



Universidad Privada de Tacna

Revista  
de la Facultad  
de Derecho  
y Ciencias  
Políticas

Año 1 N° 2 2008

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

Año 1. N° 2. Setiembre 2008  
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](mailto:derecho@upt.edu.pe)  
<http://www.upt.edu.pe/FADE/>  
Telf. 243380 - 243381

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

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

# PRESENTACIÓN

Acudimos a la presentación de la segunda edición de nuestra Revista Institucional, con la misma expectativa del primer número, y con el mismo rigor académico e intelectual que reclama el quehacer universitario, sobre todo en la perspectiva de proponer un aporte al enriquecimiento de nuestra formación jurídica. Es en ese contexto que resulta relevante anotar la obligatoriedad de acudir a la investigación, para ello nuestros docentes tiene la labor de compartir a través de sus artículos o ensayos la profundización de sus conocimientos, denotando actualización en la dinámica acelerada de la vida social, y los necesarios cambios y evoluciones de su marco jurídico.

No podemos sentirnos ajenos a una reconfortante actitud asumida por la institucionalidad jurídica de nuestro país, respecto a nuestro primer número, aquí no corresponden falsas modestias que están hechas para otras lides; nos referimos a las indistintas cartas, oficios, saludos recibidos, incluso de los lugares más alejados de nuestra sede Tacna, que no hacen más que comprometer a nuestra Facultad en su labor de difusión y publicación, que es el efecto inmediato de la investigación universitaria. Nuestra revista ha sido remitida y por ende compartida con todas las Facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas del país, todos los Colegios de Abogados del Perú, los Distritos Judiciales de la República -Ministerio Público y Cortes Superiores-, autoridades locales, instituciones públicas y privadas y estudiantes de nuestra Facultad; asegurándose por consiguiente un radio de presencia no sólo local sino nacional, que nos resulta importante en la trascendencia de nuestra Facultad de Derecho y Universidad.

La circunstancia de que nuestra Revista Institucional esté construida con producción neta de docentes de nuestra Facultad, manifiesta el nivel académico y competitivo, y especialmente la preocupación intelectual de nuestros profesores en esa compleja, delicada y hermosa labor de formación a que se acude en las aulas universitarias. En nuestra responsabilidad de Dirección de la Revista, hemos compartido con otros docentes e investigadores, la discusión académica de los contenidos de nuestros artículos, que es una evidencia de que los objetivos propuestos inicialmente de sumarnos al debate científico están siendo satisfechos.

Nuestra Facultad y Universidad en especial, no es distante de la discusión que ha despertado la propuesta del Colegio de Abogados de Lima, de suspender la autorización del funcionamiento y creación de nuevas facultades de Derecho, eliminación del Bachillerato automático y restricción de las filiales; cuya consecuencia debe ser la aprobación de un sistema de evaluación y acreditación de calidad. Y en ese caminar nos encontramos, determinándose normas, políticas y procesos que nos permitan compartir una educación de calidad en una Facultad de calidad, que lo percibimos como una positiva decisión. Y en esto último, participa nuestra modesta Revista Institucional, brindando aportes académicos, con responsabilidad intelectual en la noble tarea de formar hombres de Derecho competitivos, con responsabilidad social y madurez intelectual.

Nuestro reiterado agradecimiento a nuestros lectores, por compartir nuestra Revista y por permitir su vigencia.

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS  
Profesor Asociado  
CENTRO DE INVESTIGACIÓN FADE



# ÍNDICE

## DOCTRINA

El novedoso divorcio rápido <b>Fresia M. Barrionuevo Chiri</b>	_____	11
Investigación jurídica en Derecho <b>Dr. Eugenio Casas Durand</b>	_____	17
La penta dimensionalidad en la investigación del delito <b>Mario Guillermo Denegri Sosa</b>	_____	25
Investigación de los factores psicosociales asociados a la dinámica socio-familiar del abuso sexual de niños y adolescentes en la ciudad de Tacna, años 2000 - 2004 <b>Démber S. Fernández Hernani Aragón</b>	_____	39
Teoría del caso, ¿Descubrimiento de la verdad o reconstrucción de los hechos? <b>Walter Goyzueta Neyra</b>	_____	51
La razón suficiente de los Derechos Humanos frente al poder del Estado <b>Javier Neyra Salazar</b>	_____	57
La inaplicabilidad del principio de la Cosa Juzgada, en el caso del artículo 402° inc. 6) del Código Civil <b>Mag. Victor Hugo Nina Cohalla</b>	_____	85
Aduanas en el Perú: fusión y confusión <b>Carlos Alberto Pajuelo Beltrán</b>	_____	93
Reflexiones acerca de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en municipalidades y notarías <b>Javier R. Peralta Andía</b>	_____	101
El Poder irrevocable <b>César Suri Alvarez</b>	_____	113

# ÍNDICE

Sobre el protocolo del Aborto Terapéutico en la región Arequipa	_____	117
<b>Juan Carlos Valdivia Cano</b>		

El principio de oportunidad	_____	129
<b>José Luis Vega Pilco</b>		

El amparo residual	_____	135
<b>Vicente Zeballos Salinas</b>		

## INSTITUCIONAL

Actividad académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas	_____	143
--	-------	-----

## TESIS

Cómo desarrollar el carácter tridimensional del derecho y su relación con la definición de mercado	_____	156
<b>Boris Igor Espinoza Beltrán</b>		

El sistema jurídico peruano y la Teoría del Caos	_____	159
<b>Percy Javier Maquera Lupaca</b>		

Una interpretación del Derecho y su relación con la Informática	_____	164
<b>Grover Bernardo Mayta Macedo</b>		

Crisis y decadencia del Derecho Moderno	_____	168
<b>Alex Ricardo Zambrano Torres</b>		

## CONFERENCIAS

Del diagnóstico a la perspectiva (Apertura del Año Académico 2008)	_____	174
<b>León Trahtemberg</b>		

Panel: Delimitación marítima ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya

<b>Dr. Samuel Lozada Tamayo</b>	_____	182
---------------------------------	-------	-----

<b>Ing. Víctor Mejía Franco</b>	_____	191
---------------------------------	-------	-----



## DOCTRINA





## EL NOVEDOSO DIVORCIO RAPIDO

Fresia M. Barrionuevo Chiri \*

*«Esta norma permite dar fin a la relación conyugal al margen del ámbito judicial, si no hay conflicto que dilucidar no hay litis, los cónyuges están plenamente de acuerdo respecto a lo que van a reclamar, por lo tanto, que objeto tendría ir ante el órgano jurisdiccional...»*

\* Abogada y docente de la Universidad Privada de Tacna.

Se acaba de publicar con fecha 16 de mayo del año en curso la Ley 29227, que establece el procedimiento no contencioso para llevar a cabo en primera instancia la separación convencional y luego de manera definitiva el divorcio, trámite señalado para llevarse a cabo en las notarias y en las municipalidades.

Legislar sobre dos instituciones jurídicas importantes en la vida de las personas y en el destino de las familias como son el matrimonio que determina su constitución regular y el divorcio que trae consigo su disolución, conlleva a que el tema sea materia de controversia y que diferentes sectores emitan sus opiniones analizando las normas, cuestionando o alabando el procedimiento y poniendo en el tapete de la crítica sus efectos o consecuencias, situación que nos motiva a emitir también, nuestro comentario y opinión frente a esta ley procedimental.

## LA POSICIÓN DE LA IGLESIA

El Cardenal Cipriani máximo prelado de la Iglesia Católica, ha sido uno de los primeros en manifestar una crítica a la norma, sosteniendo una posición antidivorcista, evidentemente por que su posición está sustentada en dogmas de fe y no bajo el análisis legal de una institución civil. Debemos recordar que el divorcio fue incorporado a la legislación nacional el 08 de octubre de 1930 a través de la Ley 6890, habiendo sido incorporado al Código Civil de 1936, el que estableció la competencia exclusiva del Estado sobre el tema del Matrimonio y la probabilidad de su disolución, excluyéndolo del ámbito sacramental y religioso.

Si bien en los códigos civiles de 1936 y de 1984, se advierte de parte de algunos de sus legisladores una orientación "pro-matrimonio y antidivorcio", no pudieron dejar de reconocer que la disolución del matrimonio civil era ya una realidad social y que desbordaba los alcances normativos y que por tanto existía la necesidad imperiosa de regularla.

Cuando se incorporan a nuestra legislación civil y procesal civil, los trámites y procedimientos para acceder al divorcio, no se está atentando contra la

estabilidad matrimonial, porque establecer nuevas alternativas no equivale a propiciar el divorcio, por tanto el matrimonio civil y religioso se mantendrán en tanto sus actores principales lo quieran y hagan de su propósito un camino que deben transitar juntos, con una renovación constante de votos de amor, comprensión, generosidad, trabajo, aportes como pareja y como padres.

No se trata de enarbolar una posición dogmática, sin analizar la realidad circundante, cuando existen parejas que ya no van más como tales, resulta entonces inaudito mantener una unión falsa e hipócrita que no sólo podría generar frustraciones e incompreensión entre la misma pareja, sino afectar de manera radical en la formación de los hijos, por tratarse del entorno más cercano.

Ahora bien, nuestra Constitución Política establece libertad de cultos, al respecto Alex Plácido V. señala que "...el Estado no puede imponer a todos los miembros de la colectividad unas exigencias morales que derivan de una concepción religiosa y que sólo afecta a una parte de ella. Las creencias religiosas afectan las conciencias de las personas"<sup>(1)</sup>.

El Estado a través de la Constitución Política del Estado en su Art. 4 establece la protección de la familia y la promoción del matrimonio, sin embargo a través de su legislación, no podría impedir que determinadas personas puedan cumplir con sus creencias religiosas, tal situación iría contra la libertad religiosa, es por ello que sería contraproducente que el mismo Estado obligue a una matrimonio indisoluble o que contrario sensu obligue a una disolución matrimonial o divorcio.

El Estado Peruano a mérito de esta libertad, está entonces, en la obligación de legislar de modo que todas las personas puedan optar en el ejercicio de su libertad personal y de sus creencias religiosas.

## LA FUNCIÓN DEL ESTADO Y LA PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

La Constitución Política del Estado prevé en el Art. 2 numeral 2: "Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado

(1) Alex Plácido Vilcachagua El Principio de la Promoción del Matrimonio . Actualidad Jurídica N° 173

por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole". Asimismo, el Art. 50 establece un régimen de independencia y autonomía confesional, reconoce a la Iglesia Católica, pero también respeta otras confesiones; por lo tanto el Estado está obligado admitir un ordenamiento jurídico de naturaleza civil, de manera tal que todos tengan acceso a él con libre voluntad.

El vínculo matrimonial será permanente para toda la vida, si la pareja lo quiere, pero también podrá ser materia de divorcio cuando existan razones que hagan imposible la cohabitación, no permitan sostener la relación marital, en este entendido, la legislación pone a su disposición aquella norma que le permitirá acogerla y obtener los efectos jurídicos que ella requiere y que los demás respeten los derechos que de allí nacen. En el presente caso la norma no obliga a la decisión de disolver el matrimonio, regula una alternativa rápida después de que la pareja haciendo uso de su voluntad, opte por el divorcio fuera del ámbito judicial.

No podemos ignorar que nuestra sociedad, actualmente observa una cantidad considerable de matrimonios rotos, destruidos, por lo tanto no tiene sentido la negativa del divorcio basada en la defensa de la familia; a la familia la deshace mucho antes el desamor, el abandono, el adulterio, el desamparo. Entiéndase, que no se concede medios para extinguir el matrimonio, sino causas para considerar que si un matrimonio se ha extinguido en la realidad, deviene inexorablemente en divorcio.

Por tanto, compete al legislador la adopción del o los sistemas del divorcio, toda vez que la Constitución deriva a la ley establecer las causas de la disolución del vínculo matrimonial, ello obliga a ponderar entre el Principio Constitucional de Promoción del Matrimonio y el Derecho también constitucional al libre desarrollo y bienestar de la persona, estos presupuestos han servido para expedir las normas pertinentes.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, en la STC 018-96-I del 29 de abril de 1997, haciendo el siguiente análisis "... nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales y legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del Art. 337 del CC. y la de-

fensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual esté o no casada... que si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el Art. 337 es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados ( los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, síquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia y sometido a tratos humillantes), tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio. El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla uno de los cónyuges debe sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano".

Se advierte de nuestro Código Civil vigente - incluida la modificación señalada en la Ley 27495 - que se ha establecido un sistema mixto, en él se ha previsto diversas vías para acceder al divorcio, así tenemos el "divorcio sanción" en el que se identifica al cónyuge culpable y sobre él recaen las sanciones, el "divorcio remedio" en el que a partir de la ruptura o fracaso matrimonial, cualquiera de los cónyuges puede demandar incluso fundado en un hecho propio, y el "divorcio consensual" en el que la autonomía de la voluntad de las partes determina la formulación del divorcio. La ley materia del presente artículo está comprendida dentro de éste último tipo.

## LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL O MUTUO DISENSO

Es una causal genérica e indeterminada, en la que no existe la obligación de señalar o probar los hechos que motivan la ruptura matrimonial, se suele acudir y mencionar como argumento válido "la incompatibilidad de caracteres"; de esta manera los cónyuges escudan adecuadamente sus diferencias, así se haya producido o no una causal específica de parte de uno o de los dos y cuyos detalles no desean ventilar ante los juzgados, es lo que se dice un "divorcio civilizado".

Esta causal se diferencia de las otras causales espe-

cificas de separación de cuerpos y divorcio, entre otros aspectos, en que la separación convencional no es una causal de divorcio sino de separación de cuerpos, es por ello que en las demás causales específicas puede demandarse alternativamente la separación de cuerpos o el divorcio, mientras que en el caso de separación convencional no se da esta opción. La pareja entonces puede solicitar en una primera instancia la separación, luego de obtenida la sentencia respectiva y transcurrido dos meses recién podrán de manera conjunta o individual solicitar el divorcio.

Esta norma permite dar fin a la relación conyugal al margen del ámbito judicial, si no hay conflicto que dilucidar no hay litis, los cónyuges están plenamente de acuerdo respecto a lo que van a reclamar, por lo tanto, que objeto tendría ir ante el órgano jurisdiccional, en este sentido Enrique Varsi Rospigliosi. señala "...la tendencia actual es descongestionar y aligerar la labor del Poder Judicial, y justamente, son estos procesos los que podrían ser resueltos en otra vía, sin descuidar la labor tuitiva. Así ha pasado con algunos procesos en nuestro medio, quedando la separación convencional aún en los corrillos judiciales".<sup>(2)</sup>

### LA NUEVA LEY 29227

Esta ley surge, dentro de la tendencia divorcista que se viene dando en los últimos tiempos, se han reducido los plazos para la conversión de separación en divorcio, luego se ha previsto que ya no vayan en consulta a Segunda Instancia las separaciones convencionales y luego con la introducción de nuevas causales-remedio.

Resulta una alternativa diferente a las ya existentes ante los juzgados, a fin de hacer efectivo la separación convencional y luego el divorcio de las partes, se establece entonces la posibilidad de recurrir a través de un trámite extrajudicial, ante un Notario o ante una Municipalidad. En estos casos no debe existir conflicto de intereses que dilucidar por lo tanto se convierte en un procedimiento no contencioso, eminentemente administrativo.

Sin duda que uno de los objetivos de la norma es

desjudicializar procesos no contenciosos y a la vez descongestionar la carga procesal que tanto agobia a los órganos jurisdiccionales y que evidentemente perjudican a los justiciables que a ellos recurren, por la dilación en su trámite y el costo económico y social que representa.

Al margen de ello, debemos afirmar que esta alternativa legal, no es excluyente de las otras alternativas que están establecidas para la vía judicial, la decisión de recurrir a una u otras sólo recae en la voluntad de los cónyuges y su predisposición para acceder a una ruptura no traumática.

El Reglamento de la mencionada ley aprobada por DS N° 009-2008-JUS<sup>(3)</sup> publicada el 13 de junio del año en curso, precisa con más detalle los alcances necesarios para la presentación de la solicitud, el procedimiento administrativo, las audiencias y las resoluciones de conclusión.

Bajo el marco de la ley y su reglamento, se exige el cumplimiento de determinados requisitos y presupuestos:

- Los cónyuges deben estar de acuerdo en la separación y subsiguiente divorcio.
- Debe haber transcurrido más de dos años de celebrado el matrimonio civil.
- Que la pareja no tenga hijos menores de edad o de mayores con incapacidad.
- Si los tuviere debe contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación con arreglo a ley, en los que se establezca los regímenes de patria potestad, alimentos, tenencia y régimen de visitas. En el caso de mayores incapaces, deberá además presentar sentencia firme que declara la Interdicción y el nombramiento de curador.
- Los cónyuges deben carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales.
- Si hubieran bienes dentro de este régimen, deberán contar con la Escritura Pública inscrita en Registros Públicos referida a la Liquidación del Ré-

(2) Enrique Varsi Rospigliosi "Divorcio, Patria Potestad y Filiación. Edit. Grijley Lima 2004, pag.24.

(3) El Reglamento está sujeto a una *vacatio legis*, es aplicable a partir del 14 de julio del 2008.

gimen Patrimonial o de Sustitución del Régimen de Sociedad de Gananciales.

· Presentar una solicitud peticionando la separación y el divorcio ulterior, señalando sus nombres, DNI, último domicilio conyugal, firma y huella digital. Esta solicitud, debe venir necesariamente con firma de Letrado.

· Se podrá actuar a través de Apoderado con poder específico para el trámite que conste en Escritura Pública.

Por tratarse de un procedimiento administrativo, en las declaraciones juradas que pueden presentar los cónyuges, rige el Principio de Presunción de la Veracidad, con la consiguiente responsabilidad en materia civil, penal y administrativa de los suscribientes en caso de falsedad. Asimismo, se ha previsto la realización de una Audiencia Unica de carácter privado al que deberán concurrir personalmente a fin de ratificarse o no en su decisión, de cuya actuación las notarías deben emitir un Acta y las Municipalidades una Resolución de Alcaldía, declarando la separación convencional. Se establece asimismo, que luego de dos meses de emitida éstas, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar ante el Notario o Alcalde, la disolución del vínculo matrimonial, en su caso se extenderá una Escritura Pública o una Resolución de Alcaldía respectivamente, las mismas que deberán inscribirse o anotarse en la Oficina de Registro Civil que corresponda.

### LA ACTUACIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES Y DE LOS NOTARIOS

Cabe pensar que si el matrimonio civil se celebra ante las Municipalidades estas deberían ser el conducto natural para disponer su disolución - como en otros países-; sin embargo, nuestra legislación nunca lo consideró así, habiéndose entendido el divorcio como un acto que sólo cabía hacer ante el Poder Judicial; es por ello que emitida la norma, resulta probable que podamos argumentar que las municipalidades no puedan asumir de la mejor manera una facultad de tanta trascendencia social como aprobar un divorcio, y esto es así porque no podemos dejar de observar el desempeño de las municipalidades en nuestra comunidad, en primer lugar porque sus funciones principales están

orientadas a la prestación de servicios públicos básicos como ser el transporte, limpieza pública, parques y jardines, administración de bienes y rentas entre otras, muchas veces hemos sido usuarios de sus servicios administrativos, los mismos que no han sido satisfechos, ni hemos podido obtener resultados eficientes y rápidos.

Surge entonces, la pregunta ¿podrán las municipalidades distritales de las provincias alejadas y pequeñas, asumir las funciones señaladas en esta ley? desconocemos si ha existido una consulta previa a las municipalidades a fin de que muestren su predisposición a asumir la competencia que la ley en este caso les delega, lo cierto es que no todas las entidades municipales tienen la infraestructura física y el personal profesional en Derecho que pueda asumir tal responsabilidad, muchos alcaldes tienen profesiones distintas a la del Derecho, o no tienen ninguna formación profesional, por lo que resulta importante contar con un Abogado que pueda asesorar en este sentido. De igual manera, considero que a efecto de garantizar la validez de los trámites en las oficinas de Registro Civil deben estar sólo a cargo de profesionales en Derecho.

En todo caso el Art. 16 del Reglamento ha establecido la competencia para municipalidades provinciales y distritales así como para la Municipalidad Metropolitana, se excluye por tanto, las municipalidades de los centros poblados. Prevé asimismo, el régimen de acreditación de las municipalidades, que cuenten con el personal e infraestructura adecuada, la referida acreditación estará a cargo del Ministerio de Justicia, habiéndose dado un plazo a fin de que puedan cumplir con los requisitos previstos y estar aptos para llevar a cabo el trámite del divorcio, el plazo para solicitar la acreditación resulta concorde con la *vacatio legis* señalada.

El profesor de Derecho Civil de la UNMSM Juan Zarate del Pino, también Notario Público, señala sus reservas sobre la vigencia social de estas facultades a través de las municipalidades, manifiesta "...los alcaldes ni siquiera intervienen en la celebración de los matrimonios, salvo que se trate de personajes muy connotados o cuando se trate de matrimonios masivos en los cuales puede aparecer ante cámaras, en las fotografías y puede ser hasta rentable políticamente celebrar estos matrimonios masivos. Los divorcios no son rentables

políticamente, entonces dudo que los alcaldes distraigan sus escasos recursos en implementar personal y oficinas para hacerse cargo de este tipo de trámites, y si lo hacen pues en buena hora...".

Con una óptica diferente, podríamos señalar que la competencia otorgada respecto a los notarios públicos, el ejercicio de estas funciones para establecer el divorcio en sus despachos, tendrían mayor garantía, pues se trata de un profesional del Derecho, que conforme a la Ley del Notariado desempeña una función pública que atañe a la seguridad pública y al interés general, en líneas generales son depositarios de la fe pública, - lo que no impide que haya notarios de labor cuestionable-; se habla asimismo, que se están otorgando muchas atribuciones a los notarios, en desmedro de la labor que compete a los demás profesionales del derecho, los abogados que litigan y que ven disminuido su ámbito laboral, estas razones si bien pueden ser atendibles, no apuntan a necesariamente al objeto principal de la ley.

En este sentido, sólo cabe precisar que el trámite previsto sea observado de manera directa por el Notario y no por los auxiliares o asistentes que en su mayoría no son profesionales, finalmente, debemos confiar en que los trámites ante las notarías tendrán el efecto esperado para las partes, en función a la capacidad y seriedad profesional con que actúe cada uno de ellos.

Finalmente, y para beneficio de los cónyuges que deseen acudir ante las Notarías, éstas deben establecer aranceles equitativos y justos, a fin de que no se convierta este trámite en uno demasiado oneroso y eminentemente de carácter comercial.

### **LA PRESCINDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Este procedimiento, trae consigo la exclusión de la intervención del Ministerio Público, ello obedece esencialmente a la no existencia de conflicto y a la real voluntad de los cónyuges verdaderos actores en el proceso.

Al respecto mucho se ha analizado sobre la intervención de esta institución en los procesos de separación convencional y divorcio - los tramitados

ante el Poder Judicial - si es pertinente sobre todo si es necesaria. La norma adjetiva señalaba que en estos casos debía demandarse al Ministerio Público, por lo tanto éste se convertía en parte procesal. Carneluti decía "el Ministerio Público es una parte artificial, la parte en verdad, si no es natural no es parte, la parte artificial es una expresión a la cual no puede corresponder la realidad... el Ministerio Público es un juez disfrazado de parte".

Todos consideramos que la atribución principal del Ministerio Público, es el de ser titular de la acción penal, por ello resulta necesario reorientar su importante labor hacia esos fines y no distraer en asuntos de naturaleza civil que sólo interesan a las personas en litigio.

Ello no significa necesariamente renunciar a la función tuitiva del Estado en los casos en que se ventilan derechos de menores o incapaces, este amparo del Estado, se da precisamente a través de los procesos ante el órgano jurisdiccional; en el procedimiento no contencioso materia del presente artículo, no se ventilará ninguna cuestión que no se haya resuelto previamente ante el órgano jurisdiccional o vía Conciliación Extrajudicial, la exigencia está precisamente en se adjunte la sentencia expedida en vía judicial sobre alimentos, patria potestad, tenencia, régimen de visitas de estos menores o mayores incapaces o el Acta de Conciliación conforme a ley.

### **CONCLUSIONES**

- Recurrir ante el órgano jurisdiccional no es el único medio para solucionar conflictos cuando existe un acuerdo legítimo entre las partes que satisfacen sus propios intereses.
- El sistema jurídico en materia de Familia, evoluciona, logra introducir una alternativa viable para aquellos cónyuges que desean optar por el divorcio, a través de una jurisdicción voluntaria en las notarías o en la vía administrativa en las municipalidades.
- El Ministerio de Justicia para acreditar a aquellas municipalidades que deseen introducir como uno de sus trámites el divorcio, deberán requerir y supervisar luego, que existan abogados especializados y/o capacitados en Derecho de Familia que tengan a su cargo el trámite referido.

# INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN DERECHO

Eugenio Casas Durand \*

*«(...) la investigación busca aumentar la esfera de nuestros conocimientos, pasando de un conocimiento vulgar a otro especializado, dirigiéndose desde lo conocido a lo desconocido, y sirviéndose para ello de la observación, de las leyes y principios de la razón y procurando para esto -solo cuando sea necesario- de una secuencia pre-elaborada de pasos o reglas o lo que se conoce como método. De ahí la importancia de su estudio en toda clase de investigación».*

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

### ASPECTOS PRELIMINARES:

Aunque no soy un especialista en la materia, pretendo transmitir en estas líneas algunas experiencias en cuanto docente de la Facultad de Derecho de esta prestigiosa Universidad.

Si bien es cierto, mi labor como docente y magistrado abarcan en gran medida mi vida cotidiana, esto, no me ha impedido mantener el hábito de la lectura y la investigación. Sucede que siempre que me ha inquietado algún tema he procedido a indagar sobre el mismo buscando información, seleccionándola, analizándola, interpretándola, reflexionando sobre ella, y en fin. Pero nunca me pasó por la mente emplear un método para llevarlo a cabo, quizás sin darme cuenta lo hice pero sinceramente no me fue mi intención, y digo esto, por que considero que para investigar en materia jurídica no existe un método específico, como algunos colegas que se hacen llamar especialistas en la materia, pretenden hacer creer a nuestros estudiantes y egresados de la Universidad, pues son éstos y en especial los últimos, quienes al elegir la tesis para optar el grado de abogado, al momento de proceder a la sustentación, son arremetidos con una serie de preguntas de carácter metodológico más que de contenido. Como si el Derecho siguiera una técnica única, invariable e inalterable. Y es que, ¿el Derecho no es interpretación, valoración, motivación, reflexión? A criterio personal considero que sí, lo digo en mi calidad de Magistrado, yo no aplico fórmulas ni experimento con el derecho, yo resuelvo casos concretos con criterio de conciencia, interpretando la norma, valorándola, motivando y fundamentando mis decisiones a través de la argumentación y tomando en cuenta por supuesto el caso concreto que si bien es cierto puede parecerse a otro nunca podrá ser lo mismo que éste último, por que, cada uno de ellos contiene particularidades que los hacen distintos, únicos e irrepetibles, y en este sentido hay que tener mucho cuidado, pues lo mismo sucede con la investigación.

