octubre de 2005). Ahora bien, el HRP es el Programa Especial PNUD/UNFPA/OMS/BANCO MUNDIAL de Investigaciones, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana creado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1972 y desde esa fecha, reúne a planificadores de políticas, científicos,

prestadores de servicios de salud, clínicos, consumidores y representantes de la comunidad con el fin de identificar las prioridades en materia de salud sexual y reproductiva y de encontrar soluciones sostenibles. El HRP es el único órgano del sistema de las Naciones Unidas que tiene el mandato mundial de dirigir investigaciones en materia de reproducción humana, función sancionada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial (Cfr. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/hrp_brochure_sp.pdf)

37) Al respecto, resulta muy ilustrativo constatar lo que Gedeon Richter Ltd., fabricante del producto cuestionado y citado por la propia demandante como fuente de respaldo a la existencia del tercer efecto (fojas 610-A, escrito de fojas 617 a 620), menciona expresamente: «...los resultados de estudios recientemente publicados demuestran que el endometrio permanece intacto y que no se produce ninguna alteración en la receptividad endometrial después de tomar 0.75 mg de levonorgestrel. Los resultados de otros estudios mostraron cambios en factores que probablemente solo juegan un rol en la receptividad endometrial. En un estudio se observó la alteración de la superficie endometrial únicamente cuando se ingirió intencionalmente altas dosis de levonorgestrel, a saber 3 mg del esteroide. Sin embargo, es poco probable que se detecte estos cambios cuando se administra la dosis recomendada». Por lo demás «También se sabe que el levonorgestrel no es eficaz una vez que comienza el proceso de implantación» (Fojas 211 a 213 de los autos). Dilucidación de la Controversia.

38) Como ya se ha señalado, la demandante sostiene que el uso de los AOE resulta abortivo y por tanto contrario al derecho a la vida del concebido. En tales circunstancias solicita que el Estado, a través de sus entidades competentes no lo distribuya gratuitamente así como que tampoco se distribuya bajo la forma de etiquetas promocionales. Asimismo señala que el Poder Ejecutivo no podrá aprobar ningún proyecto bajo la forma de Método AOE, sin previa consulta del Congreso de la República.

39) Con relación al alegado efecto abortivo del AOE consideramos, conforme los Fundamentos 14, 36, y 37 de la presente Sentencia que, en primer lugar, de acuerdo al estado actual de la ciencia y atendiendo al presente espacio y tiempo, se ha probado que el AOE no solo no es abortivo pues no produce el desprendimiento del embrión anidado sino que además no afecta al embrión pues los efectos comprobados teniendo en cuenta la dosis apropiada y la frecuencia de su uso solo tiene efectos antiovlulatorios y antifecundatorios; y, en segundo lugar, no ha sido probada la inconstitucionalidad de su distribución con información actualizada. Por lo demás, somos concientes que lo que pretende la demandante es paralizar una medida de política de salud reproductiva cuya ejecución ya fue valorada y decidida en anterior oportunidad. En efecto, consta de la Sentencia emitida en el Expediente N° 7435-2006-PC/TC (Caso: Susana Chávez Alvarado y otras) que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor del cumplimiento de determinadas Resolu-

ciones Ministeriales que precisamente disponían la provisión y la información sobre los AOE en todas las entidades de salud a cargo del Estado. En aquella oportunidad, el Colegiado, señaló que el Ministerio de Salud debía poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos. Igualmente, dispuso que el Ministerio de Salud debía poner a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos, así como los métodos naturales.

40) En relación al extremo de la demanda en el que se pide que un acto administrativo del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, consideramos inaceptable tal propuesta. La razón por la que existen Ministerios en el Poder Ejecutivo, es justamente para diseñar y ejecutar medidas legislativas propias de su campo. Si todos los actos de la administración y los actos administrativos propios de un Ministerio, se sometieran a una preliminar consulta o aprobación por parte del Congreso quebraría el principio constitucional de la división de poderes. En el presente caso, la materia discutida tiene que ver con un tema de la ejecución de la política de salud reproductiva y por consiguiente resulta plenamente constitucional la actuación del Poder Ejecutivo a través del sector correspondiente. Naturalmente lo dicho en nada descarta o imposibilita el que a posteriori y en la lógica de regular un tema tan relevante como el presente, el Congreso pueda intervenir por vía de sus competencias fiscalizadoras.