Pretender imponer a nuestros estudiantes y/o egresados, un método único y universal para toda clase de investigación, obligándolos a que sigan un camino que estoy seguro desconocen, por su inexperiencia en este campo -pues es más que

seguro que es aquí donde se iniciaran como investigadores si es que no eligen otro camino para obtener su grado académico-, es como obligarles a que sigan el recorrido de un laberinto lleno de obstáculos del cual no saben cuando llegarán a salir, porque la meta sólo es conocida por aquellos que la construyeron. La investigación en estos términos únicamente los conducirá a una lamentable frustración, desincentivando a nuestros nuevos investigadores a que se introduzcan en este maravilloso mundo. Y, ¿esto acaso no va en contra de los objetivos de toda Universidad, como ente promotora de nuevos investigadores?

Pues bien, este y otros aspectos relacionados con la enseñanza de la investigación jurídica es lo que me ha llevado a hacer esta breve reflexión, y aunque sé que me voy a ganar enemigos, esto no me impedirá desenmascarar a aquellos que se creen dueños de una verdad que en realidad no existe y que estoy seguro ni ellos mismos se creen, pero, que por otro lado pretenden imponer a otros con menos experiencia, haciendo alarde de sus grados académicos. Cuidado señores, no se olviden que también ustedes fueron estudiantes, y no se preocupen, el grado ya lo obtuvieron y nadie se los va a quitar, o es que sienten temor de que alguien más joven o con más experiencia que ustedes los vaya a opacar?. Sean sinceros, no pongan de pretexto a la metodología por que lo que nuestros tesisistas no entienden es ¿qué los mueve a tomar esa actitud?. La experiencia me dice que son justamente ustedes los que conllevan al desencanto y desánimo de nuestros nuevos investigadores. No se equivoquen, con eso no ganan prestigio, al contrario, generan malestar, desconcierto e insatisfacción. Tomen en cuenta que si hay algo que engrandece a las personas es justamente su humildad, y esto ha sido desde siempre la cualidad más resaltante en los más grandes sabios de la historia y la actualidad, ellos son así, porque son conscientes de su sabiduría e ignorancia a la vez, sino, recordemos el pensamiento de Ortega y Gasset: "Hay sabios ignorantes", de ahí que ante el gran universo del conocimiento no puede haber investigadores enciclopédicos, investigadores sabelotodo, dueños absolutos de la verdad. Por que esta clase de verdad no existe. Tomen en cuenta estas palabras.



Que no se engañe a los alumnos, que no se les diga que se les está enseñando a hacer Investigación Jurídica cuando lo que se hace es algo distinto a ello, prepararlos para una investigación científica que nada tiene que ver con el Derecho y lo que es peor haciéndoles creer que se debe seguir un método único y universal, el cual -bajo la amenaza- de no aplicarse tal cual, no se podrá lograr alcanzar las metas trazadas. Señores la investigación es creatividad, innovación, reflexión, motivación, promovamos a nuestros alumnos a que lo hagan librándolos de esas exigencias metodológicas que se les imponen -a criterio mío- sin sustento alguno y promovido tanto por los docentes designados como asesores y jurados y los reglamentos de la institución.

## DE LA INVESTIGACIÓN

Para empezar el desarrollo de este tema se requiere primero saber qué se entiende por investigar. Pues bien, la palabra investigar proviene del latín in (en) y vestigare (hallar, indagar, seguir vestigios), lo que conduce al concepto más elemental de descubrir o averiguar alguna cosa, seguir la huella de algo, explorar.

En este sentido investigar consiste en la actividad dirigida a buscar respuestas a las dudas, desconocimientos o interrogantes que inquietan a un sujeto, respecto de algunas de las condiciones del mundo en el que se encuentra.

Así, la investigación busca aumentar la esfera de nuestros conocimientos, pasando de un conocimiento vulgar a otro especializado, dirigiéndose desde lo conocido a lo desconocido, y sirviéndose para ello de la observación, de las leyes y principios de la razón y procurando para esto -sólo cuando sea necesario- de una secuencia pre-elaborada de pasos o reglas o lo que se conoce como método. De ahí la importancia de su estudio en toda clase de investigación.

Como bien dijera Manuel José Bernal<sup>(1)</sup> "[...] la investigación es un proceso complejo, el cual

comporta diferentes dimensiones y etapas, algunas de las cuales comienzan a desarrollarse desde los primeros años de la vida. Por tal motivo ésta no debe reducirse al estudio y dominio de la metodología general"

Comparto esta opinión, pues, si bien es cierto, la metodología sirve en gran medida para la obtención de resultados con cierto grado de objetividad, esto no quiere decir que el método empleado se convierta en una ley de carácter universal, podrá tomarse en cuenta como una pauta, guía o secuencia que nos servirá para evitar perdernos en el camino o cometer errores ya previstos, o simplemente ayudarnos simplificar nuestro trabajo de investigación, pero nada más, por que el método lo hace uno en la medida que va investigando.

## METODOLOGÍA Y METODO:

La voz metodología se compone de dos elementos método y logos, éste último indica tratado, estudio, saber, razón, en tanto que método es un camino para alcanzar un fin propuesto, es decir para lograr una meta.

En el sentido amplio de la palabra, método -es entonces-, el camino o proceso que se debe seguir para alcanzar un objetivo y como procedimiento está constituido por etapas generales de actuación que forman su contenido y por las técnicas o procedimientos concretos, para realizar en un caso determinado las fases generales de actuación, las cuales serán tomadas en cuenta por el investigador sólo si es adecuado al objeto de investigación.

Por ello se dice que el método no vale por sí mismo sino respecto de la meta y debe guardar con ella un equilibrio, para evitar se produzcan innecesarias extrapolaciones, como viene sucediendo con las investigaciones jurídicas y el método científico que le es ajeno, ocasionando con ello que los resultados obtenidos, no coincidan con los objetivos trazados en la investigación.

---

(1) BERNAL GARCIA, José y GARCIA PACHECO, Diana Marcela. Metodología de la Investigación Jurídica y Socio Jurídica. Fundación Universitaria de Boyacá. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Centro de Investigaciones para el desarrollo «CIPADE». Institución Universitaria Univoyacá, p. 23.

Y esto obedece -como bien refiere Eulogio Hurtado<sup>(2)</sup> - a que en la práctica la investigación ha demostrado ser un proceso ligado a una compleja malla de la realidad, lo que permite decir que la investigación no sigue un modelo o esquema rígido ni es una serie de etapas ligadas mecánicamente. Si concebimos la investigación como un proceso concatenado de etapas, significaría que la naturaleza estaría muerta, paralizada sin cambios, pues en la realidad sucede todo lo contrario: la naturaleza se encuentra en un permanente cambio y desarrollo, adoptando múltiples formas y en una constante relación en el devenir histórico que no tiene punto final.

Debemos tomar en cuenta -refiere el citado autor-, que: la realidad es y no es al mismo tiempo; es decir existe y deja de existir, cambia constantemente impulsada por la contradicción de sus elementos antagónicos, sino -y me permito reproducir su ejemplo- recordemos lo que dijera Heráclito padre de la dialéctica: "No podemos bañarnos dos veces en las mismas aguas, pues aún cuando el río permanece, las aguas ya no son las mismas".

En este sentido resulta acertado decir que no hay camino (método) trazado, se hace camino al andar. En otras palabras NO HAY MÉTODO, en gran medida el camino se hace buscándolo. Pero esto, tampoco significa, que el método no sirva para nada, el método es un soporte de gran valor para evitar extravíos, tropiezos y caídas. EL MÉTODO ILUMINA EL SENDERO AFIRMÁNDOLO.

### **INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA E INVESTIGACIÓN JURÍDICA:**

Existen varios tipos de investigación. Entre ellas tenemos investigación científica, sociológica, jurídica, socio jurídica, y otras. Pero la que más nos interesa en el desarrollo de este trabajo es la investigación jurídica. Sin embargo antes de entrar a su estudio y análisis se hace necesario hacer una diferenciación con la investigación científica en la

medida que se ha venido confundiendo la una con la otra al emplear un método propio de las ciencias a una investigación de naturaleza jurídica, ocasionando con esto grandes dificultades y distorsiones en el desarrollo de esta clase de investigaciones.

Pues bien la investigación científica, es aquella que parte de la realidad, investiga la realidad, analiza, formula hipótesis y fundamenta nuevas teorías dando aplicación al método científico con el fin de obtener información relevante y fidedigna para atender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento. Entendida así, es la que tiene por objeto, la búsqueda de un saber adicional o complementario al ya existente.

En cambio la investigación jurídica, debe ser entendida como un procedimiento reflexivo, controlado sistemático y crítico. Se traduce a la actividad que pretende descubrir las soluciones más adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, pues precisamente la investigación es la que tiene la posibilidad, -al profundizar en esos problemas- de encontrar la forma de adecuar el ordenamiento jurídico a las transformaciones y cambios sociales. Lo caracterizante de este tipo de investigación, es que carece de un método único y específico, y esto se debe, como se dijo líneas arriba, a su naturaleza compleja, dinámica y cambiante.

Pero esto, no es propio únicamente de la investigación jurídica, se da también en el propio campo de la ciencia, esto lo explica muy bien el Dr. Levy Fariás<sup>(3)</sup>, cuando expresa: "[...] En el caso de las ciencias o en la formación de nuevos investigadores (...) la exageración o abuso de recetarios -refiriéndose al método científico- es particularmente triste, por que una actividad, que en principio debería estar íntimamente asociada a la inventiva y a la imaginación, a menudo termina convirtiéndose en una obediencia ciega y mecánica".

De ahí que la concepción tradicional de que la

---

(2) HURTADO DIANDERAS, Eulogio. Comentarios sobre la investigación Científica. Gestión en el Tercer Milenio. Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas, UNMSM (Vol. 9, N°, Lima, diciembre 2006), p. 92.

(3) FARIÁS Levy. POR UN GIRO REFLEXIVO EN LA «ENSEÑANZA» DE LA METODOLOGÍA Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Artículo publicado en la red, p. 2.

ciencia está en capacidad de dar respuestas objetivas sobre el mundo con grandes posibilidades de certeza, ha ido cambiando y ha surgido una nueva tendencia -la cual va ganando fuerza cada vez más y más- que considera que las creencias de este tipo que dan mayor valor a lo objetivo, tienen un asidero limitado, incluso en el campo de aquellas que operan con objetos del mundo físico; si esto es así con mayor razón en el campo de la investigación jurídica.

Pues en materia jurídica la pretensión de buscar respuestas absolutas a los problemas de investigación, y de proponer soluciones invariables -incluso para situaciones semejantes- es sencillamente errado, y esto justamente por su naturaleza social, donde no puede haber respuestas únicas, sino, en todo caso, respuestas idóneas, pertinentes, razonables, contextualizadas para cada momento, ámbito y grupo social.

Ello tampoco significa, que sea imposible encontrar, respuestas seguras para cada circunstancia, ni que algunas respuestas no puedan ser mejores que otras. Lo que pasa, es que, en la medida en que las situaciones sociales son cambiantes, en cada momento hay siempre la necesidad de construir verdades apropiadas a las condiciones específicas en las que se opera.

#### **NO EXISTE UN SOLO METODO PARA INVESTIGAR:**

Según lo que se ha podido extraer de una serie de estudios realizados sobre la materia, diferentes autores señalan que habría tantos métodos como investigadores existen, y refieren que no existe un método único y rígido de estudio o de investigación.

Por estas y otras razones algunos de ellos encuentran poco justificado hablar de un único método científico, encumbrado además como el método exclusivo para conocer. En su lugar se

defiende un pluralismo metodológico o una complementación paradigmática, esta última sustentada por la Venezolana Mary Guanipa<sup>(4)</sup>, quien reconoce que el proceso del conocimiento, puede estar comprometido de muchos actos intuitivos, emotivos, espontáneos, situacionales, -habitualmente desacreditados como irracionales- pero sin embargo actuantes, en toda clase de investigación.

De ahí que como bien se ha dicho líneas arriba ni siquiera la investigación científica sigue un camino trazado de antemano en todos sus detalles, o sigue una vereda única que debe de recorrerse a ciegas y mecánicamente con la finalidad de obtener al final de la senda, la verdad.

El método científico lo que busca son dar pautas generales<sup>(5)</sup>, y en este sentido no hay métodos científicos "a prueba de tontos" -como bien dijera el Dr. Levy Farías-, imponerlos sería provocar la falta de ingenio y creatividad o lo que llama Mary Guanipa una "inercia mental", producto del mecanicismo y memorismo. ¿Es esto lo que queremos para nuestros estudiantes?.

Tengamos cuidado. En la investigación no caben concepciones rígidas que limitan el pensamiento y la acción. En la investigación se requiere un espíritu dialéctico que conjugue la preparación formal en el campo de la teoría, la metodología y la técnica, con las experiencias directas e indirectas, así como la imaginación creativa e innovadora que es una de las principales riquezas de la humanidad.

Tomemos en cuenta -refiere Eulogio Hurtado- lo que dijera Antonio Machado: en la investigación no hay camino, se hace camino al andar, camino que no está trazado al azar o de manera caprichosa. En la investigación debemos seguir la huella de otros investigadores quienes han dejado metodologías en el camino, y tomarlos, en la medida que nos sirva para el objeto de nuestra

(4) GUANIPA PÉREZ, Mary. Complementariedad Paradigmática en la Investigación. Universidad Rafael Belloso Chacín. Comité Académico y Docente Seminario de Investigación en el Doctorado Ciencias de la Educación Maracaibo - Zulia. Venezuela. Artículo publicado en la red.

(5) HURTADO DIANDERAS, Eulogio. Comentarios sobre la investigación Científica. Gestión en el Tercer Milenio. Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas, UNMSM (Vol. 9, N°, Lima, diciembre 2006).

investigación.

### **PROBLEMAS QUE DEBEMOS SUPERAR:**

Muchas veces los investigadores en materia jurídica se sienten desalentados frente a los sólidos resultados de otros campos del conocimiento como la ciencia, que se traducen en un progreso tecnológico, y por el contrario, observan con frecuencia que las disposiciones jurídicas carecen de eficacia práctica, o bien, que han sido superadas por la dinámica social.

De ahí, la errada percepción, de que esto obedece, a que el Derecho no cuenta con un método específico como la ciencia, atribuyendo a esto su fracaso en las investigaciones por que quierase o no, la mayoría de las ciencias y disciplinas, siguen teniendo como preocupación básica la de formularse un método de carácter universal -por el que se pueda sustituir la tan preciada habilidad personal del investigador-, gracias al cual se puedan descubrir y demostrar verdades.

Craso error por que, en principio en el Derecho, no se viene a experimentar, el Derecho no busca explicarnos nada, lo que busca, son dar soluciones a caso concretos, donde siempre está presente el factor humano el cual por naturaleza es impredecible justamente por su subjetividad, no podemos compararlo a un objeto o bien, que carece de este elemento y el que por el contrario sí resulta predecible frente a un hecho de la realidad.

Por otro lado debemos sacar de nuestra mente esa idea errada de que la investigación implica hacer grandes descubrimientos que se desencadenaran en grandes inventos o algo por el estilo, no, nada de eso es cierto. Se puede hacer investigación a partir de un problema tan sencillo cuya solución pueda ser tan obvia. Un niño pudo hacerlo, sino, recordemos a Jack Davis<sup>(6)</sup>, quien problematizó un caso a través de algo tan simple como ser el de preguntarse ¿por qué habiendo

tanta hambre existen personas que se dan el lujo de botar la comida?, -tomemos en cuenta que esto es usual y cotidiano en EE. UU., por el temor a las demandas indemnizatorias-. Frente a este problema el pequeño se propuso una meta, y no se amilanó pese haberse prevenido sobre el largo recorrido que tenía que seguir, y lo hizo hasta lograr la promulgación de una ley, que al final dio solución al problema planteado. Si un niño puede hacerlo, ¿Por qué no, nuestros estudiantes que se encuentran en un nivel de estudios superiores?.

Que es lo que sucede, ¿cual es el problema?. Esto me lleva a deducir que no se está impartiendo una buena enseñanza en el ámbito de la investigación y en general en todas las materias por que nos encontramos arraigados a un método tradicional: el de docente dictador y alumno receptor. Esto no debe seguir, los docentes por un lado deben tomar conciencia de que una enseñanza rígida y vertical no ayuda en nada, se debe promover la participación de nuestros estudiantes para ayudarlos a desarrollar su capacidad crítica y reflexiva y, por otro lado, los estudiantes, deben tomar conciencia que la investigación se "aprende haciendo"; no hay otra forma de ser investigador que haciendo investigación. Por ello es tan importante en los pre y postgrados tener tutores o asesores que sean investigadores y que puedan direccionar los trabajos de manera adecuada hacia las áreas de sus competencias y no en otras áreas donde no se encuentren capacitados.

Un investigador debe tener una formación metodológica, tanto teórica como práctica; pero debe igualmente, cultivar una actitud reflexiva ante los sentimientos de duda. Un desarrollo del sentido común y de capacidad de razonamiento. Debe también poseer honestidad intelectual y ser amplio, respetuoso de otras opiniones y por supuesto, tener independencia de criterio.

Pero lastimosamente el conflicto se da, cuando paradigmas hegemónicos -como ser el de una

---

<sup>(6)</sup> Jack Davis, es un niño de 11 años, hijo de peruana y de estadounidense, que vive en Florida, Estados Unidos. Él ha promovido una ley que dona comida para los más pobres. La comida proviene de los restaurantes que diariamente enviarían comida sobrante en buen estado a los centro de protección de menores y ancianos abandonados.

concepción cientifista-, pretenden imponerse en problemas que no le son propios, y causan daño a los investigadores y al objeto de estudio que se viene investigando; cuando la naturaleza del problema de investigación impone -o requiere- una metodología propia, mixta o cualitativa, pues son las más amplias, versátiles, difíciles y por supuesto desconocidas por la mayoría, incluso por los jurados y asesores de tesis.

Digo esto por que si hacemos un estudio de autores que han seguido investigaciones que utilizan la metodología cualitativa o mixta es más que seguro que no encontraríamos resultados alentadores, pues tanto los autores como los asesores y jurados tienen un nivel alto de desconocimiento de las bondades de estas innovaciones y/o combinaciones paradigmáticas, de allí la explicación, que pretendan imponer modelos y estilos de manera inflexible porque son los únicos que conocen y dominan.

Es por eso que muchos investigadores -aunque no se si realmente lo sean- imbuidos de esta concepción prefieren seguir utilizando el paradigma más conocido (el positivismo) en vez de atreverse a innovar y poner en práctica su creatividad, y todo esto, por temor a las represalias de los miembros del Jurado, sus asesores o dictaminadores, convirtiéndose en lo que el Dr. Ramos Nuñez llama un talibán jurídico.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN:

"Trabajar el profundo tema de la investigación jurídica parte por reconocer que el derecho es un fenómeno complejo, y como tal sus definiciones son múltiples; sin embargo las discrepancias que surgen no sólo son de formulaciones meramente, sino que responden a diversas concepciones del tema de justicia, sociedad y Estado. Tal problema también se refleja en el carácter científico atribuido a él o denegado bajo parámetros estrictamente epistemológicos "(7).

Si bien el aspecto más importante en la investigación es la transformación en cuanto a la libertad y

a la posibilidad de ampliación del espectro de procedimientos a utilizar, más que en procedimientos específicos, y aunque la mayoría, considera la utilidad de las metodologías por separado -la cualitativa y cuantitativa- por haber respondido a las expectativas planteadas por los investigadores vislumbrándose como un recorrido fácil para llegar a la meta trazada, por otro lado también reconocen la necesidad de una complementariedad o la creación de métodos propios que sean adecuados al objeto de investigación.

Pareciera, que esto ha provocado que los investigadores poco a poco vayan abriendo camino hacia la innovación y creatividad, así como la multiplicidad o complementariedad de métodos, que de manera muy peculiar los desarrolla la Dra. Mary Guanipa Pérez: "[...] Considero, que nada me impide, plantear un problema y resolverlo cualitativa y cuantitativamente, establecer convergencia entre los resultados y reconocer que la complementariedad posibilita la triangulación en la investigación. Debemos recordar, que la metodología cuantitativa no es exclusivamente objetiva ni la cualitativa puramente subjetiva ya que ambas están influenciadas por creencias, valores y actitudes del investigador".

Sin duda la tendencia a la flexibilidad de métodos se encuentra avanzando progresivamente y se viene aplicando en diferentes Universidades de Latinoamérica promovido por estudiosos sobre la materia, como ser: el Dr. Levy Farias y la Dra. Maritza Montero (Universidad Central de Venezuela, Caracas), Oscar Sarlo (Universidad de la República, Montevideo, Uruguay) Andrés Botero Bernal (Universidad de Medellín, Colombia), Alejandro Robledo Rodríguez (Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, en Chile), Moisset de Espanés (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Republica de Argentina), Luis M Guirola (a través de socialdemocracia.org, en México) entre otros y aunque aquí lo promueven el Dr. Carlos Ramos Nuñez (Profesor de la Universidad Católica de Lima) y el conocido Dr. Juan Carlos Valdivia Cano -docente de la Escuela de

(7) CESAR AUGUSTO PROAÑO CUEVA. abogado - profesor universitario. LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y EL DERECHO. Artículo publicado en la red, p. 1.

Post Grado de esta Universidad y la Universidad Católica de Arequipa- pareciera que prefieren hacer oídos sordos pasando por alto y obviando sus planteamientos, optando aún por los métodos inflexibles implantados por la tradición, tradición que desde hace mucho, se ha venido convirtiendo en un obstáculo para el avance, progreso y desarrollo de nuestra sociedad intelectual. ¿Tradición? que acaso, ¿la tradición no fue el progreso del ayer, y acaso el progreso de hoy no construirá la tradición del mañana?, sabias palabras de S. S. Juan XXIII cuando se enfrentó a quienes invocaban la tradición para formular reservas a ciertas ideas renovadoras suyas puestas de manifiesto durante el desarrollo del Concilio Ecuménico Vaticano II.

Espero con esto haber contribuido en algo y despejado algunas dudas que desde hace mucho tiempo vienen preocupando a nuestros alumnos de pre y post grado así como los egresados de nuestra universidad y por el bien de ellos y la institución del que todos formamos parte -tanto docentes, directivos, administrativos y estudiantes-, procuremos cambiar de criterio tomando en cuenta los consejos de los estudiosos y especialistas en la materia para así evitar echar a perder el talento y la capacidad intelectual de nuestros pupilos quienes mañana más tarde, a través de su desenvolvimiento profesional nos puedan traer motivos de orgullo, como ha sucedido recientemente con la designación de los nuevos fiscales y magistrados para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en los Distritos Judiciales de Tacna y Moquegua. No impidamos esta posibilidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

1. BERNAL GARCIA, José y GARCIA PACHECO, Diana Marcela. Metodología de la Investigación Jurídica y Socio Jurídica. Fundación Universitaria de Boyacá. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Centro de Investigaciones para el desarrollo "CIPADE". Institución Universitaria Univoyacá.
2. BUNGE, M. (1976) La investigación científica (su estrategia y su filosofía). Barcelona: Ariel.
3. CHÁVEZ ROSERO, Fernando Augusto. Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. ALGUNOS ALCANCES SOBRE EL MÉTODO DOGMÁTICO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.
4. CUEVA ZVALETA, Jorge Luis. La Investigación Jurídica. Pautas metodológicas para elaborar el trabajo de investigación en el ámbito del Derecho.
5. FARÍAS Levy. POR UN GIRO REFLEXIVO EN LA "ENSEÑANZA" DE LA METODOLOGÍA Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
6. GUANIPA PÉREZ, Mary COMPLEMENTARIEDAD PARADIGMÁTICA EN LA INVESTIGACIÓN. Universidad Rafael Belloso Chacín. Comité Académico y Docente Seminario de Investigación en el Doctorado Ciencias de la Educación Maracaibo - Zulia. Venezuela.
7. HURTADO DIANDERAS, Eulogio. Comentarios sobre la investigación Científica. Gestión en el Tercer Milenio. Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas, UNMSM (Vol. 9, N°, Lima, diciembre 2006).
8. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Ed. Horizonte. Bogotá. Reimp. 1999.
9. PISCOYA HERMOZA, Luis. El Proceso de la Investigación Científica. Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
10. RAMOS SUYO, Juan. Elabore su Tesis en Derecho Pre y Post Grado. 1era. Ed. Lima. Editorial San Marcos, 2004.
11. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Cómo hacer una Tesis en Derecho y no envejecer en el intento. 3era. Ed. Gaceta Jurídica Editores. Lima 2005.
12. SANCHEZ FERNANDEZ, Luis Manuel. Notas para la Investigación en Derecho y Ciencias sociales. La elaboración de la tesis.
13. VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Ángel. Metodología de la Investigación Científica. 1ra. Ed. San Marcos Editores.

## LA PENTA DIMENSIONALIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

Mario Guillermo Denegri Sosa \*

*«Por qué el delito es investigado aisladamente dejando de lado en algunos casos o a veces en muchos de ellos a las ciencias penales, llevando sólo a cabo investigaciones «empíricas» o investigaciones por experiencias o con «formato o plantilla pre establecida», sin tener en cuenta la metodología de la investigación como eje fundamental de toda indagación y verificación de problemas (delitos) y la consiguiente resolución de conflictos y problemas de la realidad jurídica social».*

\* 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.

## I.- INTRODUCCIÓN

El Delito viene siendo estudiado desde diversas ópticas de la vida y de diversas dimensiones de la ciencia, en esta oportunidad el estudio del delito está determinado a probar que existen cinco materias o ciencias penales que van a permitir un estudio e indagación integral y exhaustiva en la comisión u omisión de algún delito, así nos preguntamos:

- ¿Por qué es importante una investigación integral del delito en concordancia con la pentadimensionalidad de la investigación del delito?
- ¿Cómo lograr una investigación sistémica y holística del delito?
- ¿A través de qué ciencias penales o disciplinas se logrará una investigación integral sobre el delito?
- ¿Se puede investigar el delito desde diversas ópticas?
- ¿Es posible investigar el delito globalmente?
- ¿Porqué es deficiente investigar el delito solo sobre la óptica de una Ciencia penal, sea la Criminalística, la Criminología, la Dogmática penal, etc.?
- ¿Por qué resulta ineficaz la investigación de un delito si no se hace una interacción multidisciplinaria en las Ciencias Penales?
- ¿Se debe tener en cuenta la pentadimensionalidad de la investigación del delito?

## II.- PROBLEMÁTICA.

Por qué el delito es investigado aisladamente dejando de lado en algunos casos o a veces en muchos de ellos a las ciencias penales, llevando sólo a cabo investigaciones «empíricas» o investigacio-

nes por experiencias o con «formato o plantilla pre establecida», sin tener en cuenta la metodología de la investigación como eje fundamental de toda indagación y verificación de problemas (delitos) y la consiguiente resolución de conflictos y problemas de la realidad jurídica social.

De otro lado las investigaciones tendientes al esclarecimiento de un delito no cuentan con el personal «investigador» especializado o preparado para realizar el descubrimiento del hecho criminal.

Ahora, bien el investigador de un delito, de un hecho criminal o de cualquier acto antisocial, sea este policía, magistrado: juez o fiscal, abogado o cualquier otra persona que se vincule estrechamente con la investigación debe tener en cuenta al momento de iniciar la investigación de un delito las cuatro ciencias penales que se detallan a continuación e interactuando entre las mismas y con la ayuda de la metodología de la investigación jurídica o metodología de la investigación social jurídica o metodología de la investigación policial lograr esclarecer dicho acto criminal y buscar brindar justicia<sup>(1)</sup> a la población que denuncia el hecho penal.

Por ello, nos planteamos la posibilidad de hacer uso de las siguientes ciencias penales pero de manera conjunta, a efectos de lograr la interacción entre dichas ciencias, y un estudio integral del delito:

1. Dogmática Penal
2. Criminología
3. Criminalística
4. Política Criminal
5. Metodología de la Investigación jurídica

## III.- MARCO TEÓRICO

### 3.1 DOGMÁTICA PENAL

#### CONCEPTO

La dogmática penal es el campo en el cual se da

(1) El Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe S.A., Madrid: Define al término justicia: Virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece o lo que le corresponde. Derecho, razón, equidad. Lo que debe hacerse según el derecho o la razón Pena o castigo y su aplicación: al final se hizo justicia. Poder judicial: la justicia es independiente. **administrar justicia** loc. **DER.** Aplicar las leyes en los juicios civiles o criminales y hacer cumplir las sentencias. **hacer justicia** loc. Obrar en razón o tratar a alguien según su mérito, sin atender a otro motivo, especialmente cuando hay competencia y disputa.



ese constante intercambio entre las abstracciones normativas penales y su confrontación con la realidad social.

## DOGMÁTICA PENAL<sup>(2)</sup>

Es la Ciencia a través de la cual los juristas interpretan el Derecho Penal y lo aplican a un caso concreto. ¿Quiénes aplican la dogmática penal? Son encargados de aplicarla fundamentalmente los jueces, abogados, y los estudiosos del Derecho Penal.

La Dogmática Penal es una ciencia objetiva, en ella no existe, como en las demás ramas del Derecho subjetividad, ni es aplicable la analogía. La Dogmática Penal establece si el autor del delito es punible, es decir, si le cabe la pena; y además, estudia como se debe penar en caso de serlo.

## LAS CUATRO DIMENSIONES «PRÁCTICAS» DE LA DOGMÁTICA PENAL<sup>(3)</sup>

El punto de partida esencial para un acercamiento entre la dogmática penal y la práctica penal consiste en la toma de conciencia de que la dogmática penal debe tener una referencia obligada y directa a la «realidad». Aquí la palabra realidad tiene diversos significados.

1. En primer lugar significa el conjunto de normas penales contenidas en la Constitución, en el Código Penal y en la legislación complementaria.
2. En segundo lugar «realidad» significa la práctica concreta de los tribunales que se evidencia en la jurisprudencia en todos los niveles de la judicatura.
3. En tercer lugar significa las prácticas concretas de los otros sujetos procesales.
4. Por último, también implica los efectos sociales del ejercicio del poder penal y la percepción social del funcionamiento de la justicia penal.

Que la dogmática penal se debe referenciar a la realidad significa que debe tomar en cuenta todas

esas dimensiones. Por supuesto que ella no se ocupa del mismo modo de todos estos sectores de la realidad, pero sí se relacionará, directa o indirectamente, con todos ellos.

## LA TEORÍA DEL DELITO

Es el instrumento conceptual que permite aclarar todas las cuestiones referentes al hecho punible.

Tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos del delito, de un comportamiento humano sea a través de una acción u omisión, pasible de sanción.

Todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal, será entonces análisis y estudio de la teoría del delito; además todo aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o de una medida de seguridad; así como los casos extremos en los que no obstante existir un lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulta justificado, no reprochable o bien no punible, o en su caso impune.

## DEFINICIÓN DOCTRINARIA DEL DELITO

1. **ENRIQUE BACIGALUPO:** «*Es la infracción de un deber ético-social, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.*»
2. **CARRARA:** (Ius Naturalista) «*Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultando de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*»
3. **FONTAN BALESTRA:** «*Es la acción típicamente antijurídica y culpable.*»
4. **LISANDRO SALAS:** «*Es el resultado de una interacción multidisciplinaria de la Política Criminal, Dogmática Penal, Criminología y la Criminalística.*»
5. **ALBERTO ZEVALLOS ALE:** «*Es una ac-*

(2) Citado en la página web: <http://www.prociuk.com/Derecho%20Penal%20Parte%20General.pdf>

(3) Citado en la página web: <http://www.defensapublica.org.ar/revista/1999/07/doctrina.nac/nota.htm>

*ción u omisión humana, típica, antijurídica, imputable a un hombre culpable, sujeta a veces a condiciones objetivas de punibilidad y sancionada con una pena o medida de seguridad».*

**6. LUIS JIMÉNEZ DE ASUA:** «*Es el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.*»

**7. EUGENIO CUELLO CALÓN** de su obra «Derecho Mexicano» que dice: «*delito es una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.*»

**8. CARRANCÁ Y TRUJILLO**, por su parte, refiere que en la ciencia del Derecho se consigna al delito como: «*Todo hecho que lesione, dañe o ponga en peligro las condiciones de vida individual o social, más o menos importantes, determinadas por el Poder Público.*»

**9. LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA**, en su obra «Criminología» consideran que delito es: «*la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley.*»

**10. DELITO** (Derecho Penal) Acción típica, antijurídica y culpable. Acto tipificado como tal en la ley, contrario al derecho y en el que el agente ha tenido dominio sobre las circunstancias, es decir, que por voluntad no ha desarrollado una conducta diferente. Todo hecho prohibido bajo la advertencia legal de una pena. Presupuesto necesario para la actuación del Estado en su función punitiva, sobre el que descansa todo el sistema penal. Infracción sancionada con una pena grave.

**11. DELITO** «es el acto u omisión que sancionan las leyes penales»

El Derecho Penal tiene como punto de estudio en su Parte General:

1. LA TEORÍA DEL DELITO: POSITIVA O NEGATIVA
2. LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD
3. LA TEORÍA DE LA PENA O DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.

4. TEORÍA DE LA LEY PENAL

5. TEORÍA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

6. TEORÍA DE LA VÍCTIMA O VICTIMOLOGÍA

7. TEORÍA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA.

Las raíces etimológicas de la palabra delito: encontramos que **«deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley».**

Por su parte el Maestro Ignacio Villalobos, «refiere que la palabra delito, deriva del *supino delictum* del verbo *delinquere*, a su vez compuesto de *linquere*, dejar, y el prefijo de en la connotación peyorativa, se toma como *linquere viam* o *rectam viam*: dejar o abandonar el buen camino».

Los conceptos coinciden en aceptar como significado etimológico de la palabra delito, la de **«apartarse o dejar atrás el buen camino señalado por la norma o la ley»**, es decir, que desde su origen la palabra delito, se refería para aludir a un comportamiento no deseado por la sociedad alejada de las pautas de conductas idóneas. De esta manera, la historia registra que desde la antigua Roma ya se distinguía entre delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*delicta*), precisando que «las primeras ponían en peligro evidente a toda la comunidad, se perseguía de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas (decapitación, ahorcamiento en el árbol infelix, lanzamiento desde la roca tarpeya, etc.), y tenían orígenes militares y religiosos. Los segundos, causaban daño a un particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social, se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada a favor de ella»

**CATEGORÍAS DEL DELITO.**

En el transcurso de la Historia del Derecho Penal, diversas escuelas doctrinarias y corrientes jurídicas le han imputado al Delito diversos requisitos, características, elementos, aspectos, partes; en sí ha pasado por una serie de modificaciones,

pero en la actualidad se denominan CATEGORÍAS DEL DELITO.

Las categorías del Delito según la óptica de las investigaciones o las corrientes pueden tener dos o más elementos o categorías pudiendo ser:

1. Bitómica, presenta dos categorías o elementos del Delito,
2. Tritómica, presenta tres categorías o elementos del Delito.
3. Tetratómica, presenta cuatro categorías o elementos del Delito.
4. Pentatómica, presenta cinco categorías o elementos del Delito.
5. Hexatómica, presenta seis categorías o elementos del Delito.
6. Heptatómica, presenta siete categorías o elementos del Delito.

### 3.2 CRIMINOLOGÍA.

#### ETIMOLOGÍA.

La palabra Criminología deriva del latín *criminis* y del griego *logos*, que significa el tratado o estudio del crimen y el delito - delincuente.

#### CONCEPTO.

**LA CRIMINOLOGÍA** es una ciencia social que a partir de diversos enfoques metodológicos, se ocupa del estudio de «la cuestión criminal» o la criminalidad como un fenómeno social. Su objeto aborda temas como el delito, el delincuente, la política criminal, el control social y los procesos de criminalización, entre otros.

#### CRIMINOLOGÍA.<sup>(4)</sup>

Cuando se busca saber qué es el delito, aparece la Criminología. La Criminología es la ciencia que busca el causal del delito en la persona. Su importancia fue variando con el transcurso del tiempo.

Al principio la criminología intentó describir las conductas y los tipos de delincuentes, con los ejemplos extremos de llegar a clasificar los tipos físicos atribuibles a cada tipo de delincuente, esto fue dejado de lado; luego buscaba identificar las motivaciones del delincuente. Aquí se relaciona con el Derecho Penal en su función preventiva. El estudio de la Criminología busca evitar la reincidencia del delincuente.

La Criminología es la ciencia multidisciplinaria que estudia el delito y el delincuente, como la conducta humana desviada tanto de los casos en forma individual como de los fenómenos de masa, a fin de determinar y explicar la génesis del fenómeno, prevenirlos, como a su vez aplicar los tratamientos o remedios necesarios del caso.

### CONCEPTO DE CRIMINOLOGÍA Y CRIMINÓLOGO

Para definir la Criminología y orientar sobre el papel social del criminólogo, los diversos autores dan sus diversas explicaciones y visiones, que en esencia suelen coincidir. De todas ellas, a nosotros nos parece más adecuada, por concreta, la que aquí reflejamos, que es la que señalan los autores Vicente Garrido, Per Stangeland y Santiago Redondo, en su libro *«Principios de Criminología»*.

**«Ciencia que estudia el comportamiento delictivo, la reacción social frente al delito, el comportamiento desviado, el delincuente, la víctima y los medios de control social, todos ellos componentes analíticos o áreas de estudio subordinados que examinan aspectos parciales del objeto general».** La confluencia de estas dos dimensiones principales encuadra el espacio científico de la Criminología.

Una de las primeras funciones de la Criminología es el conocimiento científico del hecho criminal. El objetivo es aportar conocimientos sobre el fenómeno criminal, estos conocimientos deben de tener la etiqueta de conocimientos científicos, será

(4) <http://www.prociuk.com/Derecho%20Penal%20Parte%20General.pdf>

el equivalente a conocimiento certero y fiable.

Es a través del método de la Criminología (método interdisciplinario, técnicas empíricas) como se puede reducir el subjetivismo en este caso. La Criminología aportará un diagnóstico cualificado, fiable del hecho criminal.

Siguiendo el método científico, la Criminología<sup>(5)</sup> como cualquier otra ciencia social, aspira al logro de 4 niveles (o propósitos o vertientes) de conocimiento de ambición creciente:

**1º Nivel, Descriptivo:** pretende detallar las condiciones en que se producen los comportamientos delictivos y las reacciones sociales frente a ellos.

**2º Nivel, Explicativo:** para ello ordena lógicamente los hallazgos que describen la aparición de los fenómenos: delincuencia y reacción social, y arbitra explicaciones o teorías que vinculan entre sí los conocimientos obtenidos.

**3º Nivel, Predictivo:** con la finalidad de por menorizar bajo qué circunstancias se favorecerá o se dificultará el comportamiento delictivo.

**4º Nivel o vertiente, Aplicada:** cuyo propósito es intervenir sobre los factores relacionados con la delincuencia con la pretensión de reducir los comportamientos delictivos en la sociedad.

## FUNCIONES DEL CRIMINÓLOGO

Es habitual que en los foros de discusión de criminólogos surja la cuestión de «cuál es realmente el rol profesional del criminólogo». Hay una tentación notable de formular la idea de que cuando se estudia el historial de los delincuentes (en relación con los tribunales, en las prisiones, etc.) «es el criminólogo quien puede hacer la síntesis de todos los conocimientos relacionados, y elaborar un informe criminológico». Tentación que, si bien permite dejar contenta a la mayoría, en la práctica no supone un avance destacable en el acercamiento del criminólogo a mercado la-

boral y su reconocimiento social.

Parece legítimo que el criminólogo desee disponer de un instrumental propio, y éste viene a ser para muchos «el informe criminológico». Sin embargo, detrás de esta argumentación parece esconderse la equivocada idea de Criminología como «batiburrillo de ciencias», como «visión integrada frente a problemas que, no obstante, se hallan muy relativizados por cada sociedad y por cada época» (otro argumento repugnante).

No se pretende negar la integración de conocimientos que realiza la Criminología, ni el hecho de que el delito está definido culturalmente (pocas cosas no lo están). Pero sí que hay que señalar con firmeza que un criminólogo resulta útil allí donde puede aplicar alguna parte de los conocimientos de esta ciencia en la comprensión o la prevención (en sentido amplio) de la delincuencia.

Así las cosas, vemos legítimo que un criminólogo trabaje en cualquiera de estas ocupaciones:

▷ La investigación científica sobre la delincuencia o asuntos relacionados con el control social y la prevención de la delincuencia.

▷ La investigación criminalística (técnicas que ayudan a la reconstrucción de los hechos delictivos).

▷ Actividades de investigación privada.

▷ Consejero de seguridad de una empresa o una institución.

▷ Asesor de organismos locales, regionales o nacionales.

▷ Programas de prevención en la comunidad.

▷ Planificación urbanística.

▷ Atención a menores en centros de reforma y de asistencia educativa.

(5) <http://www.planetaius.com.ar/wiki/doku.php?id=criminologia>

↳ Centros de atención a víctimas del delito.

↳ Programas de prevención de la violencia familiar.

↳ Programas de mediación entre delincuentes y víctimas.

↳ Intervención en el ámbito penitenciario.

↳ Agentes de libertad condicional o libertad vigilada.

La lista no es ni exhaustiva ni excluyente. Pero un criminólogo –definido aquí como el que sabe de Criminología- tiene tantos roles como se puedan definir de modo formal en el ejercicio de un desempeño profesional. No es necesario acudir a la «síntesis criminológica», ni a la con frecuencia tarea melliza de «coordinar a todos los estamentos». Bienvenido sea esto también, pero no a costa de todo lo demás.

#### RAMAS O DISCIPLINAS DE LA CRIMINOLOGÍA.

##### **BIOLOGÍA CRIMINAL.**

- ↳ Biocriminogénesis
- ↳ Biotipología Criminal.
- ↳ Endocrinología Criminal.
- ↳ Genética Criminal
- ↳ Herencia Criminal
- ↳ Somatología criminal
- ↳ Clínica criminológica
- ↳ Aberraciones cromosomáticas.
- ↳ Etología Criminal.
- ↳ Bioquímica Criminal
- ↳ Enfermedades profesionales
- ↳ Traumatología Criminal.
- ↳ Radiología Criminal.
- ↳ Reumatología Criminal.
- ↳ Nefrología Criminal.
- ↳ Neurología Criminal.
- ↳ Neumología Criminal, etc.

##### **PSICOLOGÍA CRIMINAL**

- ↳ Psicopatología Criminal
- ↳ Psiquiatría Criminal.
- ↳ Psicoanálisis Criminal.
- ↳ Psicología Aplicada a los Tribunales.
- ↳ Psicología Penitenciaria.

↳ Psicología de la Delincuencia.

↳ Psicología Judicial (testimonio, jurado).

↳ Psicología Policial y de las Fuerzas Armadas.

↳ Etiología Criminal

↳ Fenomenología criminal.

↳ Victimología.

↳ La teoría de la personalidad

↳ El Delito como un proceso psicológico

↳ Las emociones y pasiones criminales

↳ Los temperamentos criminales

↳ La caracterología criminológica

↳ Las motivaciones psicológicas del delito

↳ El desarrollo de la personalidad y los factores psicológicos de algunas conductas antisociales o parasociales: homicidio, robo, fraude, violación, prostitución, suicidio, etc.

##### **SOCIOLOGÍA CRIMINAL.**

↳ Mesología Criminal

↳ Geografía Criminal.

↳ Mundo circundante.

↳ Ecología Criminal.

↳ Estadística Criminal

↳ Terapéutica Criminal

↳ Realidad Criminal

↳ Prognosis Criminal.

↳ Profilaxis Criminal.

↳ Penología Criminal

↳ Pedagogía Criminal, etc.

##### **ANTROPOLOGÍA CRIMINAL.**

↳ Antropología biológica o Antropología física.

↳ Antropología visual.

↳ Antropología médica.

↳ Antropología clásica y contemporánea.

↳ Antropología teológica.

↳ Antropología social, antropología cultural o Etnología (también conocida como antropología sociocultural).

↳ Arqueología. Estudia a la humanidad pretérita.

↳ Antropología lingüística o Lingüística antropológica: estudia los lenguajes humanos.

↳ Antropología del parentesco: se enfoca en las relaciones de parentesco.

↳ Ciberantropología: Estudia sistemas cibernéticos

y la relación entre humanos y tecnologías.

▷ Antropología de las religiones: Estudia los sistemas religiosos y de creencias.

▷ Antropología filosófica.

▷ Antropología forense: Se encarga de la identificación de restos humanos esqueletizados dado su amplia relación con la biología y variabilidad del esqueleto humano.

▷ Paleontología humana: Se ocupa del estudio de la evolución humana y sus antepasados fósiles u homínidos antiguos.

▷ Antropología genética.

▷ Arqueoastronomía: Es el estudio de yacimientos arqueológicos relacionados con el estudio de la astronomía por culturas antiguas.

▷ Arqueología subacuática: Sigue los preceptos de la arqueología terrestre pero se dedica, a través de la técnicas de buceo, a desentrañar antiguas culturas cuyos restos materiales que, por alguna una razón u otra, se encuentran actualmente bajo el agua, etc.

### 3.3 CRIMINALÍSTICA.

#### CONCEPTO.

La Criminalística es una CIENCIA multidisciplinaria, que tiene como objeto determinar el: Cómo, cuándo, dónde y quién cometió un hecho delictivo. Para poder lograr su objetivo, la Criminalística se vale del conocimiento de otras ciencias afines, como ser: Medicina Forense, Física, Psicología, Abogacía, entre otras.

La Criminalística es «la disciplina que tiene por objeto el descubrimiento, explicación y prueba de los delitos, así como la detección de sus autores y víctimas».

La Criminalística es la disciplina coadyuvante del Derecho Penal y de la propia Criminología frente

a un delito.

Consecuentemente la Criminalística utilizando una serie de técnicas procedimientos y métodos establecen la verdad jurídica acerca del acto criminal. La Criminalística registra estas 7 interrogantes:

1. ¿Cómo?,
2. ¿Cuándo?,
3. ¿Dónde?,
4. ¿Por qué?,
5. ¿Quién o quiénes?,
6. ¿Qué?,
7. ¿Con Qué?.

La Criminalística se vale obviamente de todos los métodos y técnicas de investigación posibles, proporcionados por las más diversas áreas del saber científico; ello en cuanto sirvan a su objeto. Pero, a su tiempo, va desarrollando su propio cuerpo de conocimientos y adquiriendo autonomía disciplinaria.

#### DEFINICIÓN DE CRIMINALÍSTICA

La definición más común entre la mayoría de los autores es la que concibe la Criminalística como «la disciplina auxiliar del Derecho Penal que se ocupa del descubrimiento y verificación científica del delito y del delincuente».

Aparte algunos otros puntos discutibles, consideremos que la anterior definición adolece de imprecisión en su última parte, al hablar de delito y delincuente.

En efecto en Criminalística, al intervenir en la investigación de un hecho determinado, no puede saber previamente si se trata de un delito o no, es por ello que nosotros hablamos de «presuntos hechos delictuosos» como veremos en seguida al exponer nuestra definición.

**CRIMINALÍSTICA<sup>(6)</sup>** es la disciplina que aplica fundamentalmente los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen de material sensible significativo relacionado con un presunto hecho delictuoso, con el fin de determinar, en auxilio de los órganos de administrar justicia, su existencia, o bien

(6) <http://www.experticias.com/experto/modules.php?name=News&file=print&sid=98>

reconstruirlo o bien señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo.

La Criminalística es independiente de la Criminología, ya que son dos ciencias distintas, esto es porque mientras la primera estudia el cómo, cuándo, dónde y quién cometió un hecho delictivo, la segunda, **-CRIMINOLOGÍA- ESTUDIA EL POR QUÉ?** ¿Qué fue lo que llevó al individuo a cometer el delito?

¿Qué función cumple el Perito Criminalístico?

La de ser auxiliar directo de la Justicia, cuando existen hechos delictivos que causen daños físicos, morales y/o económicos, ya sea a una persona, institución pública o privada y/o al Estado, ya sea provincial y/o nacional.

**¿Cómo debe ser el/la Perito?**

**Debe ser Científico:** porque debe actuar de acuerdo a los fundamentos de cada una de las especialidades que se apliquen de la Ciencia Criminalística, trabajando sólo aquello que nos otorgue un conocimiento cierto y adquirido de lo que existe, que admita principios y causas que sean posibles de demostración.

**Concreto:** debe reducirse a lo más esencial o seguro la materia sobre la que se habla.

**Imparcial y Objetivo:** debe actuar en forma justa, sin prejuizar. No debe prevalecer el modo de pensar o sentir, debe dejarse de lado toda subjetividad a fin de no emitir conclusiones personales y erróneas.

**Narrativo:** todo lo relatado en la pericial debe ser claro, preciso, conciso, con lenguaje sencillo, a fin de que cualquiera sea la persona que leyera el trabajo pericial pueda interpretar y evaluarlo como si estuviera en el lugar del hecho.

Como ya lo habíamos anotado es importante que el perito en Criminalística en el momento de estar en un lugar de los hechos, éste sea lo suficientemente metódico para identificar todo tipo de indicios de los cuales diferenciara:

**1. INDICIOS REALES.**- Estos son los que tiene que ver con un presunto hecho delictivo y que ya fueron confrontados por lo tanto tienen ya el grado de evidencia.

**2. INDICIOS LÓGICOS.**- Este tipo de indicios los encontraremos en la medida de la escena que se nos presente, por ejemplo si encontramos un homicidio por disparo de arma de fuego en la región parietal de la víctima entonces un indicio lógico sería la ojiva y la camisa que perforó el cráneo de la víctima.

**3. INDICIOS ILÓGICOS O FALSOS.**- Estos son los que más comúnmente se encuentran no solo son los que el victimario plantea para despistar a las autoridades, sino muchas veces son los indicios que se dan y no tiene relación alguna con lo hechos.

## METODOLOGÍA GENERAL DE LA PERITACIÓN<sup>(7)</sup>

La investigación pericial no puede realizarse de cualquier forma, sino que ha de someterse a unas normas e inspirarse en unos principios fundamentales, a fin de ser verdaderamente útil a los fines de la justicia. La ignorancia de este hecho da lugar a que eminentes profesionistas sean en la práctica mediocres o pésimos peritos.

La inducción aplicada a gran número de hechos observados y experimentados ha permitido formular principios generales (biológicos, físicos, químicos, etc.), en los que se apoyan los peritos para resolver sus problemas. La deducción les permite aplicar aquellos principios generales a las observaciones propias de cada paso particular. Sin embargo, en aquellos casos en que sólo dispongan de datos parciales, procederán por analogía como el paleontólogo que reconstruye un fósil con sus fragmentos.

En resumen, la esencia de la investigación pericial consiste en la recolección y el análisis sistemático de los datos. El acopio de datos requiere de mirada sutil, entendiendo por ella el hábito de observar, el espíritu alerta e inquisitivo, la inteligen-

(7) [http://expertos.monografias.com/home.asp?tip=usu&item=pregunta&id=5&id\\_item=203833&idr=155589](http://expertos.monografias.com/home.asp?tip=usu&item=pregunta&id=5&id_item=203833&idr=155589)

cia activa, que percibe todo lo que es desusado y ve un problema en sus más recónditos aspectos. Se tiene la certeza, de que aparte del genio, casi todos los descubrimientos se han debido psicológicamente a la combinación de esta mirada sutil con el espíritu inquisitivo.

La recopilación de datos, primer paso de la investigación pericial, debe ir seguida de la ordenación no menos laboriosa de los mismos, a fin de descubrir correlaciones y consecuencias uniformes.

#### **El Criminal o delincuente:**

1. Deja cosas, instrumentos u objetos detrás de sí.
2. Se lleva consigo cosas, los instrumentos y objetos.

#### **El Investigador:**

1. Busca y encuentra las cosas, instrumentos u objetos
2. Las recoge y preserva.
3. Los lleva al laboratorio.

#### **El Criminalista:**

1. Identifica y compara los objetos, instrumentos u objetos
2. Interpreta la información contenida por ellos o en ellos.

Las cosas u objetos criminales se llaman Evidencia Física.