Consideración Especial. El AOE como fórmula para evitar la discriminación.

41) Un aspecto adicional a tomar en consideración y que en el presente caso merece especial referencia, es el que se refiere a la discriminación que podría generarse de haberse optado por acoger la demanda. Como es bien sabido, la venta y uso del AOE se encuentra plenamente garantizado por el Ministerio de Salud en tanto que sus componentes no se encuentran prohibidos ni dañan la salud de las mujeres; ello equivale a sostener que quien goza de recursos económicos, y cuenta con la autorización médica respectiva, y no requiere de la atención de los centros de salud estatales, no tiene ni tendrá jamás impedimento alguno para su adquisición en las farmacias y su uso extraordinario.

42) Lo que sin embargo objeta la parte demandante es que sea el Estado el que a través de su política de salud establezca programas de distribución gratuita del AOE. Estos últimos como es bien sabido, no están diseñados para quienes cuentan con recursos económicos y no necesitan por tanto medidas estatales de tipo prestacional. El diseño de los programas estatales de salud reproductiva, en realidad y sin perjuicio de su carácter universal, está diseñado preferentemente para los sectores poblacionales más necesitados; es decir, aquellos que no cuentan con recursos económicos y aquellos que tienen escasa educación. En tales circunstancias, resulta contradictorio, por decir lo menos, que la parte demandante pretenda que la única manera de poder acceder a los AOE sea contando con recursos económicos que demandan la asistencia médicas

o de otro tipo privadas y la compra de píldoras anticonceptivas en las farmacias privadas y esté vedado para aquellos que por imposibilidad de contar con los recursos económicos o que no estén adecuadamente instruidos puedan ejercitar de manera libre e informada su derecho a escoger el método anticonceptivo de su elección.

Esta posibilidad no es aceptable en el Estado Constitucional, por el evidente contenido intrínseco discriminatorio de la propuesta, pues el Estado tiene el deber de actuar en su propósito de promover y permitir el ejercicio de los derechos fundamentales para aquellos que por las circunstancias fácticas de pobreza educacional o material se encuentran marginados y que, en el Perú, representan un considerable porcentaje de la población, así, para el 2008, la incidencia de la pobreza total es del 36,2 % y la incidencia de la pobreza extrema es del 12,6 % (cfr. con los datos estadísticos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática; Perú en cifras: Indicadores de pobreza en <http://www.inei.gob.pe/>); de otro lado, no cabe duda que la falta de instrucción, el analfabetismo y la falta de información sumadas a los escasos servicios de planificación son causas preponderantemente asociadas a la pobreza que abonan en la procreación no deseada, por ello, si bien estos factores de pobreza se han reducido —entre 1950 y 1965 la tasa de fecundidad por mujer era de 6.85 hijos (ver INEI, Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población 1950-2050)— ello no implica que se abandonen o se dejen de implementar políticas públicas de acceso a los métodos anticonceptivos legales pues de lo contrario no sólo se estaría desprotegiendo a la población más vulnerable, sino que se estaría regresionando a épocas felizmente ya superadas.

43) Como hemos señalado, nuestro Estado Social de Derecho impone la presencia de conductas positivas que garanticen plenamente la consolidación de los objetivos constitucionales. En tal contexto, el asegurar el acceso del AOE a quienes carecen de recursos económicos no tiene nada de arbitrario sino que es un modo sensato, directo e indiscutible de hacer viable la igualdad material como objetivo esencial del ordenamiento. Queda claro, por lo demás, que el acceso del que aquí se habla necesariamente debe ir acompañado con una adecuada como pertinente educación e información responsable de la población; así como la debida orientación médica que deberá prestarse en los centros de salud pública. Es tal el compromiso que asume el Estado y debe ser cumplido de la manera más efectiva.