Desarrollo de la Ciencia en la Criminalística.

1. Filosofía Natural - pensamiento humano
2. Ciencia de observación - observación de los hechos y de la escena del delito.
3. Ciencia Experimental - Examen de los indicios, cosas, instrumentos u objetos.
4. Ciencia o tecnología aplicada - empleo de la Ciencia en verificar los indicios, cosas, instrumentos u objetos

El método Científico en Criminalística.

1. Hacer observaciones y críticas a la investigación.
2. Repetir las observaciones de la investigación.

3. Que otro agente repita las observaciones de la investigación.

4. Hágalo nuevamente (re repetir las observaciones).

5. Formen una hipótesis o solución al problema o delito investigado.

6. Compruebe y verifique la hipótesis investigada con los elementos de prueba.

7. Saque conclusiones finales.

8. Dé las razones para las conclusiones finales.

#### **MATERIAS OBJETO DE LA CRIMINALISTICA**

Para Montiel Sosa las disciplinas científicas de la criminalista pueden dividirse según el siguiente criterio, y otras divisiones:

- ↳ Criminalista de campo
- ↳ Criminalística de Laboratorio.
- ↳ Balística forense
- ↳ Documentoscopia
- ↳ Documentología
- ↳ Accidentología
- ↳ Dactiloscopia
- ↳ Fotografía forense
- ↳ Hecho de transito terrestre
- ↳ Sistema de identificación
- ↳ Técnicas forense de laboratorio
- ↳ Técnica Criminal
- ↳ Táctica Criminal
- ↳ Estrategia Criminal
- ↳ Escenología criminal y técnica policial
- ↳ Grafoscopia.
- ↳ Explosivos e incendios.
- ↳ Fotografía forense.
- ↳ Toxicología forense.
- ↳ Hematología.
- ↳ Genética Forense
- ↳ Odontología forense
- ↳ Serología forense.
- ↳ Medicina forense o legal.
- ↳ Retrato hablado.
- ↳ Antropología forense.
- ↳ Química forense.
- ↳ Quiroscopia
- ↳ Palmoscopia
- ↳ Morfología papilar, etc



### 3.4 POLÍTICA CRIMINAL.

#### CONCEPTO.

La Política Criminal.<sup>(8)</sup>

Busca reformar aquello que está mal. Es función del Estado desarrollarla. Depende de la concepción ético-social que tenga el Estado que determinará una política criminal particular o específica.

La concepción de Política Criminal ha ido renovándose. Cada vez es más influyente en la **Dogmática Penal**.

Se considera además la reacción social al momento de definir una Política Criminal.

#### ¿Qué es una Política Criminal Integral?<sup>(9)</sup>

Un conjunto muy amplio, complejo y diversificado de medidas y acciones desarrolladas bajo el impulso del Estado, pero con amplia participación comunitaria, tendiente a reducir, limitar y atenuar el delito en general, y la violencia que suele ser su acompañante tradicional y todo ello promoviendo el ascenso social de la población y el desarrollo económico del país.

#### ¿Cómo se elabora una Política Criminal?

Primero hay que efectuar un amplio diagnóstico por áreas de problemáticas y de instituciones y organizaciones sociales, no limitadas sólo al delito, aunque las cifras de éste serán fundamentales.

El diagnóstico nos permitirá comparar la situación existente con una situación razonablemente satisfactoria, que en este caso sería la ideal. De allí surgirán los pasos a seguir en la planificación y posterior ejecución de un plan, por ejemplo, un Plan Director de Política Criminal.

La Política Criminal Integral procurará que el delincuente no pueda delinquir, pero fundamentalmente procurará que el niño o joven, especialmente el marginal, aquél abandonado por su familia, por el Estado y por la sociedad, no se convierta en delincuente; que otros no se hagan adictos a las drogas o al alcohol; que se

reduzca la circulación ilegítima de armas de fuego, que se refuercen los sistemas educativos y recreativos para la niñez y la juventud, con énfasis en la formación en valores; que se brinde apoyo a la familia de bajos recursos; que se organicen los barrios y las comunidades participativamente y que en cada zona se creen esquemas de prevención en coordinación con la policía y que se involucren todos en recuperar el espacio urbano muchas veces «desertizado» por haber sido abandonado por los vecinos y cedido a los delincuentes, quienes rápidamente se instalan en él.

Pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias, tácticas y medios de sanción social para conseguir un control óptimo del delito. Propondrá y determinará reformas del sistema vigente, criticando aquellas instituciones que se consideran politicocriminalmente inadecuadas o intolerables.

Su razón de ser es la renovación del Derecho Penal, reforma de la administración de justicia y reforma del sistema de penas. ***Política criminal y reforma del Derecho Penal son sinónimos.***

**La Política criminal** es el puente necesario entre el saber empírico y la concreción normativa que es el Derecho Penal, la política criminal busca y pone en práctica los medios y las formas más adecuadas para hacer eficaces los fines del Derecho Penal. Esta eficacia se va a conseguir cuando la política criminal le indique cuáles son las metas a las que el Derecho Penal debe aspirar, a su vez la política criminal establecerá los límites que el Derecho Penal no puede traspasar en la aplicación y formulación de las normas.

Política criminal también es estrategia penal, para que ello sea posible, la política criminal necesita en primer lugar un conocimiento adecuado de la realidad social y humana, quien aportará esos conocimientos será la Criminología.

La política criminal o bien establece una interpretación de la realidad o bien una reforma del siste-

(8) <http://www.prociuk.com/Derecho%20Penal%20Parte%20General.pdf>

(9) <http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/Edicion001/PoliticaCriminal.aspx>

ma positivo, para ello la política criminal no sólo tendrá en cuenta la función del Derecho Penal, sino que tendrá en cuenta el dato criminológico. La solución al problema criminal, lo que va a exigir es una coordinación del enfoque criminológico, el político criminal y el penal.

1. La Criminología va a aportar el núcleo de conocimientos empíricos sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado. Esta fase de la Criminología es lo que se llama el modelo explicativo.

2. La política criminal será el modelo decisional, transformará la información que le proporciona la Criminología, en opciones alternativas y programas científicos. Decide qué comportamientos deben ser criminalizados o descriminalizados.

3. El Derecho Penal será el modelo instrumental u operativo, va a concretar las opciones previamente adoptadas por la política criminal, las transformará en el lenguaje del derecho, les dará la forma de normas jurídicas generales y obligatorias.

Ninguno de estos tres modelos pueden separarse, han de operar conjuntamente, no se puede ni se debe prescindir de ninguno de ellos.

### 3.5 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

#### LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

La Enseñanza (Pedagogía) y la Aplicación (utilización) del Derecho comprende 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:

- ▷ **Investigación Jurídica Dogmática.**
- ▷ **Investigación Jurídica Empírica**

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:

- ▷ Entrevista.
- ▷ Cuestionario.
- ▷ Observación.
- ▷ Estadísticas.

### METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Método es la forma ordenada de proceder para llegar a un fin. «Método científico es el modo ordenado de proceder para el conocimiento de la verdad, en el ámbito de determinada disciplina científica.»

El método tiene como fin determinar las reglas de la investigación y de la prueba de las verdades científicas. Engloba el estudio de los medios por los cuales se extiende el espíritu humano y ordena sus conocimientos.

Toda ciencia tiene su método específico pero podemos encontrar ciertas características generales. El conocimiento científico parte de principios, sobre los cuales se basan dos actividades fundamentales de la ciencia:

▷ Los principios se toman de la experiencia, pero pueden ser hipótesis o postulados

▷ A partir de los principios la ciencia usa la demostración, para obtener conclusiones que forman el saber científico.

### INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.

Se considera que la investigación científica es la búsqueda sistematizada y objetiva de las explicaciones a fenómenos que ocurren en la realidad y, a través de ellos alcanzar nuevos conocimientos relacionados siempre a esta realidad.

Al respecto existe diversas definiciones para la investigación científica, es pertinente recordar que cualquiera que sea la que se utilice, el método científico está implícito en sus diferentes componentes.

#### ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA:

Tradicionalmente se reconocen tres etapas en el proceso de ejecución de investigaciones científicas, sin embargo, en la actualidad se hace necesario incluir una cuarta dadas las características de la

producción científica a nivel mundial.

#### **Planificación:**

Corresponde al primer paso en la ejecución de investigaciones científicas y se extiende al total de la investigación incluyendo las etapas precedentes a la obtención de la información así como a las posteriores a ella.

Dado que requiere tiempo y análisis minucioso de los pormenores de la investigación, debe plasmarse en un documento que servirá de guía durante el proceso de investigación, a este documento se le conoce como *proyecto* o *protocolo* de investigación (este último término ha sido ampliamente difundido en ciencias forenses o ciencias penales).

Si bien es cierto que los protocolos de investigación tienen en conjunto los mismos elementos, cuando se proponen y ejecutan investigaciones científicas, en las ciencias penales pueden considerarse puntos específicos que dependerán del tipo de investigación a ejecutar y que determinarán la presencia o ausencia de etapas de la investigación.

#### **Ejecución:**

Corresponde a las llamadas actividades de campo, en las cuales se realiza lo planeado, adicionalmente incluye las acciones que se requieren implementar frente a la ocurrencia de contingencias no esperadas y no consideradas en la etapa previa de planeamiento.

Esta situación se puede presentar incluso después de haber realizado un planeamiento cuidadoso y de haber considerado una serie de posibles imprevistos, por ello, y durante la ejecución de las actividades de campo, es necesario reevaluar la situación y continuar con acciones de planeamiento contingencial hasta la finalización del trabajo.

#### **Evaluación:**

Considera todos los procesos que buscan determinar si el estudio está obteniendo el rendimiento esperado o razonable en función de los recur-

sos utilizados.

Debe tenerse en cuenta que al final de la investigación, no sólo es necesario considerar si se alcanzaron los objetivos propuestos, sino que es fundamental determinar si el uso de los recursos fue satisfactorio (a través del rendimiento individual de cada uno de ellos) y si la inversión total quedó plenamente justificada con los hallazgos alcanzados.

#### **Publicación:**

Última etapa incorporada al proceso de investigación científica, que busca garantizar la difusión de los resultados obtenidos y de esta manera, incrementar el conocimiento o, en otras circunstancias, modificarlo.

Corresponde al mismo tiempo en el elemento final natural de toda investigación científica, a pesar que muchas investigaciones ejecutadas jamás han sido publicadas.

### **IV. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES A LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA**

Se plantean las siguientes propuestas y/o recomendaciones de solución:

↳ La solución al problema planteado radica básica y exclusivamente en la interacción multidisciplinaria de las cinco ciencias antes descritas.

↳ La formación y capacitación de personas como investigadores en Ciencias penales, y además la consiguiente especialización y actualización en investigación científica, tendiente a la investigación del delito.

↳ La difusión en toda la sociedad de la importancia de las ciencias penales en la investigación de un delito.

↳ La implementación en el Ministerio público, en el Poder Judicial, o en el Colegio de Abogados y en la Policía Nacional de un centro de investigación y estudios en ciencias penales.

↳ Se defina correctamente la Política Criminal del

país a efectos de no hacer un abuso desmedido de la técnica legislativa y del «borrón y cuenta nueva», es decir derogar o complementar total o parcialmente una norma, sin haber realizado un diagnóstico de la realidad, en pocas palabras experimentar con la norma.

↳ Conformar un equipo multidisciplinario de ciencias penales para que contribuya y colabore con los magistrados en la administración de Justicia, mas con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal en donde es urgente una investigación del delito que contenga un alto nivel científico.

↳ Elaboración y/o unificación de manuales de investigación del delito desde el punto de vista criminalístico, criminológico, forense, policial, etc. Que garanticen la obtención y descubrimiento de las pruebas e indicios del delito de manera oportuna.

↳ Promover que los entes encargados de la administración de Justicia se involucren en el nuevo reto de la investigación científica, aplicada al es-

clarecimiento de los Delitos en fase fiscal y/o policial, e inclusive en fase judicial.

↳ Organizar grupos o talleres de investigación y de intercambio de experiencias en donde se discutan y se compartan los pormenores de todo tipo de investigación tendiente al esclarecimiento de los delitos, con equipos multidisciplinarios, donde deben de participar magistrados, abogados, funcionarios públicos, universidades, población civil, etc.

## V.- CONCLUSIONES

En conclusión se ha probado que las cinco ciencias (Dogmática penal, Criminología, Criminalística, Política Criminal y Metodología de la investigación jurídica), si actúan en conjunto de manera interactiva, pueden solucionar los delitos de manera acertada y científica, por lo tanto la penta dimensionalidad de la investigación del delito es muy importante para el esclarecimiento efectivo de los fenómenos sociales y criminales de la sociedad.

## "INVESTIGACIÓN DE LOS FACTORES PSICOSOCIALES ASOCIADOS A LA DINÁMICA SOCIO-FAMILIAR DEL ABUSO SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CIUDAD DE TACNA, AÑOS 2000 - 2004"

DéMBER S. FERNÁNDEZ HERNANI ARAGÓN \*

*«El abuso sexual contra infantes y adolescentes, mayormente de sexo femenino, ha generado encendidas protestas en la comunidad tacneña exigiendo una mayor vigilancia policial y un aumento de las penas para aquellos individuos que cometen estos delitos (...) Esta investigación, por lo tanto, intenta una aproximación cuantitativa y caritativa acerca del abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes en la ciudad de Tacna».*

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

## RESUMEN

El presente estudio explora algunas características del abuso sexual infantil y adolescente desde una aproximación psicosocial y jurídica en la ciudad de Tacna. El abuso sexual infantil y adolescente es definido aquí como cualquier contacto erótico/sexual al que es sometida una niña/o y adolescente (menos de 14 años de edad) por parte de un sujeto adulto. De esta manera la víctima es sometida a una experiencia para la que no cuenta con la suficiente maduración bio-psico-social para recibir esos estímulos (que van desde el exhibicionismo hasta su forma más extrema: la violación). El estudio se realizó en la provincia de Tacna. Para la muestra de estudio se seleccionó 180 expedientes o atestados policiales que se encuentran en los archivos de 05 comisarías policiales de la ciudad de Tacna. Los expedientes revisados contenían información sobre denuncias de abuso sexual desde enero del 2002 hasta agosto del 2005. Las variables de estudio que fueron consideradas fueron el abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, el Intento de violación y el atentado contra el pudor. La técnica e instrumento de recojo de datos fue el análisis documental para lo cual se elaboró y validó (mediante criterio de experto) una ficha de recolección de datos. Los datos fueron procesados y analizados mediante estadística descriptiva. Se presentan cuadros de frecuencias y porcentajes. La aplicación de la ficha de recolección de datos, nos ha permitido identificar determinados factores psicosociales asociados a la dinámica socio-familiar del abuso sexual de niñas y adolescentes en nuestra ciudad, entre los años 2002-2004.

## ABSTRACT

The present study explores some characteristics of Children and Adolescent Sexual Abuse from a psychological, social and legal approximation in the city of Tacna. Children and Adolescent Sexual Abuse is defined here as any erotic or sexual treatment to which is subdue a child or adolescent (in our legislation under 14 years old) by and adult. In this way the victim is subdue to an experience for which he/she is not biological, psychological nor social mature yet in order to receive that sort

of stimulus (that go from exhibitionism to the most extreme: rape).

This study was made in the province of Tacna. For the study sample 180 legal files and police records which are in the archives of five different Police Stations in the City of Tacna were selected. The files which were analyzed had information about sexual abuse reports from January 2002 to august 2005. The study variables considered sexual abuse against children and adolescents, rape attempt and molest reports. The collect technique was to analyze the files and extract information into data cards. The data was procesed and analyzed trough descriptive statistic. Includes frecuency and percentage charts. The use of data cards allow us to identify some psychological and social factors associated to the social and family environment in the sexual abuse of children and adolescents in our city occurred between 2002-20045 years

## INTRODUCCIÓN

El abuso sexual contra infantes y adolescentes, mayormente de sexo femenino, ha generado encendidas protestas en la comunidad tacneña exigiendo una mayor vigilancia policial y un aumento de las penas para aquellos individuos que cometen estos delitos. La prensa radial y escrita se hace eco de ese reclamo social y difunden cuanto episodio de abuso sexual llegan a sus redacciones. La importancia de este tema no está en discusión actualmente, pues se han vencido algunas resistencias culturales que impedían anteriormente «hablar en voz alta» sobre este dramático tema. Esta investigación, por lo tanto, intenta una aproximación cuantitativa y caritativa acerca del abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes en la ciudad de Tacna.

Antes de profundizar en el estudio psicosocial y jurídico de este tema, es importante conocer algunos aspectos básicos del abuso sexual. El término abuso sexual incluye una serie de situaciones que en general se definen en términos legales, variando de una legislación a otra. Los abusos sexuales incluyen las acciones con y sin contacto sexual ejercidas por un victimario o perpetrador. El contacto sexual va desde el comentario obsceno a un menor de edad de una

actividad sexual, hasta practicar la exposición de genitales o de masturbación frente a un niño o adolescente o practicar la observación de ellas o ellos, mientras se desnudan o incitarlas/os, a practicar masturbación para ser observado por el victimario. Los abusos también implican juegos sexuales aparentemente inocentes, el tocamiento genital por él o al victimario, la introducción digital de objetos por él o al victimario ya sea en la vagina o ano, hasta el sexo oral en sus diferentes formas. En general, todo lo descrito anteriormente se engloba en el término de Abuso Sexual.

El coito forzado u obligado ya sea vaginal o anal es el abuso sexual definido como violación. También es violación, el coito aunque sea voluntario entre una niña o niño menor de 12 años y un individuo mayor de edad legal. En el caso de adolescentes menores la coerción es generalmente psicológica o engañosa.

#### LA DIMENSIÓN CUANTITATIVA DEL PROBLEMA

Según estadísticas provisionales a nivel nacional un 26% de niñas y un 17% de niños sufre abusos sexuales en el Perú antes de los 17 años.<sup>(1)</sup> Los abusos sexuales a menores son, por tanto, mucho más frecuentes de lo que generalmente se piensa, aunque hay que precisar que en estos porcentajes se incluyen desde conductas sexuales sin contacto físico, como el exhibicionismo, hasta conductas más íntimas, como el coito anal o vaginal. Las niñas sufren de una y media a tres veces más abusos sexuales que los niños. Se dan en todas las edades, pero más frecuentemente entre los 10 y los 13 años. En el 46% de los casos, se repiten más de una vez sobre la misma víctima.

Los abusos tienen efectos diferentes para niños y

niñas. Los niños varones que han sido agredidos es más probable que abusen de otros menores y suelen mostrarse agresivos, mientras que las niñas suelen sentir depresión y ansiedad. No todas las víctimas necesitan tratamiento tras la agresión, pero todas precisan ayuda. Una ayuda que el 60% no recibe.

Pese a la elevada incidencia de los abusos sexuales a menores, no hay pruebas de que en la actualidad se registren más casos que hace 40 ó 50 años. Actualmente se estima que un 23% de las niñas y un 15% de los niños sufre abusos sexuales antes de los 17 años en España. Los abusos sexuales a menores son, por tanto, más frecuentes de lo que generalmente se piensa, aunque cabe precisar que en estos porcentajes se incluyen desde conductas sexuales sin contacto físico, como el exhibicionismo, hasta conductas más íntimas, como el coito anal o vaginal. En uno de cada cuatro casos de abusos sexuales infantiles, se trata de conductas muy íntimas y exigentes, como el coito vaginal o anal, el sexo oral y la masturbación.

A nivel internacional se barajan unos porcentajes similares. En un balance de las 19 investigaciones mejor planteadas en Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, se estableció que aproximadamente un 20% de mujeres y un 10% de hombres reconocen haber sido víctimas de abusos sexuales en la infancia.

En cuanto a los agresores, la mayoría son varones que, casi en la mitad de los casos, realizan su primer comportamiento de abuso antes de cumplir 16 años. De hecho, los abusos cometidos por adolescentes y jóvenes están creciendo debido a factores como el abuso de alcohol. Los agresores suelen, además, ser reincidentes y remisos al tratamiento. En la mitad de los casos no conocen a las víctimas. En la otra mitad, se

(1) En encuestas a escolares realizadas el año 2002 en Chile, Costa Rica y Panamá se ha encontrado que entre 5% y 40% de las adolescentes entre 16 y 19 años relatan al menos un abuso sexual experimentado. En EE.UU., ya en 1978 se publica el antecedente de abuso sexual en el 28% de adolescentes antes de los 14 años, (Saffloti, 1978). La encuesta Nacional en EE.UU. realizada en el año 1999 mostró que el 40% del primer coito en mujeres, menores de 15 años tuvo algún grado de coerción y que del total de coitos forzados el 74% ocurrió en menores de 14 años y 60% entre 15 y 19 años. En cinco estudios entre el 20 y 68% de las adultas encuestadas relataron haber sido violadas en la niñez o adolescencia. En otros tres estudios de encuestas escolares, sin discriminar por sexo, reportaron entre 40% y 60%, algún grado de abuso sexual.

Tomado de: <http://www.cemera.uchile.cl/sogja/docs/1998/V2epidemiologia.doc>

trata de familiares o conocidos de los niños o niñas. La mayoría de los perpetradores no son pedófilos.<sup>(2)</sup>

### DEFINICIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL Y ADOLESCENTE

Una de las definiciones más completas del abuso sexual infantil es la elaborada por el National Center of Child Abuse and Neglect (NCCAN). Según esta agencia federal norteamericana, comprende «los contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual también puede ser cometido por una persona menor de 18 años, cuando ésta es significativamente mayor que el niño (la víctima) o cuando (el agresor) está en una posición de poder o control sobre otro menor».

Otras definiciones del abuso sexual infantil y adolescente que presentamos para obtener así una visión más amplia de este tipo de delito, son las siguientes:<sup>(3)</sup> Galdós (1999) señala que es toda acción sexual que una persona adulta, hombre o mujer, impone, sea con engaños, chantajes o fuerza a un niño que no tiene la madurez para saber de lo que se trata, agrega que el abuso sexual incestuoso es cualquier interacción sexual entre un niño o niña y un adulto con el que se tiene una relación familiar». Guerrero (1998) afirma al respecto que se llama así a las conductas sexuales impuestas a los niños y niñas, por una persona adulta o mayor que busca sentir placer a costa de ellos/as. Perrone y Nannini (1997) denominan al abuso sexual como una relación de «hechizo» la misma que incluye situaciones en las que un individuo ejerce una influencia exagerada y abusiva sobre otro, sin que éste sea conciente de ello.

Los abusos sexuales se definen a partir de dos grandes conceptos: el de coerción y el de la diferencia de edad entre agresor y víctima. «La coerción (con fuerza física, presión o engaño) debe ser considerada por sí misma criterio suficiente para que una conducta sea etiquetada de abuso

sexual del menor, independientemente de la edad del agresor», según Félix López, catedrático de Sexología y uno de los mayores expertos de España sobre la materia.

En el presente estudio, definimos como abuso sexual infantil y adolescente cualquier contacto erótico/sexual al que es sometida una niña/o y adolescente por parte de un adulto. Sometido a una experiencia para la que no cuenta con la suficiente maduración bio-psico-social para recibir esos estímulos. Estímulos que van desde el exhibicionismo hasta su forma más extrema: la violación.

### LA APROXIMACIÓN SOCIOJURÍDICA DEL ABUSO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

El Código Penal Peruano regula en el título IV. Capítulo IX los delitos contra la Libertad Sexual, esta denominación es igual a la del Código Penal de 1924, que trataba sobre los Delitos contra la Libertad sexual, pero no significa, en membresía, y contenido un abandono y renuncia a patrones morales. Signo inequívoco era el hecho de ubicarlo en capítulo dedicado a los delitos contra las buenas costumbres.

El Código de 1991 introdujo modificaciones de relevancia, entre ellas podemos señalar:

a. La aplicación coherente del principio de igualdad (homologación de autores), ya que cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo en este tipo de delitos, independientemente de su género. Una mujer puede cometer delito contra la libertad sexual, existen pues variedad de combinaciones de comisión: de varón-mujer, de varón-varón, de mujer-varón y mujer-mujer.

b. Por otro lado además el código del 91 permite castigar la violencia sexual dentro del matrimonio. Y esta posibilidad, el matrimonio, queda descartada como circunstancia absolutoria para quien cometa el delito contra la libertad sexual.

(2) La Pedofilia es una desviación psicosexual que consiste en una inclinación sexual morbosa hacia niños y/ niñas.

(3) Estas definiciones fueron tomadas de Castañeda Chang, Ana María, Castamán Díaz, Desirée y Pimentel Ruiz, Roxana. Disponible en: [http://www.psicocentro.com/cgi-bin/articulo\\_s.asp?texto=art45001](http://www.psicocentro.com/cgi-bin/articulo_s.asp?texto=art45001)



c. Lo que es importante destacar es la supresión de referencias al honor sexual, ya que esto implica una mayor precisión del objeto de protección o bien jurídico protegido: la libertad sexual.

d. Cabe destacar además la particular tipificación de los actos contrarios al pudor realizados contra menores de 14; y la inclusión de la medida de seguridad que obliga al tratamiento terapéutico al condenado a una pena privativa de libertad (ley 26293 del 14FEB.2004). La Ley 27415 (14.may.99) establece que no hay ejercicio privado de acción en casos de delitos contra la libertad sexual, estos delitos sin excepción son perseguibles de oficio.

e. Sin embargo no debemos dejar criticar la comprensión excesivamente genital filológica o corporal del bien jurídico libertad sexual. Los tipos aluden a realización del acto sexual u otro análogo dejando sin sanción otros comportamientos de significación sexual que lesionan el bien jurídico protegido

Existen propuestas de crearse un Tipo Básico Fundamental que abrace los comportamientos más o menos graves que ofenden la libertad e indemnidad sexual o agresiones sexuales. Se trata de una posición heterodoxa respecto de la acepción actual de «Violación de la libertad sexual» la cual plantea que la única modalidad típica de comisión de los delitos sexuales es la violación o sea empleo de fuerza física o grave amenaza. Esta es solo una forma de ataque del bien jurídico, dejando de lados otras modalidades: abuso (172 y 174), posición de superioridad (174) engaño (175).<sup>(4)</sup>

#### LA PRUEBA EN EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

- Declaración de la víctima
- Presupuesto temporal :

**Lógico:** regular, uniforme, relevante

**Jurídico:** relevante, pruebas (pericia médico legal: reconocimiento ginecológico. Reconocimiento Psicológico o psiquiátrico).

#### EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

- Libertad sexual positiva: Disposición de la sexualidad o disposición de propio cuerpo. Autodeterminación y conducción de la persona conforme a sus motivaciones y decisiones.

- Estático Pasivo: rechazar proposiciones no deseadas

- Libertad Sexual Negativa: rechazar toda agresión o comportamiento negativo. Rechaza toda agresión ilegítima.

- Libertad sexual de la persona humana.

- Libertad no es genitalidad

- La sexualidad no es solo sexo.

#### DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL DE MENOR DE EDAD, EL PROBLEMA NO SOLO ES JURÍDICO

En esta parte nuestra investigación tuvo como premisa mayor el tipo descrito en el artículo 173° del Código Penal, esto es, la «violación de menor de catorce años», aunque necesariamente tendremos que incorporar a esta el artículo 175°, el delito de seducción pues es también cometido contra menores de edad y la Criminología indica que gran parte de los atentados contra la libertad sexual de menores no es precisamente violento (violación) sino que se realiza mediante engaño.<sup>(5)</sup>

Los menores de edad no denuncian por diferentes motivos, pero principalmente es por que los

(4) Ver nota a pie de página 05, mas adelante.

(5) Advertimos que la investigación se refiere a circunstancias fácticas y jurídicas previas a la modificación del Art. 173 del C.P que por ley 28704 del 05 de Abril del 2006 termina por suprimir implícitamente el Art. 175 del C.P referido a lo que se conocía como «Seducción» y protege actualmente (Mayo del 2008) la indemnidad sexual hasta los 18 años de edad. (N. De los A)

agresores sexuales son principalmente familiares o personas de entera confianza de la víctima que de alguna manera ejercen cierto grado de autoridad y por consiguiente dependencia de la víctima hacia ellos.

Este delito es asumido por el Derecho como agravado pues se trata de proteger el bien jurídico protegido la libertad e indemnidad sexual de menor de edad que por su propia naturaleza es pasible de cualquier agresión y no tiene la suficiente capacidad de resistirla ya sea por la diferencias físicas como las condiciones psicológicas de dependencia o autoridad ejercida sobre la víctima.

### LIBERTAD SEXUAL

La expresión Libertad Sexual, es el bien jurídico que el ordenamiento penal protege. El término es muy amplio pero para los fines de nuestra investigación nos referiremos tomando en cuenta lo siguiente:

- a. Libertad Sexual Positiva: entendida como la capacidad de disponer de la propia sexualidad sin verse obligado o engañado por tercero.
- b. Libertad Sexual Negativa: está referido a la capacidad de rechazar cualquier acto de tercero que violente la negativa a realizar cualquier conducta de índole sexual.

### FORMULACIÓN DEL OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN

Identificar aquellos factores psicosociales asociados a la dinámica socio-familiar del abuso sexual de niñas y adolescentes en la ciudad de Tacna.

### METODOLOGÍA Y RESULTADOS

#### Tipo de investigación.

Investigación básica o fundamental.

#### Área de investigación.

Psicológico y legal.

#### Ámbito de Estudio.

Provincia Tacna, Región Tacna.

Diseño de la investigación.

Investigación tipo exploratoria.

Muestra de estudio.

Se seleccionó 180 expedientes o atestados policiales que se encuentran en los archivos de las distintas comisarías policiales de la ciudad de Tacna. Los expedientes revisados contenían información sobre denuncias de abuso sexual desde enero del 2002 hasta agosto del 2005.

Variables de estudio.

- Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes.

- Intento de violación.

- Atentado contra el pudor.

Técnicas e instrumentos de recojo de datos.

- Análisis documental. Se elaboró y validó (mediante criterio de experto) una ficha de recolección de datos (ver anexo).

Procedimientos de recolección de datos.

- Los datos de interés se registran en la ficha documental (ver anexo).

Procesamiento y análisis de los datos.

- Los datos recogidos han sido tabulados y procesados a través de estadística descriptiva simple.

### RESULTADOS

(SE PRESENTAN 09 CUADROS SELECCIONADOS DE 21)

**Cuadro N° 01**  
**Edad de las víctimas**

Edad	F	%
0- 5 años	0	0
6 - 9 años	40	22
10 - 13 años	30	17
14 - 16 años	70	39
17 - 18 años	40	22
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

Las psicólogas Ana María Castañeda, Desirée Castamán Díaz y Roxana Pimentel Ruiz realizaron un estudio descriptivo en base a 30 casos de niñas-adolescentes con historia de abuso sexual, que fueron atendidas en el Servicio de Psicología-Ginecología del Instituto Especializado de Salud del Niño, en el período de Enero a Octubre del 2003. Utilizando un estudio en base a frecuencia y porcentaje (muy similar al que nosotros estamos utilizando) encontraron algunos datos interesantes, que a modo de referencia, nos permitirán establecer comparaciones entre los datos que ellas aportan y los datos encontrados por nosotros en el presente estudio.

Respecto de la edad de las víctimas de abuso sexual, hemos encontrado que el rango de edad que presenta la mayor frecuencia es de 14-16 años (39%); le sigue el rango de edad de 6-9 años (22%) que iguala al rango de edad de 17-18 años (22%). Las autores antes citadas, encontraron que el 33% de las víctimas contaban con edades comprendidas entre los 3-8 años, el 46% eran adolescentes tempranas es decir se encontraban entre los 10 y 13 años de edad, y el 20% son adolescentes medias de 14 a 17 años de edad. Estos resultados nos indica que el riesgo de sufrir abuso sexual no es prerrogativa de una edad determinada, pudiéndose presentar de forma alarmante en todas las edades. Si advertimos que a menor edad existe mayor pena conminada en la legislación Nacional, (Código Penal) inferimos que la denominada Prevención General Negativa, entendida como intimidación que debe neutralizar el delito, no produce efectos prácticos.

**Cuadro N° 02**  
**Tipo de delito sexual denunciado**

Tipo de delito imputado	F	%
Atentado contra el pudor	47	26
Intento de violación	21	12
Violación consumada	112	62
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

Hemos señalado anteriormente que el abuso sexual se compone de tres modalidades delictivas:

atentado contra el pudor, intento de violación y violación consumada. En este último caso, la penetración puede hacerse con el pene, mano, dedo u otro objeto penetrante. La autoras del estudio antes citado encontraron que el 43.3% de las víctimas contaban con una historia de abuso sexual caracterizada por contactos digitales externos (atentado contra el pudor), mientras que un 36.7% de las víctimas sufrió abuso sexual del tipo penetración genital.

En nuestro estudio encontramos que el 62% de las víctimas han sufrido violación sexual de tipo penetrativa. Le sigue la modalidad delictiva denominada atentado contra el pudor (26%). Dicho atentado consiste en tocamientos en zonas pudicas con intencionalidad de satisfacción lúbrica, sin que exista la intención de penetración genital.

Finalmente encontramos que el 12% de las víctimas reportó intento de violación. Siendo un delito de resultado, superado el iter criminis que abarca: ideación, deliberación y decisión, irrumpen el agresor en actos materiales dirigidos a violentar la libertad sexual, mas por causas ajenas (frustración) o decisión del agresor, se interrumpe la consumación, aspectos que respecto de la fuente de provisión de datos para esta investigación, los tratamos como "intento".

Para efectos de la secuela psíquica resulta de similar magnitud que la consumación, mas es diferenciable respecto de la secuela física.

**Cuadro N° 03**  
**¿Cuál es la relación que existe entre la víctima y el agresor?**

Relación víctima/agresor	F	%
Padre biológico	8	4.5
Padrastro	25	14
Tío	24	13
Conocido/vecino/ amigo de la familia	80	44.5
Profesor	6	3
Desconocido	30	17
Empleador	7	4
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

En el estudio por nosotros citado anteriormente y que nos sirve de referencia, las autoras encontraron que: "...en cuanto a la relación con el abusador encontramos que el 54% de las víctimas tenía en su historia un suceso de abuso sexual cometido por una persona de sexo masculino que pertenecía a su familia (tío, primo, hermano, abuelo, padre, padrastro). El 23% tiene en su historia personal un suceso de abuso sexual por parte de personas de sexo masculino cercanas al entorno familiar pero que no son familiares; es decir, son amigos o vecinos y que gozan de la posibilidad de entrar al sistema familiar sin levantar sospecha".

Nosotros hemos encontrado que aproximadamente en el 32% de los casos, el perpetrador sexual es un familiar de la víctima (padre, padrastro, tío, primo, abuelo, etc.). El 44.5% de los victimarios son conocidos de la víctima y/o de sus familiares (vecino, amigo de los padres, conocido, etc.). Observamos que un significativo 17% de los victimarios no son personas conocidas para sus víctimas.

Prima así la modalidad incestuosa en los delitos sexuales, lo que significa que "el enemigo se encuentra adentro" lo que exige mayor celo en el desenvolvimiento de los hogares, campañas de concientización y definición de roles, detección temprana de proclividades al atentado sexual.

**Cuadro N° 04**

**Lugar donde ocurrió el abuso sexual**

Lugar donde ocurrió	F	%
Su casa	52	29
Casa del agresor	42	23
En el camino/en el campo	32	18
Calle	31	17
Interior del mercado	16	9
Automóvil	7	4
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

Las autoras antes citadas en su estudio realizado en la ciudad de Lima, encontraron que: "...cuando examinamos el lugar donde se cometió el abuso encontramos que en el 70% de las histo-

rias de las niñas-adolescentes el abuso sexual se realizaba en una casa, sea la suya (57%), la casa de un familiar, de un vecino, o del patrón. El 17% mencionaba que había sucedido en la calle y el 10% en el colegio".

En este cuadro observamos que el 29% de las víctimas fueron objeto de abuso sexual en sus propios hogares. Un 23% de las víctimas de abuso sexual fue victimizada en la casa del agresor. Un importante 18% de las víctimas fue objeto de abusos sexuales en el camino hacia su casa, en un descampado y en la propia calle.

Cuando es la propia casa el lugar donde se realiza el abuso sexual, es muy probable que el agresor sexual sea un familiar de la víctima. Cuando el abuso sexual ocurre en la calle, descampado o en el camino, es muy probable que el agresor sea un desconocido de la víctima.

La predominancia es notoria respecto a que se consuma en ambiente cerrado, propio del agresor ajeno, compatible con la intimidad necesaria para la consumación, y el aseguramiento del lugar, para que los actos de resistencia no sean percibidos por terceros.

**Cuadro N° 05**

**Número de veces que refiere haber sido abusada sexualmente por el mismo perpetrador**

Número de veces	F	%
1 vez	122	68
2 veces	22	12
3 veces	8	4
Entre 5 a 6 veces	21	12
Más de 7 veces	7	4
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

El 68% de las víctimas ha sufrido abuso sexual una sola vez en su vida. Un 12% fue víctima de abuso sexual en dos oportunidades. Lamentablemente, el 12% de las víctimas fue objeto de abuso sexual entre 5 ó 6 oportunidades.

El abuso repetitivo, está asociado al abuso sexual

intrafamiliar; es decir, el abuso cometido por un pariente cercano a la víctima. Por el contrario, el abuso sexual que sólo se produce una vez está más asociado a agresores extraños.

Dicha proximidad parental está considerada como agravante en el Tipo Penal, del Art 173 tercer párrafo del Código Penal, modificado en última versión por ley 28251 del 08JUN04

En la legislación derogada (Código Penal de 1924) existían figuras como la Reiterancia, que identificaba la reproducción de la agresión al bien jurídico, sin que medie sentencia por uno de ellos, en tanto que la Reincidencia implicaba que dicha reproducción delictiva se realizaba luego que un hecho criminal estaba sentenciado. Conllevaba mayor penalidad al reincidente.

El actual Código Penal de 1991, al haberse enmarcado en lo que se conoce como "Derecho Penal de Acto" y por tanto repulsando al Derecho Penal de Autor, a suprimido las instituciones antes identificadas de reincidencia y reiterancia, aspecto muy cuestionado por la población que no identifica la esencia que justifica la identificación militante con la represión del hecho criminal sin considerar el derrotero criminal previo.

**Cuadro N° 06**  
**Refiere haber sido abusada por más de un perpetrador en diversos episodios de abuso sexual**

Más de un perpetrador	F	%
Si	11	6
No	169	94
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

El 94% de las víctimas de abuso sexual fue abusada por un perpetrador en diversos episodios de abuso sexual. Consideramos que cuando la víctima vive en situación de desamparo y en abandono material y moral, es cuando es más probable que sea víctima de más de un abuso sexual realizado por más de un perpetrador. De algún modo, los agresores sexuales se relacionan y podrían compartir sus secretos y sus víctimas. Genera una

ambiente de lascivia, corrupción del rito sexual, y predispone para la prostitución.

**Cuadro N° 07**  
**Refiere haber sido abusada por más de un perpetrador a la vez**

Más de un (01) perpetrador	F	%
Si	10	5.5
No	170	94.5
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

Llegamos a un aspecto muy preocupante, nos referimos al hecho de que la víctima haya sido victimizada sexualmente por más de un perpetrador a la vez. Es decir, en un contexto de abuso sexual en grupo, en el contexto de un asalto a una vivienda, a un negocio o un auto estacionado. En el 5.5% de los abusos sexuales la víctima fue victimizada por más de un perpetrador a la vez.

La pluralidad de agresores sexuales si está considerada como circunstancia calificante en Tipo delictivo: Art. 170 inc. 1) del C.P.; aunque en desacertada descripción indica "*Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos*" lo que exige que copulativamente concurren ambos requisitos, lo cual puede no producirse, y es más, por la superioridad numérica pueden prescindir del uso de armas, mas su presencia no debe ser tomada como requisito concurrente, sino como alternativo, en disyunción "o". Se asocia con mayor secuela en ámbito físico como psíquico, y aseguramiento del resultado como acción alevosa que merece mayor represión.

**Cuadro N° 08**  
**Modalidad o estrategia predominante utilizada por el perpetrador para realizar el abuso sexual**

Modalidad utilizada	F	%
Ataque violento	84	47
Extorsión, chantaje, promesas	43	24
Sedución	8	4
Amenazas de daño	45	25
Total	180	100

Comentario:

Conocemos que existen dos fases principales en el desarrollo del abuso sexual infantil y adolescente, éstas son:

a. Fase de Inicio o "enganche": Cuando el abusador logra establecer con su víctima un nivel de acercamiento y se asegura que ésta no contará a nadie el contacto establecido. En esta fase, el abusador puede utilizar la extorsión, el chantaje, la seducción, la promesa y la amenaza de daño, tanto a su víctima como a otros familiares.

b. Fase de Continuidad: En esta fase, una vez asegurado el silencio de la víctima, el abusador buscará un sinnúmero de ocasiones para estar cerca de su víctima. También en esta fase, el agresor puede utilizar la amenaza, la extorsión, el chantaje y las promesas.

Entonces, en este cuadro observamos que el 47% de los abusos sexuales ocurrieron en un contexto de violencia, el 25% de las víctimas refirieron que recibieron amenazas de daño físico, tanto a ellas como a otros familiares. El 24% de las víctimas fueron objeto de extorsión, chantaje y promesas por parte de sus victimarios.

**Cuadro N° 09**  
**El perpetrador ha abusado de otros miembros de la familia**

Alternativas	F	%
Sí	21	12
No	159	88
Total	180	100

Fuente: Ficha de recojo de datos/2005

Comentario:

El 12% de las víctimas refieren que el agresor había abusado sexualmente de otros miembros de la familia. Se trata de abusadores múltiples intrafamiliares, quienes empiezan abusando de la hija/hijastra/sobrino mayor, para luego continuar el proceso de abuso sexual con la hija/hijastra/sobrino menor. En los casos de abusadores sexuales extra-familiares o desconocidos de sus víctimas, casi no se encuentran abusadores que abusen sexualmente de varios miembros de una misma familia.

## CONCLUSIONES:

### Primera.

La aplicación de la ficha de recolección de datos, nos ha permitido identificar determinados factores psicosociales asociados a la dinámica socio-familiar del abuso sexual de niñas y adolescentes en nuestra ciudad, entre los años 2002-2005.

### Segunda.

No es posible encontrar rasgos psicosociales del abuso sexual similares en otros contextos regionales y nacionales. Una de las características centrales de los estudios descriptivos que se realizan periódicamente, tanto a nivel nacional como internacional, es la heterogeneidad; es decir, no es posible precisar rasgos uniformes u homogéneos en la dinámica del abuso sexual, tanto desde la perspectiva de las víctimas como de los victimarios.

### Tercera.

Están aumentando las denuncias de delitos sexuales en nuestra ciudad, no es cierto que los abusos sexuales hayan aumentado respecto del tamaño de la población y respecto de otras épocas. Lo que sucede es que las víctimas y sus familiares se sienten cada vez más capaces de denunciar el delito y no temen sanciones sociales y culturales que hasta hace algún tiempo frenaban las denuncias de estos delitos.

### Cuarta.

Los estudios descriptivos nos deben conducir a identificar aquellos factores que predisponen o precipitan episodios de abusos sexuales; así como de aquellos factores de riesgo y de soporte. Una vez identificados los factores asociados a la dinámica del abuso sexual, se deben implementar de manera multidisciplinaria políticas y estrategias de prevención y represión efectivas de estos delitos.

## BIBLIOGRAFÍA

Textos:

**López Sánchez, Félix y Del Campo Sánchez, Amaia** (1997). "Prevención de abusos sexuales a menores. Guía para los educadores". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Amaru Ediciones. Salamanca. España.

**Azócar Prado, Rafael Enrique** (1995). "Rasgos de personalidad, Tipología y Características psicosociales del violador

sexual de niños(as) y púberes: Un estudio de de casos en una muestra de 25 violadores sexuales recluidos en el EP de varones Socabaya-Arequipa". Tesis para optar el Título Profesional de Psicólogo. Universidad Nacional de San Agustín-Arequipa-1995.

**"Maltrato infantil: prevención, diagnóstico e intervención desde el ámbito sanitario"** (1999). Documentos Técnicos de Salud Pública N° 22. Dirección General de Prevención y Promoción de la Salud. Consejería de Salud. Comunidad de Madrid. España.

**Ponencias de Félix López y Amaia del Campo** presentadas en las Jornadas sobre Prevención del Abuso Sexual Infantil organizadas por Save the Children los días 27 y 28 de febrero y 27 y 28 de marzo de 1998.

**López Sánchez, Félix.** Abusos Sexuales a Menores: "Lo que recuerdan de mayores". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones. Madrid, 1996.

**Carozzo Campos, J.** "Violencia y conciliación en la ayuda familiar y escolar". Editorial Laymar. Lima - Perú. 2001.

**Carozzo Campos, J.** "La Violencia Psicológica". Revista Peruana de Psicología.- Año 4, vol. 4 N° 7, 8. Lima, 2000.

**National Committee to Prevent Child Abuse (NCPC).** Diciembre 1996. <http://www.childabuse.org/fs19.html>

**Cantón Duarte, José y Cortés Arboleda, María Rosario.** "Malos tratos y abuso sexual infantil". Siglo Veintiuno de España Editores, S.A. Madrid 1997.

**Vázquez Mezquita, Blanca.** "Peritaje psicológico en la agresión sexual infantil. Ponencia presentada en las Jornadas de Atención al Abuso Sexual Infantil". Organizadas, en junio de 1997, por la Asociación Murciana de Apoyo a la Infancia Maltratada (AMAIM).

**Monpeán Franco, Pastora.** "Actuaciones del Servicio del Menor del ISSORM en los casos de abuso sexual infantil". Ponencia presentada en las Jornadas de Atención al Abuso Sexual Infantil organizadas, en junio de 1997, por la Asociación Española de Apoyo a la Infancia Maltratada (AEIM).

**Del Molino, Carmen.** "Aspectos jurídicos del abuso sexual a

menores". Save the Children. 1998.

**Guerrero, L.** "Previendo el abuso sexual". Editorial Manuela Ramos. Lima - Perú. 1998.

**Torres Gómez de Cádiz, Bárbara.** "¿Cómo responder de forma integrada a las diferentes vertientes del problema del abuso sexual infantil?". Ponencia presentada en las Jornadas de Atención al Abuso Sexual Infantil organizadas, en junio de 1997, por la Asociación Española de Apoyo a la Infancia Maltratada (AEAIM).

**Pascual Andreu, Carmen.** "El niño como testigo y víctima". Ponencia presentada en las Jornadas de Atención al Abuso Sexual Infantil organizadas, en junio de 1997, por la Asociación Murciana de Apoyo a la Infancia Maltratada (AMAIM).

**Brie, J.** "Therapy for adults molested as children: Beyond survival". México. 1989.

**González-Serratos R.** "Informe preliminar sobre algunos aspectos de la investigación en sobrevivientes de abuso sexual en la infancia". Revista Salud Reproductiva y Sociedad. 1995. (6-7) 14-17.

**Heise, L. y Pintanguy, J.** "Violencia contra la mujer: la carga oculta sobre la salud". Washington, D.C. Organización Panamericana de la Salud. 1994.

#### Fuentes electrónicas:

World Health Organization. Fact Sheet N° 150. "Child Abuse and Neglect". <http://www.who.org/inf/fs/fact150.html>

[http://www.psicocentro.com/cgi-bin/articulo\\_s.asp?texto=art4531](http://www.psicocentro.com/cgi-bin/articulo_s.asp?texto=art4531)

<http://www.cemera.uchile.cl/sogia/docs/1998/V2epidemiologia.doc>

Título del artículo: "Epidemiología del abuso sexual". Simposio - XII Congreso Mundial de Ginecología Pediátrica y del Adolescente.

Dr. Ramiro Molina Cartés. Mayo 2 de 1998. Helsinki, Finlandia

Alianza internacional Save The Children  
[http://www.savethechildren.net/alliance\\_sp/resources/publications.html](http://www.savethechildren.net/alliance_sp/resources/publications.html)



# ESCUELA DE POST GRADO

## Universidad Privada de Tacna

Creada con Resolución Nro. 084-94-ANR

### Maestrías:

- Administración y Dirección de Empresas
- Docencia Universitaria y Gestión Educativa
- Docencia y Gestión Educativa
- Derecho:
  - Derecho Constitucional
  - Con Mención en Ciencias Penales
  - Con Mención en Derecho Civil y Comercial
- Informática
- Ingeniería Civil con Mención en:
  - Geotecnia
  - Transportes
- Contabilidad con Mención en Auditoría
- Enfermería
- Psicopedagogía
- Fisiopatología
- Infectología con Mención en:
  - Microbiología
  - Parasitología



### Doctorados:

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

Dirección: Av. Bolognesi N° 1924 Teléfono/Fax: (52) 242676  
E-Mail: [postgrado@upt.edu.pe](mailto:postgrado@upt.edu.pe) [pesecretaria@espg.upt.edu.pe](mailto:pesecretaria@espg.upt.edu.pe)



## TEORÍA DEL CASO, ¿DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD O RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS?

Walter Goyzueta Neyra \*

«La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista, siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia. Tratadistas NCPP, expresan que con la teoría del caso el fiscal y abogado defensor expresan argumentos, que en el juzgamiento tienen por finalidad convencer al Juez, mencionan metafóricamente que se trata de dos pretendientes, y el juez necesariamente tiene que elegir a uno».

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

El nuevo Código Penal demanda que los operadores del derecho, fiscales y defensores<sup>(1)</sup> elaboren la teoría del caso, cuando investigan o defienden, que constituye la estrategia,<sup>(2)</sup> plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que van a exponer, argumentar y probar en el juzgamiento.

La Policía Nacional elabora informes policiales<sup>(3)</sup> en la investigación del delito, ellos no formulan una teoría del caso, esa tarea corresponde a la Fiscalía (son y deben ser un binomio al investigar el delito). El Ministerio Público conduce la investigación desde el inicio;<sup>(4)</sup> pero la Policía en Tacna al elaborar el informe policial, en el rubro análisis de los hechos están consignando: ¿Cuándo?, ¿Dónde?, ¿Quién?, ¿Qué hizo?, ¿A quién lo hizo?, ¿circunstancias, modo, instrumentos, otros?, ¿Por qué? Consideramos que pretende ser una reconstrucción de lo sucedido, desde la perspectiva factual. La teoría del caso de la Fiscalía no debe aparecer en la disposición de las diligencias preliminares, ni de continuación y formalización de la investigación, ésta debe obrar aparte, es un documento que lo maneja el fiscal internamente con el instructor policial, y consideramos que debe ser de esa manera porque de aparecer en las mencionadas disposiciones, sería de conocimiento de la otra parte, ello no significa que las disposiciones sean genéricas, éstas deberían especificar los actos investigatorios que se realizarán en la investigación, pero no consignar la finalidad de la manifestación o el acopio de documentos. El fiscal con el instructor deben haber dialogado previamente a la toma de una manifestación, y el interrogatorio tendrá por finalidad que manifieste hechos, relaciones con la teoría del caso, por ejemplo si se trata de un delito de robo agravado y se toma la manifestación de un testigo presencial, se le interrogará si él observó las características físicas del sujeto que robó, que las describa, porque la finalidad de ésta es identificar al presunto autor, sería innecesario preguntarle al testigo,

si estudia en la universidad y cuáles son sus notas en determinado curso.

La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista, siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia<sup>(5)</sup>. Tratadistas NCPP, expresan que con la teoría del caso el fiscal y abogado defensor expresan argumentos, que en el juzgamiento tienen por finalidad convencer al Juez, mencionan metafóricamente que se trata de dos pretendientes, y el juez necesariamente tiene que elegir a uno.

La teoría del caso del fiscal y del defensor son opuestas totalmente o en parte, porque si fueran coincidentes, el caso no iría a juzgamiento y terminaría por una salida alternativa (principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada).

Puede ocurrir que la defensa cuando le corresponda exponer su teoría del caso<sup>(6)</sup>, que es la fase de apertura del juicio, no exponga teoría, puede asumir esa posición por estrategia, el riesgo que asume, es que el juzgador pueda pensar que no está preparado en la defensa de ese caso. Pero el no tener teoría como he expresado, sería estratégico, por ejemplo, si su patrocinado hasta ese momento ha guardado silencio en las diligencias preliminares o investigación preparatoria; la parte que no puede dejar de elaborar una teoría del caso y por ende no sustraerse a la exposición es la Fiscalía, para éste operador no funciona esa estrategia. Al exponer, no debe repetir lo consignado en el requerimiento de acusación, que es más extensa e incluso puede contener doctrina, jurisprudencia, además silogismos que determinen la individualización de la pena y reparación civil. El fiscal o abogado deben exponer de manera sucinta los hechos, los medios probatorios con los que va a probarlos y adecuación al tipo penal, es recomendable ser breve y

(1). También deben hacerlo el defensor del tercero civil y de la parte civil.