44) Sin perjuicio de todo lo dicho, consideramos que en la medida que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Artículo 2° inciso 24 literal a CP), es pertinente exhortar al Poder Ejecutivo y a sus autoridades competentes a promover y/o difundir dentro de un clima de absoluto respeto por la libertad y la autonomía de la voluntad personal, una política de paternidad y maternidad responsables comprometida con los objetivos del desarrollo social del país. Esta política, como es de esperar, no debe ser simplemente un tema de coyuntura, sino compromiso constante o permanente que alcance a la educación pública y privada impartida en los colegios y universidades; así como que se proyecte sobre todos y cada uno de los ámbitos de nuestra vida social; debiendo impulsar el Estado una permanente

investigación científica sobre la materia.

45) No habiéndose acreditado amenaza ni vulneración de ningún derecho fundamental y siendo plenamente legítima la política de salud pública destinada a garantizar el acceso a los Anticonceptivos Orales de Emergencia y a la información adecuada en torno a ellos, así como políticas de salud basadas en métodos naturales, la presente demanda deberá desestimarse. Queda claro, en todo caso y de conformidad con lo señalado en los fundamentos 31 y 32 de la presente sentencia, que los AOE al que nos referimos, son los de carácter hormonal que se encuentran debidamente contemplados en los programas de planificación familiar aprobados por el Estado.

Salvaguarda del derecho de información de los consumidores y en especial el derecho de la mujer a decidir el número de los hijos

46) La información sobre los métodos anticonceptivos y su implicancia en la salud sexual y reproductiva tiene especial relevancia para la dilucidación del presente caso pues resulta medular en la eficacia del derecho de una persona a decidir cuándo, con quién, cómo y cuántos hijos va a tener; este derecho es central para la mujer pues es ella la que al convenir en su deseo de procrear tendrá, por la causa natural del proceso de gestación, las responsabilidades que supongan el cuidado del naciurus; esta responsabilidad reposa además en una obligación del Estado en brindar de toda la información posible respecto de los métodos anticonceptivos, además de la protección de la mujer gestante y del concebido, así como de la protección regulada por el Estado de la etapa post parto.

En este sentido, la mujer en especial tiene el derecho de recibir la información completa que le permita tomar la decisión respecto del ejercicio de sus derechos reproductivos dentro del cual se encuentra como ya se afirmó, de manera central el de decidir cuándo, cómo y con quién tendrá hijos y cuántos tendrá. Es en este ámbito que se inserta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 23432 publicada el 5 de junio de 1982 que establece en su artículo 16° numeral 1 inciso e) que, los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en lo referente a los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

47) A este respecto, consideramos importante que en salvaguarda del derecho a la información de productos farmacéuticos al que deben tener los usuarios potenciales del AOE, el Ministerio de Salud, con la adecuada supervisión médica, debe de distribuirlos garantizando el derecho a la información acerca del uso adecuado del AOE lo que implica necesariamente que el suministro del AOE sea el adecuado atendiendo a las dosis y frecuencia recomendadas. Asimismo se debe informar acerca de la existencia de una posición que estima la presencia del denominado «tercer

efecto» y de aquella posición que es la asumida por el derecho, acorde con el estado actual de la ciencia y con la información de la que se dispone, que no permite considerar de forma concluyente las observaciones formuladas al uso de los AOE; pues, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno y que su uso no habitual y en las dosis recomendadas no produce una detectable alteración del endometrio. Por otro lado, se deben tomar las medidas para que su distribución no se realice mas allá de lo estrictamente necesario para el logro del efecto anticonceptivo pues de lo contrario la política adoptada por el Estado estaría poniendo en riesgo la salud no sólo de la mujer sino que podría afectar al cigoto.

En efecto, aún cuando hay posiciones científicas que postulan la existencia de un posible efecto inhibitorio de implantación, esta duda no desvirtúa la posición que establece que no se inhibe la implantación del embrión en el endometrio siempre que se use el AOE de forma adecuada, es decir en las dosis recomendadas y atendiendo no a su uso regular y continuo sino a su uso estrictamente en caso de emergencia. En consecuencia también se debe informar de manera intensa sobre los efectos dañinos, sean estos probados o solo riesgos que produce el uso regular del AOE, fuera de circunstancias excepcionales de emergencia, así como la ingesta de dosis mayores a la establecida en los estudios científicos corroborados por la HRP (cfr. Fundamento 37 supra) . Queda claro, acudiendo al lenguaje de la ciencia actual que mientras los programas de salud pública reproductiva suministren la AOE en forma debida, no provoca un efecto detectable sobre el endometrio y no evita el proceso de anidación o peor aún el desprendimiento del embrión. Sus efectos como ya se dijo, son de dos tipos y en ellos, no existiría ningún tipo de paralelo con la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, esta misma exigencia de información debida y completa se debe hacer extensiva a los particulares, en especial a los profesionales de la salud que brindan las recetas y a los establecimientos que expenden el AOE, quienes también deberán informar de manera completa al consumidor potencial del AOE conforme las exigencias médicas, y lo especificado en este fundamento; por ello se debe exigir se cumpla con insertar en la literatura que acompaña a la venta de los AOE la misma información que se inserta en su país de origen, consideración, esta última, que debería hacerse extensiva a todos los productos farmacéuticos que se suministran legalmente en nuestro país.

Principio precautorio como última ratio para determinar la constitucionalidad del uso de la píldora del día siguiente

48) En relación a la necesidad de recurrir al principio precautorio previsto para la protección ambiental como un simil del principio de prevención, en cuanto al posible tercer efecto de la píldora, es decir, a la posible producción de cambios en el endometrio e impedimento de la anidación, es del caso señalar que este principio precautorio, que el voto de la mayoría utiliza a fojas 47 a 52 en última instancia para estimar la demanda, ha ido evolucionando en la jurisprudencia constitucional.

Así, en un principio se señaló que: «(...) c) Si bien el

elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables» (STC Exp. N° 3510-2003-PA/TC). Pero, posteriormente, el propio Tribunal Constitucional ha diferenciado el principio precautorio del principio de prevención, en la medida que: «no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones» (STC Exp. N° 4223-2006-PA/TC).

49) En consecuencia, no se puede derivar de la aplicación del principio precautorio como dispone el fallo en mayoría, que la medida a adoptar sea la prohibición absoluta de la distribución de la píldora del día siguiente, en el marco de la política de salud pública; por cuanto, el principio precautorio debe fundamentarse no sólo en una duda razonable sobre la supuesta violación de derechos constitucionalmente protegidos; sino que requiere de un test mínimo de razonabilidad o proporcionalidad consagrado en la jurisprudencia constitucional (STC N° 06089-2006-AA, STC N° 045-2004-AI, STC N° 0012-2006-AI, STC N° 00007-2006-AI); en el cual se realizan los tres sub juicios:

1.- Verificar si la medida de restringir la provisión gratuita de la píldora del día siguiente (AOE) en los servicios de salud públicos, es adecuada, tanto a los derechos a la salud sexual y reproductiva de las usuarias como a la protección de los bienes constitucionales protegidos por la salud pública.

2.- Evaluar si es necesario prohibir el derecho de las mujeres que se atienden en los servicios de salud públi-

cos, usualmente las de menores recursos económicos, de acceder a la píldora del día siguiente, por no haber otra medida que la haga menos gravosa.

3.- Optar razonadamente por la medida estrictamente proporcional al logro de la tutela de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; mediante la graduación de la intensidad de la limitación al acceso de la píldora del día siguiente; más aún, cuando es constitucional el expendio de la misma en las farmacias y los servicios de salud privados.

Así; tal como se ha acreditado por la ciencia en su actual espacio y tiempo, la graduación de la dosis del AOE, así como la graduación de la frecuencia en su uso hacen desvanecer la duda que sí se presenta, cuando su uso es inadecuado; de allí, que la prohibición del expendio informado y controlado del referido producto, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad.

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque:

1. Se declare INFUNDADA la demanda de amparo interpuesta por ONG «Acción de Lucha Anticorrupción»; autorizándose la distribución de los Anticonceptivos Orales de emergencia legalmente aceptados por el Estado mediante Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA/DGSP siempre que se cumpla con lo contemplado en nuestros fundamentos 46 y 47 de la presente sentencia.

2. Invocar al Órgano Legislativo, se sirva dictar las normas pertinentes a que se refiere el fundamento N° 17 del presente.

Publíquese y Notifíquese.

SS
LANDA ARROYO
CALLE HAYEN



Editora Limes del Sur

email: ventas_editoralim@live.com
Cel. 052 952 391048

Tacna, Enero 2010