(2). Art. 65.4 corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso.

(3). Art. 332 del NCPP.

(4). Art. VI.1 del TNCPP.

(5). BAYTELMAN, Andrés y DUCE Mauricio Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago 2001 pp. 90-91.

(6). Art. 371.2 NCPP

preciso, ya lo decía Miguel Angel Osorio<sup>(7)</sup> *"la brevedad es el manjar de los magistrados"*, utilizar buena dicción, voz alta, sin llegar al grito, tener dominio de escena, no se exige ser un eximio actor, buscando siempre la espontaneidad, no fingir, para eso, el operador debe estar plenamente convencido de su teoría del caso y conocerla a la perfección, porque se entiende que él la ha elaborado, porque si no fuera así, en ese momento pudieran aparecer vacíos, dudas, incoherencias, que ante una contraparte atenta y puntual, pudieran hacerla notar al juzgador oportunamente, con la finalidad de debilitar su teoría.

La teoría del caso tiene por finalidad ser presentada en el juzgamiento para persuadir al juez con los mejores argumentos, y en éste momento nos dé la razón al emitir sentencia. Pero debe elaborarse desde el momento que el fiscal recepciona la noticia *criminis* y en el transcurso de las diligencias preliminares e investigación preparatoria la puede ir reformulando, de acuerdo al desarrollo de ésta y los actos investigatorios que realiza, lo que no es recomendable es que el fiscal presente en la acusación dos alternativas de teoría del caso aunque la ley lo permite<sup>(8)</sup>, cuando dispone que en el requerimiento de acusación fiscal, se puede señalar alternativamente o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto o cambiarla en el juzgamiento. El defensor elaborará su teoría del caso, desde el momento que asuma la defensa técnica.

El fiscal y el defensor con la teoría del caso, deben desempeñar el rol de narrador de una historia que han transcurrido, porque consideramos que un hecho sucedido no es posible determinar lo que realmente sucedió a nivel de certeza, existirán versiones diferentes del imputado, de la víctima, de los testigos, pericias contradictorias, porque consideramos que ante un hecho acaecido, no es posible conocer realmente como sucedieron, lo único que podremos hacer al reconstruir es una verdad jurídica o formal, que pre-

tende aproximarse a la verdad material con medios probatorios y argumentos y el juez al emitir sentencia acogerá una de las historias que se le presenten con la finalidad de convencerlo, sólo fallará con los medios probatorios que se le han presentado e introducida en juicio<sup>(9)</sup>, por lo que la teoría del caso no es el descubrimiento de la verdad material, ésta tiene por finalidad reconstruir los hechos, desde la perspectiva de un operador jurídico. El NCPP establece el principio de igualdad de armas<sup>(10)</sup>, que se plasma con el acceso de parte del defensor a conocer todos los actos investigatorios de la carpeta fiscal e incluso a solicitar copias de las actuaciones, siendo la teoría del caso una estrategia, el fiscal o el defensor no deben conocer ésta, metafóricamente podemos expresar, en un partido de fútbol, se conocen a los jugadores, sus experiencias, habilidades y debilidades, pero no deben conocer la estrategia que empleará el entrenador en ese partido de fútbol.

Teniendo en cuenta la importancia de la teoría del caso, debemos mencionar como debe formularse, ésta debe tener:

1. Lenguaje sencillo, con lenguaje claro, usual, no usar palabras rebuscadas, porque podríamos no convencer al juzgador.
2. Lógica, coherente entre las proposiciones y la norma legal donde se subsume el hecho.
3. Creíble, el nuevo Código Procesal, se sustenta en la veracidad de los operadores y ésta es una herramienta que consideramos es efectiva para persuadir al juzgador, si éste apreciará que una de las partes miente, es seguro que no le dará la razón y en futuros casos tampoco le creará. Recuperar la credibilidad será tarea difícil por eso debe ser veraz.

Los niveles de análisis de la teoría del caso son:

- 1 Fáctico
2. Jurídico

(7) Abogado español, que escribió *«El Alma de la toga»* y por la guerra civil en España, fue a vivir en Argentina.

(8) Art. 349.3 NCPP.

(9) Art. 393.1 del NCPP.

(10) Art. 1.3 TPNCCP.

### 3. Probatorio

No existe un acuerdo respecto a que se formula primero, si es lo fáctico, jurídico o probatorio, para explicitar esta idea, debemos mencionar que materialmente la teoría del caso está plasmada en un papel o pizarra o computadora u otro soporte, el documento se divide en tres partes y se consigna los niveles que he mencionado anteriormente, ¿qué se pone primero, lo fáctico, lo jurídico o lo probatorio? Unos los hacen en ese orden, otros consignan primero lo jurídico, porque consideran que el principio de legalidad es el que va a permitir subsumir los hechos al tipo penal, dicen: «que hago enumerando hechos, sino se van a adecuar al tipo penal», en lo que la mayoría está de acuerdo, es que lo probatorio va en el último casillero.

Para formular la teoría del caso de manera eficaz, consideramos que el operador del derecho debe conocer el Derecho Penal, tener experiencia en éste, en interpretación e investigación (criminalística), si faltara lo último, solicitar apoyo del especialista, en este caso de un policía, debido a que los abogados no tenemos formación en investigación del delito; lo ideal sería que conozca a plenitud criminalística. Respecto al componente probatorio, el abogado debe conocer cuando una prueba es prohibida o ilícita, para desecharla en el supuesto que se haya obtenido o para recabarla de acuerdo al procedimiento establecido en el NCPP, y con el sustento constitucional.

Lo FACTICO tiene que incluir:

1. Escenario
2. Personajes
3. Móviles, sentimientos.

### TEORÍA FÁCTICA

Es la reconstrucción de los hechos, que el interesado ha narrado, es la interpretación o enfoque sobre el caso, obtenido primero por la noticia *criminis* y luego por la realización de entrevistas, declaraciones y documentación probatoria. Recomendación: el fiscal debe usar la secuencia

cronológica para armar lo fáctico, la defensa de acuerdo a su estrategia. Tomar los hechos en forma secuencial, lógica y coherente y debe ser consistente.

Estructura del aspecto fáctico.

- 1.- CUÁNDO (elemento del tiempo).
- 2.- DÓNDE (elemento de locación).
3. QUIÉN (elemento subjetivo activo).
- 4.- QUÉ HIZO (conducta del imputado).
- 5.- A QUIÉN SE LO HIZO (elemento subjetivo pasivo, circunstancia de modo, instrumento penalmente relevante).
- 6.- RESULTADO DE LA CONDUCTA (ejemplo delito de hurto: provecho patrimonial).
- 7.- EL POR QUÉ O MÓVIL DE LA CONDUCTA.

Al inicio expresamos que la policía en sus informes está consignado lo anotado con letras mayúsculas y completándolo, por lo que ésta realiza una teoría del caso fáctica.

### TEORÍA JURÍDICA

Es la forma como se relacionan los hechos con las diversas normas penales aplicables de un modo preciso (principio de legalidad). Es la subsunción de la historia en la norma penal aplicable. Se trata de determinar que tipo (s) penal (es) es aplicable a la noticia *criminis*.

Para realizar el análisis de lo jurídico, debemos conocer la teoría del delito, que el fiscal o la defensa asume (causalista, finalista, funcionalista, funcionalismo duro, funcionalismo blanco), concurso de delitos. En la discusión debe manejar dogmática, doctrina, jurisprudencia, tratados internacionales, se necesita fundamento jurídico muy fuerte para diseñar precedentes.

- Construcción de lo jurídico
- Análisis de los tipos penales.
  - Uso de la teoría del delito

- Subsunción de la historia en el tipo penal (principio de legalidad).

Debe tener en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, descomponiendo éste en cada uno, por ejemplo si se trata del delito de hurto tipificado en el artículo 185 del Código Penal, al elaborar la teoría del delito hará lo siguiente: 1) apoderamiento ilegítimo, 2) bien mueble, 3) total o parcialmente ajeno, 4) sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, 5) dolo, 6) obtener provecho.

### TEORÍA PROBATORIA

La prueba que se presentará en apoyo a la teoría fáctica y jurídica. Los hechos que deben probarse son los penalmente relevantes para el caso. No deben comprender los medios probatorios obtenidos ilícita o irregularmente. <sup>(11) (12)</sup>

La utilidad de la teoría del caso, nos servirá para:

- Conducir la investigación.

- Planificar y ejecutar la práctica de los medios probatorios, éstos se convierten en prueba si logramos que ingresen al cerebro del juez y que éste los cite para fundamentar la sentencia, sino es así se quedarán como medios probatorios de una de las partes.

- Tener un concepto claro de la importancia de cada uno de los medios probatorios y cómo se presentarán en el juzgamiento.

- Elaborar el requerimiento de acusación.

- Determinar la forma cómo se realizarán los interrogatorios y contra interrogatorios en el juicio.

- Preparar los alegatos de apertura y los finales o de conclusión.

(11). Art. 157.3 NCPP no pueden ser utilizados, aún con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

(12). Art. 159 NCPP el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona

# MAESTRÍA EN DERECHO



## PRESENTACIÓN

Los profesionales del Derecho, al igual que cualquier otra rama profesional, requieren periódicamente de actualizar y perfeccionar sus conocimientos, a ritmo del desarrollo y el avance de la tecnología que constantemente se profundiza y amplían su radio de acción, en base a las investigaciones económicas, sociales y jurídicas, que se viene produciendo en las distintas instituciones académicas del país y de otros más avanzados que el nuestro; de ahí que, los trabajadores de las ciencias jurídicas, para el mejor y eficaz cumplimiento de su misión de contribuir a la realización de la justicia, tanto en la esfera pública como privada, tiene la necesidad apremiante de ampliar y mejorar estos conocimientos.

En tal virtud, la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, atiende a estas necesidades a través de sus maestrías en Derecho Constitucional, Derecho con mención en: Derecho Civil y Comercial, Ciencias Penales, entendiéndose que en los últimos años, el Derecho en nuestro país ha sufrido una serie de cambios.

En virtud a lo anteriormente expuestos, ofrecemos las siguientes maestrías en el campo del Derecho:

Maestría en Derecho Constitucional

Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial

Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales

## OBJETIVOS

Proporcionar la formación de graduados de alto nivel en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas.

Proporcionar la formación adecuada a investigadores y formar docentes universitarios en las diferentes áreas de especialización del derecho.

Desarrollar la investigación jurídica a través del aporte creador de los participantes y los profesores.

Contribuir al conocimiento de la problemática nacional, al desarrollo y a la transformación social del país, proponiendo las soluciones más adecuadas.

## QUIÉNES PUEDEN ACCEDER

Pueden acceder a los estudios en esta maestría todos aquellos profesionales vinculados al campo del Derecho que deseen actualizar sus conocimientos, así como también todos aquellos que empezarán a efectuar investigación científica en el campo del Derecho. Del mismo modo pueden acceder todos aquellos que deseen ejercer la Docencia Universitaria en este campo. Todos los demás profesionales, que no tengan relación directa con el campo del Derecho, pero que se sientan en capacidad de hacerlo, pueden acceder a este programa.

## DURACIÓN

El Programa tiene una duración de cuatro (04) ciclos académicos los cuales se desarrollan en el transcurso de dos (02) años, dictándose dos ciclos por cada año. Cada ciclo tiene un equivalente de 20 créditos, lo cual hace que el alumno al finalizar sus estudios acumule un total de 80 créditos que es el requerido para poder egresar.

## PERFIL DEL EGRESADO

Nuestros graduados obtendrán el perfil siguiente:

Poseerán conocimientos actualizados, los cuales les permitirán afrontar los diferentes casos o problemas que se les presenten en el ejercicio de su profesión.

Podrán contribuir a la mejora y actualización, según los nuevos avances científicos y tecnológicos de la legislación peruana.

Estarán en capacidad de iniciar investigaciones científicas en los diferentes campos del Derecho.

Contribuirán a la solución de los problemas sociales, económicos y jurídicos, a través de la investigación.

Podrán ejercer la docencia universitaria con eficiencia; brindar asesoría en el sector público y privado

## LA RAZÓN SUFICIENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL PODER DEL ESTADO

Javier Neyra Salazar \*

*«El principio de razón suficiente, enunciado en su forma más acabada por Gottfried Leibniz en su "Teodicea", afirma que no se produce ningún hecho sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. De ese modo, sostiene que los eventos considerados azarosos o contingentes parecen tales porque no disponemos de un conocimiento acabado de las causas que lo motivaron».*

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

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### CAPITULO I

1. CULTURA Y SOCIEDAD
2. ORDEN SOCIAL
3. NORMAS DE CONTROL SOCIAL

#### CAPITULO II

4. TEORÍAS QUE EXPLICAN EL SER DEL DERECHO
5. ¿EL DERECHO ES UNA CIENCIA?
6. LA EPISTEMOLOGÍA
7. LOS PRINCIPIOS LÓGICOS: EL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

#### CAPITULO III

8. TEORÍA DEL ESTADO
9. TEORÍA DEL PODER COMO PRESUPUESTO DE LA TEORÍA DE LOS DD.HH.

#### CAPITULO IV

10. FUNDAMENTACIÓN FILOSOFICA DE LOS DD.HH.
11. DEFINICIÓN DE LOS DD.HH.
12. PRINCIPIOS DE LOS DD.HH.
13. LA VERDAD DE LOS DD.HH. ES SU RAZÓN SUFICIENTE

#### CONCLUSIONES

#### SUGERENCIAS

#### GLOSARIO

#### ANEXOS

### INTRODUCCIÓN

El presente es un trabajo de Epistemología del Derecho, en el cual me propongo demostrar cuál es la razón suficiente de los Derechos Humanos frente al poder del Estado, aplicando uno de los principios lógicos universales más importantes llamado el "Principio de Razón Suficiente".

En el Primer Capítulo, exponemos los fundamentos de la sociabilidad natural del hombre. Esto significa que el hombre es un ser social por naturaleza, capaz de organizar una sociedad y desarrollar

una cultura, creando normas de control social para mantener un orden social.

En el Segundo Capítulo, explico las teorías filosóficas sobre el ser del Derecho, asimismo, se señalan los fundamentos que consideran al Derecho como una ciencia, tema controvertido en la doctrina, oportunidad para fijar posición. También exponemos el significado del "Principio de Razón Suficiente" y su aplicación en el Derecho.

En el Tercer Capítulo, desarrollamos la Teoría del Estado y la Teoría del Poder como presupuesto de la Teoría de los Derechos Humanos, para luego abordar el último Capítulo, que considero el epicentro del presente esfuerzo intelectual.

En el Cuarto Capítulo, abordamos la Teoría de los Derechos Humanos, comenzando por las teorías que sustentan su fundamentación, su definición, sus principios, y el estudio de la verdad de los derechos humanos que es su realidad, es decir su fundamento: La Dignidad de la Persona Humana. Precisamente aplicando el "Principio de Razón Suficiente" de la obra del Dr. Severo Gamarra Gómez, demostramos que la Dignidad de la Persona Humana es la verdad y la razón suficiente que explican el ser de los Derechos Humanos.

### LA RAZÓN SUFICIENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL PODER DEL ESTADO

#### CAPITULO I

##### 1. CULTURA Y SOCIEDAD:

1.1. LA PERSONA SOCIAL.- La unidad física irreductible de las categorías, conglomerados, grupos sociales y sociedades es el hombre, el ser humano, el individuo, la persona. El ser humano se distingue del ser infrahumano por su capacidad de pensar en términos abstractos, de elegir y de tomar decisiones. La persona es un animal que se dirige a sí mismo; puede hacer proyectos y formular planes para el futuro. Puede reflexionar sobre sus propias acciones y reacciones. Es responsable de su propio comportamiento y puede adquirir un sentido de responsabilidad para con los demás<sup>(1)</sup>.

(1) FITCHER H. Joseph, SOCIOLOGÍA, Editorial Herder, Barcelona, Tercera Edición 1967, Pág. 33.



Todos los seres humanos, en cuanto se distinguen de los animales, son personas sociales. Los términos "racional" y "social" no son sinónimos, pero una de estas cualidades no existe sin la otra. El mero hecho de decir que un individuo es una persona racional implica necesariamente que es una persona social. Estas son características exclusivas de las personas. Cuando decimos que los animales irracionales aprenden o que son sociales, hablamos sólo por analogía<sup>(2)</sup>.

Una persona es social en cuanto que tiende a la asociación humana y la necesita. El término social deriva del latín "socius", que significa compañero o asociado. Así pues, la ciencia social estudia a las personas únicamente en este aspecto. El investigador de la sociedad se interesa por las formas en que las personas se relacionan con otras personas<sup>(3)</sup>.

William F. Ogburn profesor de la Universidad de Chicago ha señalado que el hombre es esa notabilísima criatura, son seres extraordinarios por las cosas que pueden hacer, como fácilmente vemos al comparar las cosas que han logrado con las de otras especies. Sólo los hombres pueden hablar, leer, escribir, reverenciar a los seres sobrenaturales, construir rascacielos y predecir la posición de las estrellas miles de años antes<sup>(4)</sup>. Es claro que la capacidad de aprender no es exclusiva del hombre, pero también es claro que únicamente el hombre es el ser capaz de comunicar sus aprendizajes, organizar un grupo, proyectarse al futuro, reflexionar sobre su condición, su ser, el tiempo, el espacio, etc. Los animales actúan por instinto, y si bien tienen capacidad de aprendizaje, lo hacen por instinto y ante estímulos exógenos, no pueden comunicar lo que aprenden.

Meyer F. Nimkoff, profesor de la Universidad de Chicago señala que son cuatro los factores que reunidos hacen posible la sociedad humana: El factor medio natural; el factor cultura; el factor herencia y el grupo como factor<sup>(5)</sup>.

Consideramos que el hombre es un ser social por

naturaleza. Así se ha afirmado desde los tiempos de la antigua Grecia, cuando Platón en su obra "La República" desarrolló la "teoría de la ciudad ideal" y la "teoría de la sociabilidad natural del hombre". Platón ha dicho que el hombre no es autosuficiente para procurarse los bienes materiales y espirituales para subsistir. Señala que es necesario la interrelación con sus semejantes. A pesar que con su alumno predilecto Aristóteles hubo discrepancia de enfoques, entre la concepción filosófica idealista de Platón y la concepción filosófica empirista de Aristóteles, sin embargo, Aristóteles defendió la teoría de la sociabilidad natural del hombre y agregó que el hombre es un "zoon politikón", un animal político.

1.2. EL HOMBRE Y LA CULTURA.- Lo que entendemos en lenguaje vulgar por "cultura" no tiene mucho que ver con el significado sociológico del vocablo. Cuando decimos de alguien que es un hombre con cultura, una persona culta, nos referimos a que posee determinados conocimientos de índole especial y, sobre todo, una actitud particular ante ciertos productos del espíritu humano, que le distinguen, por ello, de la mayor parte de la gente. La cultura, en el habla habitual, es una cualidad positiva en una persona, una virtud. Cuando hablamos de un pueblo culto, nos referimos a un colectivo de personas que poseen, al menos en una proporción significativa, un nivel cultural elevado, es decir, unos conocimientos amplios de tipo artístico, filosófico, humanístico.

En el análisis sociológico, sin embargo, se confiere a la palabra cultura un contenido muy distinto. Para la Sociología, todo individuo, hasta el más inculto, en el sentido vulgar, posee una cultura: En consecuencia, cultura es todo lo que se aprende socialmente y es compartido por los miembros de una sociedad. Constituye, pues, la herencia que la persona recibe del grupo al que pertenece. Por cultura se entiende, pues, todo aquello que el individuo es y que no proviene de su herencia biológica.

Hay una falsa idea popular de que algunos miembros de la sociedad tienen cultura mientras que

(2) FITCHER H. Joseph, Ob. Cit. Pág. 34.

(3) FITCHER H. Joseph, Ob. Cit. Pág. 34.

(4) F. OGBURN William y F. NIMKOFF Meyer, SOCIOLOGÍA, Editorial Gráficas Ume, Séptima Edición 1968, Pág. 27.

(5) F. OGBURN William y F. NIMKOFF Meyer, Ob. Cit. Pág. 33.

otros no. Desde un punto de vista sociológico, todos los seres humanos adultos y normales tienen cultura. Ésta, puede definirse como la suma total de los rasgos de comportamiento y de las creencias -características aprendidas- de los miembros de una sociedad particular. La palabra clave en la anterior definición es "aprendidas", factor éste que establece la diferencia entre cultura y comportamiento, el cual es el resultado de la herencia biológica<sup>(6)</sup>. De esta manera, podemos definir a una sociedad como un grupo de personas que participan de una cultura común.

Los animales poseen vida social, pero ésta se basa en el instinto, y no en el aprendizaje, aunque alguna capacidad posean en este sentido, tal como se ha demostrado experimentalmente mediante chimpancés, o como podemos observar en el comportamiento de nuestros animales domésticos. Esa capacidad es, sin embargo, muy inferior a la de los seres humanos. Además, el animal no es capaz de comunicar a los otros lo que ha aprendido: se enfrenta al mundo sólo con sus instintos heredados y el conocimiento que le proporciona su propia experiencia, pero de nada le sirve la experiencia de otros animales, ya que no posee medio alguno de llegar a conocerla. El hombre, por el contrario, tiene tras sí un cúmulo de conocimientos que le han sido transmitidos a lo largo de incontables generaciones.

Si sabemos que no debemos tocar un cable de alta tensión, por ejemplo, no es porque el instinto nos lo ordene así, ni mucho menos porque hayamos experimentado personalmente los efectos de tal hecho; dicho conocimiento proviene de que hemos hecho nuestra la experiencia ajena.

Una cultura reúne una serie de patrones de conocimiento y normas de conducta prefijadas en un sistema organizado, común a todos los miembros de una sociedad. Ahora bien, no por ello consiste en una simple agregación de diferentes elementos: es esencial, por el contrario, que la cultura constituya un sistema integrado de rasgos de comportamiento, junto con las ideas y valores que

subyacen a esos comportamientos.

1.3. NORMAS CULTURALES.- Una sociedad es un grupo de personas que viven en comunidad durante cierto tiempo, ocupan un territorio y eventualmente, empiezan a organizarse como unidad social distinta de otros grupos. Los miembros de una sociedad comparten también una cultura. Es imposible que una cultura y una sociedad existan separadamente. Si existe una sociedad, debe existir una cultura correspondiente<sup>(7)</sup>.

Bruce J. COHEN señala que: Una norma cultural es un patrón establecido de lo que un grupo espera (o acepta) en cuanto a pensamiento y conducta. Estas expectativas y conductas resultantes, varían muchas veces de una cultura a otra. Las normas culturales adoptan formas muy diferentes, algunos de los cuales se esbozan a continuación:

a) LOS VALORES: Son sentimientos enraizados en los miembros de una sociedad, que generalmente señalan las pautas de acción y de comportamiento de los individuos.

b) LAS TRADICIONES: Son las formas acostumbradas y usuales de actuar dentro de una sociedad.

c) LAS COSTUMBRES: contienen implicaciones significativas acerca de lo correcto e incorrecto para una sociedad. Las costumbres de una sociedad a menudo están incorporadas a su sistema legal y a sus enseñanzas religiosas. Las leyes constituyen costumbres de especial significación, formalizadas a través de reglas. Quienes quebrantan estas reglas se ven amenazados por el castigo legal.

La cultura de la sociedad en la que nos encontramos inmersos determina, mucho más de lo que habitualmente se cree, nuestra propia realización personal, nuestras actitudes y comportamientos. Desde el nacimiento hasta la muerte estamos sometidos, en el aspecto conductual, a la cultura a la que pertenecemos. Y no es sólo nuestro comportamiento el que se ve regulado y encauzado dentro de unos límites preestablecidos. sino que también lo están

---

(6) COHEN J. BRUCE y otros, TEORÍAS Y PROBLEMAS DE INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA, Editorial Mc GRAW-HILL LATINOAMERICANA S.A., Bogotá - Colombia 1980, Pág. 24.

(7) COHEN J. BRUCE, Ob. Cit. Pág. 24

nuestros propios deseos y gustos; incluso nuestro conocimiento del mundo cobra realidad a través del filtro de la cultura que nos ha sido dada<sup>(8)</sup>.

## 2. ORDEN SOCIAL:

La palabra sociedad, tomada en sentido propio y riguroso, significa, por lo tanto, la convivencia, no sólo material, sino además moral, de seres inteligentes y libres. Entendemos por convivencia moral la acción simultánea y combinada de los asociados en orden a un fin general o bien común. Consiguientemente, podremos definir la sociedad, en general, la convivencia de varios seres inteligentes y libres, que juntos cooperan de una manera estable a la consecución de un bien común<sup>(9)</sup>.

El profesor universitario José Mejía Valera señala que: Los sistemas socioculturales, vale decir, las sociedades se encuentran organizadas de alguna manera, para alcanzar cierta finalidad. Tal organización, con el propósito de cumplir con el papel que le corresponde, requiere de instrumentos que le permitan desempeñarse adecuadamente. Ellos son "las normas". Por consiguiente, es posible afirmar que todas las sociedades históricas, sin excepción, están dotadas de un conjunto de normas de diversa naturaleza y contenido<sup>(10)</sup>.

Tales normas son elementos culturales, por provenir del quehacer social, lo que significa que no emanan de la naturaleza pura, sino del genio de la especie humana. Solo ella posee capacidad de crear cultura, atributo de la diferencia de las especies inferiores<sup>(11)</sup>.

## 3. NORMAS DE CONTROL SOCIAL:

La cultura no material, está constituida, en su ma-

yor parte, por un enorme conjunto de modos o formas de comportamiento exigibles a los miembros de la sociedad para hacer posible la convivencia pacífica. Tales son las normas. Los mencionados modos de conducta, mientras se encuentran vigentes poseen obligatoriedad, de tal manera que conociéndolos es posible anticiparnos en el conocimiento de la acción del Alter como respuesta de una acción del Ego. Este conocimiento anticipado permite la calculabilidad de las acciones y reacciones de los actores sociales y el trazo de una estrategia apropiada para el logro de cierta finalidad que se aspira alcanzar<sup>(12)</sup>.

José Mejía Valera agrega que, la obligatoriedad de las normas vigentes ejercitan una acción compulsiva para evitar que las tensiones internas del sistema social desvíen de la ruta o dirección para el logro de sus metas. Por eso, para que el control social pueda operar, es necesario la existencia de normas de comportamiento. El sociólogo William Graham Summer<sup>(13)</sup> propuso sobre la existencia de *folkways*, palabra de difícil traducción literal, pero que se puede entender como usos o costumbres; y las *mores* o bienestar, que serían el origen de las normas de carácter estimativo las sociedades arcaicas.

Así, a los *Folkways* y *Mores* debe agregarse dos elementos culturales que también contribuyen al control de la conducta humana: el "totemismo",<sup>(14)</sup> ampliamente estudiado por el antropólogo escocés Sir James George Frazer<sup>(15)</sup> y "la teoría de los roles"<sup>(16)</sup>, muy especialmente tratado por Ralph Linton<sup>(17)</sup>.

José Mejía Valera dice que hay dos tipos de control social: El primero proviene de la cultura y el se-

(8) COHEN J. BRUCE, Ob. Cit. Pág. 25

(9) LLOVERA José M., TRATADO DE SOCIOLOGÍA, Editora Nacional, México D.F. 1963, Pág.

(10) MEJÍA VALERA José, SOCIOLOGÍA DEL DERECHO: TEORÍA SOCIAL DEL DERECHO, Editorial Gráfica Horizonte S.A., Primera Edición Marzo 2002, Pág. 81.

(11) MEJÍA VALERA José, Ob. Cit. Pág. 81

(12) MEJÍA VALERA José, Ob. Cit. Pág. 82

(13) Citado por MEJÍA VALERA José, Ob. Cit. Pág. 83

(14) Totemismo, complejo sistema de ideas, símbolos y prácticas basadas en una supuesta relación entre un individuo o grupo social y un objeto natural conocido como tótem. Éste puede ser una especie concreta de animal o planta, o un fenómeno natural o fisiológico al que un grupo se cree vinculado de determinada forma. © 1993-2003, Biblioteca Encarta, Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

(15) Citado por MEJÍA VALERA José, Ob. Cit. Pág. 83

(16) Roles o papeles sociales: Forma correcta para adquirir aprobación social. Ejm. Papel social de la esposa. (de MEJÍA VALERA José. Ob. Cit. Pág. 83

(17) Citado por MEJÍA VALERA José, Ob. Cit. Pág. 83

gundo, de la sociedad: El control social que proviene de la cultura es difuso, no sabemos quien nos controla, pero tenemos conciencia que debemos comportarnos de cierta manera para no hacernos acreedores a una sanción. ¿Quién aplica dicha sanción?: Lo ignoramos, porque estamos sometidos a una enorme y permanente presión cultural para respetar las normas que fueren pertinentes. ¿Quién nos presiona?: Nadie en especial. Y todos en general; es nuestro respeto por la opinión pública, por la imagen que ella se forma de nosotros, por el cuidado de nuestra propia dignidad, por la pérdida de nuestra buena reputación, etc. Esto quiere decir, que la cultura nos presiona muy intensamente para adoptar el comportamiento dispuesto por ella. Según las circunstancias.<sup>(18)</sup>

En cambio el control social, proviene de la sociedad, es racional e identificable. Sabemos quién nos controla, quién nos exige el cumplimiento de los mandatos de los sistemas normativos. Son nuestros padres, nuestros maestros, nuestros jefes superiores en la burocracia de nuestro trabajo, el policía de la esquina, el prefecto, etc.<sup>(19)</sup>

El control social proveniente de la cultura o de la sociedad, para que pueda operar, necesita un requisito: la interiorización de las normas en la estructura de la personalidad. Este proceso es de carácter psico-social porque las normas son de origen social, el aprendizaje es un acto social y la estructura de la personalidad es de origen psíquico, pero se va formando lentamente a medida que se va insertando en la vida social, incorporando en su estructura las normas culturales, vigentes en el medio ambiente en que vive. La familia, la escuela, el vecindario, el tipo de recreación adoptado, etc. Son los agentes de socialización que educan y los encargados de la enseñanza de las normas y los tipos de comportamiento permitidos por la cultura y los prohibidos por ella, dice José Mejía Valera.

Pero cuando el proceso de socialización, es decir, el aprendizaje de las normas culturales haya sido

deficiente, cuando la educación recibida no haya sido suficiente para la persona, existe la probabilidad que la persona incurra en comportamientos desviados de la norma y hasta de las metas del sistema social.

De esta forma se produce lo que el sociólogo francés Emile Durkheim<sup>(20)</sup> estudió, "la anomia", entendida como ausencia de norma, o cuando aún existiendo esta, no es acatada por la persona, produciéndose una conducta desviada, antisocial.

## CAPÍTULO II

### 4. TEORÍAS SOBRE EL SER DEL DERECHO<sup>(21)</sup>

A lo largo de la historia, la filosofía jurídica ha desarrollado diversas teorías sobre la naturaleza o el ser del Derecho y muchas veces se han superpuesto unas a otras. Como suele suceder, cada teoría se explica, en parte, por las condiciones sociales e históricas en que apareció y fue desarrollada:

El Jusnaturalismo, es una escuela de pensamiento para la que por sobre el Derecho positivo, es decir, el derecho creado por los seres humanos mediante normas jurídicas que producen a través de las diversas fuentes del Derecho reconocidas, existe un Derecho superior (el Derecho natural), compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del Derecho. El efecto que el jusnaturalismo asigna al Derecho natural en referencia al Derecho positivo por lo tanto es doble: a) De un lado el Derecho positivo debe inspirar sus contenidos en los valores que contiene el Derecho natural, y b) De otro lado, el agente aplicador del Derecho deberá tomar en cuenta en sus actos, los dictados de los valores contenidos en el Derecho natural para ajustar a ellos su conducta cotidiana.

El Positismo Jurídico, inicia su ruta hacia la pre-

(18) MEJÍA VALERA José, Ob. Cit. Pág. 84

(19) MEJÍA VALERA José, Ob. Cit. Pág. 84

(20) Emile Durkheim (1858-1917), teórico social francés y uno de los pioneros del desarrollo de la sociología moderna. © 1993-2003 - Biblioteca Encarta, Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

(21) RUBIO CORREA Marcial, EL SISTEMA JURÍDICO: INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Sexta Reimpresión Febrero 2006, Págs. 341 a 354.

ponderancia en el siglo pasado y la adquiere en los primeros decenios de éste con Hans Kelsen a la cabeza. Este autor plantea que para estructurar una ciencia autónoma del Derecho hay que separar todo lo que pertenece a otras ciencias sean valores, conductas, etc., que resultan más propios de la moral, la religión, la sociología o la política. Así, lo propio del Derecho, la teoría pura del Derecho, consistirá en su esencia normativa: la norma jurídica válida y el sistema eficaz que regulan efectivamente las conductas de los sujetos y la sociedad en su conjunto. Kelsen imagina el Derecho como una pirámide en cuyo vértice existe una norma que lo sostiene como conjunto. Esta norma no es un texto legislativo ni nada semejante; es, más bien, una hipótesis sobre su eficacia: si el orden jurídico en su conjunto es acatado por la generalidad de los sujetos de la sociedad correspondiente, entonces es su orden jurídico y en caso contrario no lo es: es fundamental porque, así definida, lo sustenta.

El Historicismo Jurídico y las corrientes sociológicas. Durante el siglo XIX se desarrolló en Alemania, a instancia de Friedrich Karl Von Savigny, la Escuela Historicista del Derecho<sup>(22)</sup>. La posición de este notable jurista seguida luego por varios otros que aportaron un colosal sistema jurídico al mundo contemporáneo a través de numerosas obras y del Código Civil alemán de 1900, suponía que cada pueblo construía en su diario quehacer el Derecho que le era correspondiente. Luego, la tarea del jurista era tomarlo, organizarlo, darle un marco teórico y convertirlo en un Derecho elaborado. El Derecho nacido del pueblo era el Derecho popular; el siguiente era el Derecho culto.

Más tarde, aparecieron diversas tendencias aún hoy presentes, que buscan estudiar el Derecho y realidad en todo su proceso de mutua retroalimentación. Se abrió así otra perspectiva fecunda en estudios, doctrina, publicaciones y posiciones, que no han dejado de florecer y multiplicarse. Entre otros resultados concretos, han dejado la irrupción del método sociológico de interpretación y de los criterios teleológico sociales que hemos desarrollado, principalmente, al tratar la interpretación y la costumbre como fuente del Derecho.

Conductas, normas y valores en el Derecho: La teoría tridimensional del Derecho, postulada por Carlos Cossio y enarbolada en el Perú fundamentalmente por Carlos Fernández Sessarego en varios trabajos, ha resumido dichos elementos como componentes esenciales e inseparables del Derecho. (...) Por ello consideramos que no existe exclusión ni de conductas, ni de valores, ni de normas dentro del Derecho. Por lo mismo creemos -afirma Rubio Correa- que el agente de Derecho en la pluralidad de roles que le toca ejecutar, tiene que tomar en consideración todos estos elementos debidamente ponderados según su criterio, para trabajar en la estructura y en la operación del sistema en su conjunto. Ello obliga a quien tenga que trabajar dentro del Derecho asumir una excelente formación jurídica que incluye, necesariamente, complementaciones de orden filosófico y sociológico.

## 5. ¿EL DERECHO ES UNA CIENCIA?:

Mucho se ha discutido sobre este tema. Para un sector de intelectuales, el Derecho es una ciencia porque cumple con los elementos necesarios para configurar una disciplina científica, es decir, tener un método, un objeto de estudio y un fin. Sin embargo, otro sector ha señalado que el Derecho no es una ciencia, es un producto de la cultura humana, otros señalan que tiene vocación de ser ciencia, pero aún no ha llegado el momento de que se constituya como tal.

¿Qué es la ciencia?: Ciencia (en latín *scientia*, de *scire*, 'conocer'), término que en su sentido más amplio se emplea para referirse al conocimiento sistematizado en cualquier campo, pero que suele aplicarse sobre todo a la organización de la experiencia sensorial objetivamente verificable. La búsqueda de conocimiento en ese contexto se conoce como "ciencia pura", para distinguirla de la "ciencia aplicada" -la búsqueda de usos prácticos del conocimiento científico- y de la tecnología, a través de la cual se llevan a cabo las aplicaciones. (Para más información, véanse los artículos individuales sobre la mayoría de las ciencias mencionadas a lo

(22) Friedrich Karl von Savigny, fundador de la escuela histórica, no concebía el derecho como expresión de una única razón universal sino como directa emanación del espíritu de cada pueblo, desarrollándose históricamente como una totalidad orgánica. © 1993-2003, Biblioteca Encarta, Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

largo de este artículo).<sup>(23)</sup>

Para Stephen f. Mason. La ciencia, es un sistema de conocimientos sobre los hechos naturales o hechos sociales, obtenidos mediante el método científico, por lo tanto sometidos a contratación directa o indirecta, que se caracteriza por ser analítico comunicable, verificable, legal, descriptivo, explicativo, predictivo, ampliativo, sistemático y útil. La ciencia, es una actividad humana cuyo propósito fundamental es la creación de conocimientos. Vale decir, es una actividad humana, que desarrolla un cuerpo históricamente acumulativo de técnicas, conocimientos empíricos y teorías acerca del mundo natural, que se hallan relacionados entre sí.<sup>(24)</sup>

Nosotros podríamos afirmar que la ciencia es un conjunto de conocimientos sistematizados obtenidos mediante la aplicación del método científico, que mediante el establecimiento de conceptos, hipótesis, leyes y teorías, el hombre explica el origen, la estructura y funcionamiento de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento.

El objeto de estudio de la ciencia es la sociedad (el hombre), la naturaleza y el pensamiento, de allí que se afirme que el Derecho es una disciplina que estudia la conducta humana estableciendo reglas de comportamiento, que tiene un método, un objeto de estudio y un fin.

Según Mario BUNGE<sup>(25)</sup> las ciencias se clasifican en:

a) Ciencias Formales: Ciencia de las ideas. No se sustenta en experiencias ni comprobaciones previas (a priori). Tenemos: La Lógica y la Matemática.

b) Ciencias Factuales: Ciencia de los Hechos, se sustenta en la experiencia, comprobación y la aplicación (a posteriori).

Se subdividen en:

b.1) Ciencias Naturales.- Estudia los hechos y fenómenos naturales. Tenemos a la Física, Química, Biología, Psicología Individual.

b.2) Ciencias Sociales.- Estudia a los Hechos Sociales, la sociedad, el hombre. Es objeto de estudio de la ciencia, la sociedad. Tenemos: Sociología, Economía, Ciencia Política, Historia Material, Historia de las Ideas, Antropología, Psicología Social.<sup>(26)</sup>

Guillermo GAMERO CAMONES<sup>(27)</sup> señala que se puede clasificar a las ciencias según su objeto de estudio y su objetivo:

a) Según su Objeto de Estudio: Se dividen en ciencias fácticas (naturales y sociales); ciencias formales o abstractas (Matemática, Lógica y Semántica).

b) Según el Tipo de Funciones u Objetivos: Se dividen en ciencias puras, teóricas o básicas (búsqueda de la verdad), y ciencias aplicadas (búsqueda de verdades de posible utilidad práctica).

c) Según el Objeto de Estudio o Temática o Clase de Referencia: Se divide en ciencias naturales (Física, Química, Biología, Ciencias de la Tierra); ciencias sociales (Sociología, Antropología, Arqueología, Historia, Economía, Ciencias Políticas, Lingüística, Psicología, Derecho, Pedagogía).

¿Qué es el Derecho?: Abelardo TORRE define el derecho como "*el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social*".<sup>(28)</sup>

Jorge I. HUBNER GALLOS dice que es, en general, "*un conjunto de normas y decisiones destinadas a regir la conducta humana en orden al bien común*".<sup>(29)</sup>

(23) © 1993-2003, Biblioteca Encarta, MICROSOFT CORPORATION, Ob. Cit.

(24) MASON Stephen F., HISTORIA DE LAS CIENCIAS - La Ciencia del Siglo XX, Alianza Editores S.A., Madrid 1986. (Citado por GOMERO CAMONES Guillermo, PROCESO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, FAKIR Editores, Lima 1997, Pág. 14).

(25) BUNGE, Mario, LA EPISTEMOLOGÍA, La Habana CCSS, 1982. (Citado por GOMERO CAMONES Guillermo, Ob. Cit. Pág. 28).

(26) Anótese que para Mario Bunge el Derecho no es una disciplina científica.

(27) GOMERO CAMONES Guillermo, Ob. Cit. Pág. 29

(28) Citado por MONROY CABRA Marco Gerardo, INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Editorial Temis S.A. Undécima Edición, Santa Fe de Bogotá - Colombia 1998, Pág. 20.

(29) Citado por MONROY CABRA Marco Gerardo, Ob. Cit. Pág. 20

Gustav RADBRUCH dice que *"el derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho. La idea de derecho no puede ser otra que la justicia"*.<sup>(30)</sup>

El derecho pertenece al mundo de la cultura, y puede ser comprendido sólo mediante conceptos culturales. Los conceptos ontológicos se refieren a los seres, los axiológicos abarcan las notas que atribuimos a los valores en tanto que los culturales comprenden aquellos objetos portadores de un sentido espiritual. El sustrato empírico del derecho, igual que el de otros objetos de la cultura, está formado por todo el conjunto de hechos que constituyen las construcciones o realizaciones jurídicas con su íntima coherencia o trabazón. En el mundo de esas realidades late un sentido porque ellas son portadoras de significación para la vida social del hombre; llevan como grabado o impreso algo que intuimos o interpretamos, y al igual que las otras creaciones culturales, los objetivos jurídicos están formados por valores. Entre estos valores, tiene carácter rector, la justicia.<sup>(31)</sup>

Mario Alzamora Valdez, profesor universitario señala: "tres son los caminos que hemos seguido para llegar a una definición integral del derecho: la sociabilidad del hombre nacida de su propia naturaleza; la exigencia de regular su conducta mediante normas y el debe ser orientado hacia valores.

La teoría tridimensional del derecho sustentada por el tratadista brasilero Miguel Reale, lo considera como la integración de tres elementos: hecho, valor y norma, pero no en una referencia genérica y abstracta, como en el culturalismo de Lask y de Redbruch o en los estudios de Roscoe Pound, Julius Stone y Jerme Hall, que separan aquellos elementos, sino de modo específico y concreto, reuniéndolos en un complejo unitario. En todas las acciones humanas dice Reale, hay *"el hecho de una energía espiritual que imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma,*

*como actitud o como norma"*. Esta doctrina que reclama la juntura de "las tres perspectivas" en una unidad funcional y de proceso es la concepción tridimensional específica e integrante del derecho".<sup>(32)</sup>

¿El derecho es una ciencia?, Marcial Rubio Correa señala que es una vieja discusión. ¿El Derecho es una ciencia o más bien una disciplina del saber humano?. Modernamente se considera que una ciencia debe tener cuando menos presupuestos comunes, unidad de objeto y unidad de método. El Derecho carece de tres requisitos, entendido como disciplina global del conocimiento humano. En el mundo actual, parece exagerarse la importancia de las ciencias, al punto tal, que si se niega tal calidad a un ramo del saber, automáticamente se lo entiende devaluado. Afirma Rubio Correa, que no cree que deba ser el caso: Las ciencias tienen su ámbito y su aporte a la humanidad, pero un "cientificismo" desmedido e ingenuamente planteado como autónomo, también puede llevar a catástrofes. Finalmente agrega, que a ninguna rama del conocimiento humano hay que negarle ni su vocación científica, ni la posibilidad de llegar a serlo algún día. Pero ojalá que cuando eso llegue, sea en los términos humanos debidos.

Asimismo, Juan Carlos Valdivia Cano, filósofo y profesor universitario, está de acuerdo con lo que señala Marcial Rubio Correa en el sentido que el derecho no tiene los elementos necesarios para ser una ciencia, es decir, debe tener por lo menos "objeto indiscutible", "unidad de métodos" y "presupuestos comunes", y el derecho no reúne ninguna de esas condiciones.<sup>(33)</sup>

El profesor Valdivia Cano afirma además: *"Para decepción de los positivistas, para Mario Bunge el derecho no es una ciencia. Como recuerda David Sobrevilla en la Introducción a "El derecho como técnica social de control y reforma", de Mario Bunge: Bunge sostiene que en lugar de una ciencia*

(30) Citado por MONROY CABRA Marco Gerardo, Ob. Cit. Pág. 21

(31) ALZAMORA VALDEZ Mario, INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Décima Edición 1987, Pág. 40

(32) ALZAMORA VALDEZ Mario, Ob. Cit. Pág. 41

(33) VALDIVIA CANO Juan Carlos, "Extrapolaciones en la Metodología de Investigación Jurídica Regional", Ensayo Jurídico publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, Año 1, Nro. 1, Enero 2008, Págs. 107 y sgtes.

*del derecho es posible hablar más bien de la filosofía del derecho, la cual se halla en la intersección de la lógica y de la ética". Y es verdad, el derecho inseparable de la filosofía, como lo es de las otras disciplinas".*

El profesor Valdivia Cano siguiendo a Mario Bunge señala que hay ciertas condiciones o requisitos para el ser de una ciencia, y que no las tiene propiamente el derecho, algunas de las cuales señala son las siguientes: a) El conocimiento científico parte de los hechos y siempre regresa a ellos; b) La ciencia trasciende los hechos, llega a producir nuevos hechos; c) La ciencia es analítica.

Considero que esa posición es discutible, puesto que el Derecho es una rama de la cultura que también parte de los hechos, se proyecta sobre los hechos de relevancia (hechos jurídicos) para alcanzar el valor más importante de éste, la justicia. Creo que también trasciende a los hechos porque se proyecta sobre los mismos modificándolos a en el curso del tiempo siempre en función de los valores que persigue en la sociedad. Ese cometido, creo demanda un método, y creo que el derecho lo posee; muy particularmente propio de su ser, pero lo tiene. Creo finalmente que el derecho también utiliza el análisis, porque el raciocinio frente al quehacer humano en la sociedad no responde a conductas serializadas, como si el hombre estuviera programado como una computadora para actuar, con datos preestablecidos por los ordenadores informáticos, si no más bien, diría que dicho raciocinio responde a un ser imperfecto como imperfectos son los actos que desarrolla. No hay nada perfecto ni absoluto en el mundo material. La ciencia no puede aspirar a alcanzar el conocimiento absoluto. Únicamente alcanza un conocimiento relativo, demostrable, contrastable, con el cual se pueden resolver problemas. Esa es una verdad que la epistemología y la propia ciencia lo aceptan.

Por esa razón, finalmente quiero sentar mi posición, señalando que creo que el derecho si es una ciencia. Por eso estoy de acuerdo con Anibal To-

rres Vásquez<sup>(34)</sup> quien señala: "Si se admite la existencia de ciencias sociales, es evidente que el derecho como ciencia se ubican en el campo fecundo de estas. El objeto de la ciencia jurídica son las normas de comportamiento, es decir, de comportamiento empírico. El origen del Derecho es un hecho empírico, el hecho del poder. Pero, como sabemos, el Derecho no se agota en el hecho social, sino que abarca también el valor, el sentimiento (v. gr., el sentimiento de justicia que todo ser humano tiene)".

No faltan quienes sostienen que el derecho no se ha desarrollado todavía lo suficiente para llegar a ser ciencia, pero que algún día lo será. Como es natural, se refiere a que el derecho llegará a alcanzar la cúspide de las ciencias exactas o de las ciencias naturales. Esto significa no advertir lo obvio, esto es, la imperfección del ser humano que por ser imperfecto es humano, y como tal, todo lo que crea (v. gr., la sociedad, el Estado, el Derecho) es relativo, no absoluto. El Derecho, obra del ser humano, no puede constituir una ciencia de leyes puramente universales y absolutas: él jamás tratará de leyes absolutas. Un Derecho perfecto tiene que ser producto de un ser humano perfecto. Pero cuando este haya alcanzado la perfección será un Dios, y desde entonces el ser humano será solamente una añoranza, o sea, ya no existirá más como humano. O quizá su perfección lo conduzca a la imbecilidad como género, y el imbécil se basta con las leyes de la causalidad. Ni el género de los dioses ni el de los imbéciles necesitan del Derecho. Este desaparecerá conjuntamente con el ser humano. Son sus estudiosos, no los cultivadores de las ciencias exactas o naturales, los que han descubierto que él no se rige por las leyes de la causalidad, sino por las reglas de imputación; que el Derecho no es puramente óntico si no deóntico. La naturaleza pertenece al dominio de la causalidad, es decir, de lo "necesario"; en cambio, el Derecho pertenece al dominio de la imputación, o sea, de lo "no necesario" (Kelsen). Es una necedad, un absurdo, pretender equiparar al derecho con las ciencias formales o con las naturales. No está demás recalcar una vez más que no es

---

(34) TORRES VASQUEZ Anibal, INTRODUCCIÓN AL DERECHO: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO, Editorial IDEMSA Lima - Perú, Editorial Themis Bogotá - Colombia, Segunda Edición 2001, Pág. 139.



una ciencia formal (exacta); tampoco una ciencia natural, ni pretende serlo jamás. El Derecho es una ciencia o disciplina cultural humana. O más correctamente no hay una sola ciencia o disciplina jurídica sino varias (dogmática jurídica, sociología jurídica, etc.), cada uno con sus presupuestos, objeto y método de estudio propios.<sup>(35)</sup>

## 6. LA EPISTEMOLOGÍA:

¿Qué es la Epistemología?: Epistemología (del griego, *episteme*, 'conocimiento'; *logos*, 'teoría'), rama de la filosofía que trata de los problemas filosóficos que rodean a la denominada teoría del conocimiento. La epistemología se ocupa de la definición del saber y de los conceptos relacionados, de las fuentes, de los criterios, de los tipos de conocimiento posible y del grado con el que cada uno resulta cierto; así como de la relación exacta entre el que conoce y el objeto conocido.<sup>(36)</sup>

La epistemología, o filosofía de la ciencia, es la rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico. Mera hoja del árbol de la filosofía hace un siglo, la epistemología es hoy una rama importante del mismo. La epistemología en suma, se ha convertido en una rama importante de la filosofía, tanto conceptual como profesionalmente.<sup>(37)</sup>

### Racionalismo y Empirismo<sup>(38)</sup>:

Desde el siglo XVII hasta finales del siglo XIX la epistemología enfrentó a los partidarios de la razón y a los que consideraban que la percepción era el único medio para adquirir el conocimiento.

Para los seguidores del racionalismo (entre los que sobresalieron el francés René Descartes,<sup>(39)</sup> el holandés Baruch Spinoza y el alemán Gottfried Wilhelm Leibniz)<sup>(40)</sup> la principal fuente y prueba

final del conocimiento era el razonamiento deductivo basado en principios evidentes o axiomas. En su Discurso del método (1637), Descartes inauguró el nuevo método que podía permitir alcanzar la certeza y el fundamento de la racionalidad.

Para los principales representantes del empirismo (especialmente los ingleses Francis Bacon y John Locke) la fuente principal y prueba última del conocimiento era la percepción. Bacon inauguró la nueva era de la ciencia moderna criticando la confianza medieval en la tradición y la autoridad, y aportando nuevas normas para articular el método científico, entre las que se incluyen el primer grupo de reglas de lógica inductiva formuladas. En su *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690), Locke criticó la creencia racionalista de que los principios del conocimiento son evidentes por una vía intuitiva, y argumentó que todo conocimiento deriva de la experiencia, ya sea de la procedente del mundo externo, que imprime sensaciones en la mente, ya sea de la experiencia interna, cuando la mente refleja sus propias actividades. Afirmó que el conocimiento humano de los objetos físicos externos está siempre sujeto a los errores de los sentidos y concluyó que no se puede tener un conocimiento certero del mundo físico que resulte absoluto.

El filósofo irlandés George Berkeley, autor de *Tratado sobre los principios del conocimiento humano* (1710), estaba de acuerdo con Locke en que el conocimiento se adquiere a través de las ideas, pero rechazó la creencia de Locke de que es posible distinguir entre ideas y objetos. El filósofo escocés David Hume, cuyo más famoso tratado epistemológico fue *Investigación sobre el entendimiento humano* (1751), siguió con la tradición empirista, pero no aceptó la conclusión de Berkeley de que el conocimiento consistía tan sólo en ideas. Dividió todo el conocimiento en dos clases: el co-

(35) TORRES VASQUEZ Anibal, Ob. Cit. Pág. 140

(36) © 1993-2003, MICROSOFT CORPORATION, Ob. Cit.

(37) BUNGE Mario, EPISTEMOLOGÍA, Siglo XXI Editores S.A., Primera Edición 1980, Pág. 21

(38) © 1993-2003, MICROSOFT CORPORATION, Ob. Cit.

(39) René Descartes (1596-1650), filósofo, científico y matemático francés, considerado el fundador de la filosofía moderna.

Descartes trató de aplicar a la filosofía los procedimientos racionales

inductivos de la ciencia y, más concretamente, de las matemáticas. © 1993-2003, Microsoft Corporation. Ob. Cit.

(40) Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), también conocido como barón Gottfried Wilhelm von Leibniz. Filósofo, matemático y estadista alemán, considerado como uno de los mayores intelectuales del siglo XVII. © 1993-2003, Microsoft Corporation. Ob. Cit.

nocimiento de la relación de las ideas (es decir, el conocimiento hallado en las matemáticas y la lógica, que es exacto y certero pero no aporta información sobre el mundo) y el conocimiento de la realidad (es decir, el que se deriva de la percepción). Hume afirmó que la mayor parte del conocimiento de la realidad descansa en la relación causa-efecto, y al no existir ninguna conexión lógica entre una causa dada y su efecto, no se puede esperar conocer ninguna realidad futura con certeza. Así, las leyes de la ciencia más certeras podrían no seguir siendo verdad: una conclusión que tuvo un impacto revolucionario en la filosofía.

En dos de sus trabajos más importantes, *Crítica de la razón pura* (1781) y *Crítica de la razón práctica* (1788), el filósofo alemán Immanuel Kant intentó resolver la crisis provocada por Locke y llevada a su punto más alto por las teorías de Hume. Propuso una solución en la que combinaba elementos del racionalismo con algunas tesis procedentes del empirismo. Coincidió con los racionalistas en que se puede alcanzar un conocimiento exacto y cierto, pero siguió a los empiristas en mantener que dicho conocimiento es más informativo sobre la estructura del pensamiento que sobre el mundo que se halla al margen del mismo. Distinguió tres tipos de conocimiento: analítico a priori (que es exacto y certero pero no informativo, porque sólo aclara lo que está contenido en las definiciones), sintético a posteriori (que transmite información sobre el mundo a partir de la experiencia, pero está sujeto a los errores de los sentidos) y sintético a priori (que se descubre por la intuición y es a la vez exacto y certero, ya que expresa las condiciones necesarias que la mente impone a todos los objetos de la experiencia). Las matemáticas y la filosofía, de acuerdo con Kant, aportan este último tipo de conocimiento. Desde los tiempos de Kant, una de las cuestiones sobre las que más se ha debatido en Filosofía ha sido si existe o no el conocimiento sintético a priori.

Durante el siglo XIX, el filósofo alemán Georg Wilhelm Friedrich Hegel retomó la afirmación racionalista de que el conocimiento de la realidad puede alcanzarse con carácter absoluto equiparan-

do los procesos del pensamiento, de la naturaleza y de la historia. Hegel provocó un interés por la historia y el enfoque histórico del conocimiento que más tarde fue realizado por Herbert Spencer en Gran Bretaña y la escuela alemana del historicismo. Spencer y el filósofo francés Auguste Comte llamaron la atención sobre la importancia de la sociología como una rama del conocimiento y ambos aplicaron los principios del empirismo al estudio de la sociedad.

La escuela estadounidense del pragmatismo, fundada por los filósofos Charles Sanders Peirce, William James y John Dewey a principios del siglo XX, llevó el empirismo aún más lejos al mantener que el conocimiento es un instrumento de acción y que todas las creencias tenían que ser juzgadas por su utilidad como reglas para predecir las experiencias.

Epistemología del Siglo XX<sup>(41)</sup>: A principios del siglo XX los problemas epistemológicos fueron discutidos a fondo y sutiles matices de diferencia empezaron a dividir a las distintas escuelas de pensamiento rivales. Se prestó especial atención a la relación entre el acto de percibir algo, el objeto percibido de una forma directa y la cosa que se puede decir que se conoce como resultado de la propia percepción. Los autores fenomenológicos afirmaron que los objetos de conocimiento son los mismos que los objetos percibidos. Los neorrealistas sostuvieron que se tienen percepciones directas de los objetos físicos o partes de los objetos físicos en vez de los estados mentales personales de cada uno. Los realistas críticos adoptaron una posición intermedia, manteniendo que aunque se perciben sólo datos sensoriales, como los colores y los sonidos, éstos representan objetos físicos sobre los cuales aportan conocimiento.

El filósofo alemán Edmund Husserl elaboró un procedimiento, la fenomenología, para enfrentarse al problema de clarificar la relación entre el acto de conocer y el objeto conocido. Por medio del método fenomenológico se puede distinguir cómo son las cosas a partir de cómo uno piensa que son en realidad, alcanzando así una comprensión más pre-

(41) © 1993-2003, MICROSOFT CORPORATION, Ob. Cit.

cisa de las bases conceptuales del conocimiento.

Durante el segundo cuarto del siglo XX surgieron dos nuevas escuelas de pensamiento. Ambas eran deudoras del filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein, autor de obras revolucionarias como el *Tractatus logico-philosophicus* (1921). Por una parte, la Escuela de Viena, adscrita al denominado empirismo o positivismo lógico, hizo hincapié en que sólo era posible una clase de conocimiento: el conocimiento científico. Sus miembros creían que cualquier conocimiento válido tiene que ser verificable en la experiencia y, por lo tanto, que mucho de lo que había sido dado por bueno por la Filosofía no era ni verdadero ni falso, sino carente de sentido. A la postre, siguiendo a Hume y a Kant, se tenía que establecer una clara distinción entre enunciados analíticos y sintéticos. El llamado criterio de verificabilidad del significado ha sufrido cambios como consecuencia de las discusiones entre los propios empiristas lógicos, así como entre sus críticos, pero no ha sido descartado. La última de estas recientes escuelas de pensamiento, englobadas en el campo del análisis lingüístico o filosofía analítica del lenguaje común, parece romper con la epistemología tradicional. Los analistas lingüísticos se han propuesto estudiar el modo real en que se usan los términos epistemológicos claves (conocimiento, percepción y probabilidad) y formular reglas definitivas para su uso con objeto de evitar confusiones verbales. El filósofo británico John Langshaw Austin afirmó, por ejemplo, que decir que un enunciado es verdadero no añade nada al enunciado excepto una promesa por parte del que habla o escribe. Austin no considera la verdad como una cualidad o propiedad de los enunciados o elocuciones.

## 7. PRINCIPIOS LÓGICOS: PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE:

Hasta este punto hemos estudiado la "naturaleza de ser social del hombre", su insoluble relación con la sociedad y la cultura, que esa realidad implica ir hacia un orden social, a través de normas de control social. Asimismo, hemos afirmado que el derecho es el producto de la cultura

humana pero que también es una ciencia. Para encontrar la verdad de los Derechos Humanos, es necesario entender el significado de los principios lógicos, en especial, el que nos interesa para encontrar la razón de ser de los derechos humanos que es la verdad que lo sustenta. Ese principio lógico desarrollado por el filósofo alemán Leibniz y seguido por otros en el tiempo como Arthur Schopenhauer y Mariano Iberico, ese principio digo, es el "Principio de Razón Suficiente"

El principio de razón suficiente,<sup>(42)</sup> enunciado en su forma más acabada por Gottfried Leibniz en su "*Teodicea*", afirma que no se produce ningún hecho sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. De ese modo, sostiene que los eventos considerados azarosos o contingentes parecen tales porque no disponemos de un conocimiento acabado de las causas que lo motivaron.

El principio de razón suficiente es complementario del principio de no contradicción y su terreno de aplicación preferente son los enunciados de hecho; el ejemplo tradicional es el enunciado "César pasó el Rubicón", del cual se afirma que, si tal cosa sucedió, algo debió motivarlo.

De acuerdo a la concepción racionalista, el principio de razón suficiente es el fundamento de toda verdad, porque nos permite establecer cuál es la condición -esto es, la razón- de la verdad de una proposición. Para Leibniz, sin una razón suficiente no se puede afirmar cuándo una proposición es verdadera. Y dado que todo lo que sucede, sucede por algo, es decir, si todo lo que sucede, responde siempre a una razón determinante, conociendo esa razón se podría saber lo que sucederá en el futuro. Éste es el fundamento de la ciencia experimental.

Sin embargo, dados los límites del intelecto humano, hemos de limitarnos a aceptar que nada ocurre sin razón, a pesar de que dichas razones muy a menudo no pueden ser conocidas por nosotros.

(42) Obtenido de "[http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_raz%C3%B3n\\_suficiente](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_raz%C3%B3n_suficiente)"

Una de las consecuencias generales para la física del principio de razón suficiente fue condensada por Leibniz en forma de aforismo: "*En el mejor de los mundos posibles la naturaleza no da saltos y nada sucede de golpe*", lo cual vincula dicho principio con el problema del continuo y de la infinita divisibilidad de la materia.

El Principio de Razón Suficiente, al igual que los principios de Identidad, Contradicción, del Tercero Excluido, es uno de los principios que ha dado lugar a mayor número de discusiones, tanto sobre su fundamento lógico, así como por su fundamento ontológico. Históricamente el Principio de Razón Suficiente fue introducido entre los principios llamados lógicos por Leibniz y que ha sido estudiado profundamente por Schopenhauer en su ensayo "*De las Cuatro Raíces o de la Cuádruple Raíz del Principio de Razón Suficiente*". Conforme lo explica Iberico Rodríguez, el Principio de Razón Suficiente es aquel que explica la existencia de la mente por buscar el fundamento de todo conocer y aún el fundamento de todo existir o de todo ser o de todo modo de ser, y así se aplica en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal.<sup>(43)</sup>

En la filosofía de Leibniz, ocupan un lugar prominente una serie de principios. Un primer grupo se refiere a la realidad. En este grupo hay dos que suelen ponerse de relieve: "Principio de Armonía" y "Principio de Continuidad", pero pueden agregarse otros: "Principio de Perfección" y el "Principio de Composibilidad". Hay otros dos principios que atañen más bien al modo cómo se entiende la realidad: el "Principio de no Contradicción", que Leibniz equipara con frecuencia al "Principio de Identidad" y el "Principio de Razón Suficiente". Leibniz considera que existe una relación estrecha entre la realidad y el lenguaje. Por ejemplo, considera el Principio de Razón Suficiente que prescribe que nada existe sin una razón suficiente y que nada puede explicarse de la realidad si no se halla una razón suficiente que lo explique.<sup>(44)</sup>

El Principio de Razón Suficiente -como afirma el Dr. Severo Gamarra- explica porqué ciertos posibles más que otros han llegado a la existencia. Pero el Principio de Razón Suficiente no es para Leibniz solamente un principio muy general, es un principio que aplica en todos los casos en los que se trata de saber porqué algo es como es y no de otro modo. En su forma más corriente, el principio en cuestión se expresa diciendo que: "*Nada acontece sin razón suficiente*".<sup>(45)</sup>

De otro lado, según Schopenhauer la idea del Principio de Razón Suficiente consiste en buscar en todas partes tanto el porqué de ciertos fenómenos; por ejemplo, el porqué de las tormentas, del día y la noche, de las estaciones, el porqué de ciertas cosas u objetos que hacen los hombres, como el porqué de la búsqueda de la verdad, el bien, la justicia, la belleza. O también de actos como la vigencia de una Constitución Política, o el de una reforma gubernamental, (o de la razón de ser de los Derechos Humanos, que es su verdad frente al poder del Estado, que es el tema del presente trabajo).<sup>(46)</sup> Para Schopenhauer, el cumplimiento de estas tareas corresponde a la ciencia natural, a la Filosofía o la Historia, según el caso. Schopenhauer propone la validez de una regla que justifica formar las preguntas del por qué. El enunciado básico, la idea del Principio de Razón Suficiente expresa que nada que exista carece de razón.<sup>(47)</sup>

### CAPÍTULO III

#### 8. TEORÍA DEL ESTADO:

¿Es lo mismo Estado y Nación?. Claro que no. Decía Ernesto Renán que Nación es la voluntad de vivir juntos, el recuerdo de haber hecho grandes cosas, el propósito de hacerlas. El de Nación es un concepto histórico.<sup>(48)</sup>

Según Ventura García Calderón, nación es un caudal de gloria administrado en común. Según

(43) GAMARRA GÓMEZ Severo, LÓGICA JURÍDICA: PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Primera Reimpresión Lima Febrero 2005. Pág. Prólogo de Luis Alberto Bramont Arias.

(44) GAMARRA GÓMEZ Severo, Ob. Cit. Pág. 25

(45) GAMARRA GÓMEZ Severo, Ob. Cit. Pág. 27

(46) Lo anotado entre paréntesis, pertenece al autor del presente trabajo.

(47) GAMARRA GÓMEZ Severo, Ob. Cit. Pág. 30

(48) CHIRINOS SOTO Enrique y CHIRINOS SOTO Francisco, La Constitución, Lectura y Comentario, Quinta Edición Mayo 2006, Editorial Rodhas S.A.C., Pág. 133.

Maurice Barrés, la Patria son la tierra y los muertos.<sup>(49)</sup>

¿Y qué es la sociedad?, para distinguir el concepto de sociedad de los conceptos de Estado y Nación. La sociedad es la suma de todos los individuos que la conforman. A diferencia de la Nación, la sociedad no comprende a los muertos. En derecho, sobre todos en Derecho Público, del que es rama el Derecho Constitucional, hay que distinguir, como digo, los conceptos de Estado, Nación y Sociedad, las cuales muchas veces se confunden o se definen inapropiadamente.<sup>(50)</sup>

El tratadista Nacional José Pareja Paz Soldán señala al respecto: *"Una Nación no es producto exclusivo de factores materiales, ni se improvisa en un día. Es el resultado de un largo proceso histórico, de un plebiscito cotidiano, esfuerzo de reflexión de una tarde sobre otra, ejecutado por el alma de la Nación en formación. Ha recibido aportes y elementos de orden geográfico y humano sedimentados durante centurias. Es la herencia recibida de los antecesores que preparan el programa por realizar en el futuro y que se traduce al querer vivir una vida cotidiana. A través de su vinculación al pasado, una proyección al futuro. Somos el elemento humano del Estado"*<sup>(51)</sup>

Señala además Paz Soldán que, *"la Nación no es un producto geográfico, un conglomerado económico o una estructura política. Es un principio espiritual, una integración humana y una comunidad de sentimientos, animada de un espíritu nutrido por las mismas tradiciones y orientado hacia los mismos destinos con conciencia de una solidaridad, responsable de lo que significa sufrimientos, luchas comunes que ha vivido períodos de gran tensión y plenitud de vida, sabiendo que se persigue un ideal común que tiene sus raíces en el territorio habitado"*.<sup>(52)</sup>

Por su parte Victor Andrés Belaúnde dice que: *"La Nación surge como una integración creada por la historia de los elementos culturales de la convivencia humana"*.

Hariov Droit nos dice que: *"La patria es la Nación, en cuanto ha adquirido conciencia de sí misma y ha llegado a ser objeto de culto y amor para sus miembros"*.

Luis Silva Santiesteban dice que: *"Nación puede definirse de modo genérico como un grupo social relativamente extenso cuyos integrantes poseen un sentido de permanencia respecto a él, debido a rasgos culturales y una conciencia histórica comunes. La Nación se define en términos socioculturales e históricos. Ello significa que existe un vínculo que establece la solidaridad nacional"*.<sup>(53)</sup>

Nosotros podemos definir a la Nación como "el grupo humano integrado en torno a un conjunto de indentidades históricas, culturales, sociales y materiales y que tiene sus raíces en el territorio ocupado".

Conviene ante todo distinguir el concepto de Estado respecto del concepto de sociedad que representa el género, mientras que el Estado, constituye meramente una de las muchas especies posibles de sociedad.<sup>(54)</sup>

¿Qué es el Estado?: Señala Carnelutti que, una sociedad se llama Estado en tanto y en cuanto produce derecho. Precisamente la palabra Estado expresa la consistencia que la sociedad adquiere merced al derecho. El Estado es una sociedad que está, es decir, que dura, porque el derecho impide la disgregación.<sup>(55)</sup>

Según Marcial Rubio Correa: *"Eso es precisamente el Estado: La forma superior y más poderosa de*

(49) CHIRINOS SOTO Enrique y CHIRINOS SOTO Francisco, Ob. Cit. Pág. 133.

(50) CHIRINOS SOTO Enrique y CHIRINOS SOTO Francisco, Ob. Cit. Pág. 133.

(51) PAREJA PAZ SOLDAN José, Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, IV Ediciones, 3ra Edición 1984, Lima – Perú. Pág. 369.

(52) PAREJA PAZ SOLDAN José, Ob. Cit. Pág. 369.

(53) SILVA SANTIESTEBAN G.S. Luis, Fundamentos de Ciencia Política, Universidad de Lima – Instituto de Investigaciones Filosóficas – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Págs. 30 – 31.

(54) BLANCAS BUSTAMANTE Carlos y RUBIO CORREA Marcial, Derecho Constitucional General, Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1997, Segunda Edición – Junio 1987, Pág. 139.

(55) BLANCAS BUSTAMANTE Carlos y RUBIO CORREA Marcial, Ob. Cit. Pág. 65.

*organizar el poder dentro sociedad*".<sup>(56)</sup>

Señala asimismo que, el Poder puede definirse como: "La capacidad (o un grupo) de lograr que las conductas de los demás sea realizada de acuerdo a los términos que aquellos (o ellos) fijan. Consiste en una fuerza capaz de imponerse a los demás y en principio, con este designio no encuentra más obstáculos que los que presenta otro poder equivalente o superior".<sup>(57)</sup>

Para Capitant: *"En derecho político: Estado es el conjunto o grupo de individuos establecido sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad de un mismo gobierno"*.

El Diccionario Jurídico OMEBA, en relación al concepto de Estado establece una definición desde un punto de vista sociológico, y dice que *«el Estado es el conjunto de todos los fenómenos sociales que se realiza en una determinada comunidad humana.»* Aquí se identifica el concepto de Estado con el concepto de sociedad.

Desde el punto de vista constitucional, el Estado tiene dos dimensiones<sup>(58)</sup>:

a. Una Dimensión Política: Que se ocupa de los derechos constitucionales y los grandes principios que lo rigen.

b. Dimensión Orgánica: Que se ocupa de los organismos que componen el Estado, su conformación y atribuciones.

Rubio Correa señala que, cuando estas dos dimensiones han sido plasmadas en los textos normativos, se puede afirmar que estamos ante un Estado de Derecho, es decir, en el que el poder es ejercido no como poderío material, sino, bajo ciertas reglas establecidas en la Ley.

Podemos, pues, definir el Estado como la unidad de un sistema jurídico que tiene en sí mismo el

propio centro autónomo, y que está, en consecuencia, provisto de la suprema cualidad de persona en sentido jurídico.<sup>(59)</sup>

Con un fin didáctico, puede definirse al Estado como la colectividad humana organizada políticamente sobre un territorio. No tiene existencia natural propia; es una entidad formada por la agrupación de individuos. De ahí que se empleen indistintamente los términos Sociedad y Estado, pues éste no es sino la forma más elevada de organización social. Como fenómeno social concreto, se distingue de las demás agrupaciones por el elemento Poder. Ante todo, cabe preguntarse, ¿Cuál es la naturaleza del Estado?, la naturaleza del Estado es la de un ser de relación, o sea un tejido de comportamientos.<sup>(60)</sup>

Para la Doctrina de Defensa Nacional: El Estado es la sociedad organizada jurídica y políticamente sobre un determinado territorio y bajo una misma autoridad que es el gobierno.

Naturaleza del Estado: El Estado es sociedad más Poder, o sea una sociedad políticamente organizada. La entidad o ser del Estado deriva de la sociabilidad humana. Estado y sociedad son indezligables en la práctica si bien se les separa conceptualmente. En cuanto realidad socio-política, el Estado es una obra del hombre, pero de acuerdo con la naturaleza social de éste. Como dice Heller, el hombre es producto y a la vez productor de la historia. En la historia que se produce actúa la ya producida. Analizar la naturaleza del Estado es un estudio conexo al de los elementos de su trama, que son la sociedad, el poder y el derecho. Como toda institución, el Estado es un producto de la interacción humana.<sup>(61)</sup>

Al Estado no lo advertimos en forma corpórea sino a través de sus manifestaciones, o sea a través de la legislación, de la administración pública, de la fuerza armada y de los símbolos. De ahí que su natu-

(56) RUBIO CORREA Marcial, Ob. Cit. Pág. 29.

(57) RUBIO CORREA Marcial, Ob. Cit. Pág. 29.

(58) RUBIO CORREA Marcial, Ob. Cit. Pág. 30.

(59) BLANCAS BUSTAMANTE Carlos y RUBIO CORREA Marcial, Ob. Cit. Pág. 142.

(60) FERRERO REBAGLIATI, Ob. Cit. Pág. 66.

(61) BAZAN SALVADOR Oscar E., Ciencia Política: Teoría del Estado, Tomo I, Editora Gráfica Bernilla, Primea Edición 2001, Lima - Perú, Pág. 99.

raleza aparezca inaprensible, y es que el Estado es un concepto, ante todo. Su realidad se concreta en la sociedad. El concepto de la sociedad es más extenso que el de Estado; el primero representa el género y el segundo la especie. No es un orden normativo, por más que las normas reflejen la estructura que decide darse. No está formado por el hombre sino por actividades humanas.<sup>(62)</sup>

Para Luis Silva Santiesteban,<sup>(63)</sup> con el término Estado nos referimos a un tipo de fenómeno social caracterizado por los siguientes rasgos esenciales:

- a. Una relación de autoridad y subordinación entre sus integrantes.
- b. El ejercicio monopólico de la violencia por quienes son titulares de la autoridad.
- c. La existencia de un orden jurídico.
- d. Relativa permanencia.
- e. Dimensión institucional.

En suma, el Estado es un fenómeno social complejo, cuyo rasgo distintivo es la regulación coactiva de la conducta humana a través de un orden normativo, la naturaleza del Estado es compleja por tener varias dimensiones que, para Luis Silva Santiesteban son tres: a) El horizonte espacio - temporal; b) La conducta colectiva jerárquicamente articulada; y c) El orden normativo.<sup>(64)</sup>

El destino del hombre es influido por lo social porque la existencia, como precisara Heidegger, comporta la dimensión de vivir con otros. Esta condición gregaria está en la esencia de la historia. El

hombre es naturalmente social: ordena su vida a través de una convivencia necesaria. El Estado realiza una inclinación humana radical: la de organizarse políticamente. Pero el hombre, a la vez que recibe el Estado como imposición de la realidad social, lo reforma a su voluntad.<sup>(65)</sup>

El Estado alude a la existencia de una sociedad política, independiente y organizada, que posee la titularidad soberana, abstracta y permanente del ejercicio del poder, y cuyo fin consiste en el cumplimiento y racionalización de la vida comunitaria; en función de lo cual establece un orden jurídico coactivo.<sup>(66)</sup>

Esta organización de naturaleza política -en donde se establece la trama de relaciones entre gobernantes y gobernados-, manifiesta una existencia independiente, es decir, no se encuentra sujeta o tutelada por ninguna otra colectividad homóloga.<sup>(67)</sup>

Los elementos del Estado son: Territorio, Población y Poder. A los efectos del presente trabajo, nos ocuparemos únicamente del Poder.

El Poder o Autoridad,<sup>(68)</sup> señala Enrique BERNALES BALLESTEROS, (...) La moderna doctrina constitucional no ha establecido una definición unificadora, aun cuando ha dado líneas directrices en cuanto a sus manifestaciones y resultados. Sin embargo, (...) la definición de Pablo LUCAS VERDU sea una de las más aproximadas y concretas: (el poder) "...es la capacidad de una persona o conjunto de personas de imponer sus decisiones a una comunidad, determinando su obediencia y garantizándola, si es menester, con la coerción".<sup>(69)</sup>

A su vez André Hauriou glosa la siguiente caracte-

(62) FERRERO REBAGLIATI. Raúl, Ciencia Política – Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Séptima Edición (póstuma), Editorial Ausonia Talleres Gráficos S.A., Setiembre 1984, Lima – Perú, Pág. 64.

(63) SILVA SANTIESTEBAN G.S. Luis, Fundamentos de Ciencia Política, Universidad de Lina - Instituto de Investigaciones Filosóficas – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Pág. 25.

(64) SILVA SANTIESTEBAN G.S. Luis, Ob. Cit. Pág. 26.

(65) FERRERO REBAGLIATI, Ob. Cit. Págs. 64 y 65.

(66) GARCÍA TOMA Víctor, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Palestra Editores, Primera Edición – Abril 2005, Lima – Perú, Pág. 201.

(67) GARCÍA TOMA Víctor, Ob. Cit. Pág. 202.

(68) Materiales de Estudio para la elaboración del Libro Blanco de la Defensa Nacional.- Ministerio de Defensa – Gobierno del Perú, Pág 5.- <http://www.mindef.gob.pe/index.htm> (bis) (Advertencia: En el desarrollo de este punto, han sido agregadas citas de otros autores para la mejor comprensión de este tema).

(69) LUCAS VERDU Pablo, Curso de Derecho Político, Ediciones Astrid, Madrid, 1987, Pág. 47 (citado por BERNALES BALLESTEROS Enrique, Constitución de 1993 – Análisis Comparado, Prímea Edición 1996, ICS Editores, Lima – Perú, Pág. 278).

rización: *"El poder es una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno de un grupo humano y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la fuerza y de la competencia. Cuando no está sostenido más que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho, y se convierte en un poder de derecho por el consentimiento de los gobernados".*<sup>(70)</sup>

Esta noción alude a la capacidad de una persona o de un grupo de personas para determinar, condicionar, dirigir o inducir la conducta de los demás. Expresa una combinación de energía y capacidad al servicio de un ideal. El poder es el recurso de que dispone la autoridad para dirigir y hacerse obedecer. Se trata de un fenómeno que se encuentra presente en todas las relaciones coexistentes. Así, en cualquier núcleo humano siempre encontraremos a alguien que conduce a otros que obedecen y son guiados. Como afirma Santo Tomás de Aquino, el poder *"es la acción de una voluntad sobre otra voluntad"*.<sup>(71)</sup>

El poder es una fuerza social destinada a imponer comportamientos humanos en la dirección que fija quien la ejerce. Se trata de una acción vigorosa que expresa una cualidad dominante de la voluntad personal o de la de un conjunto de hombres.<sup>(72)</sup>

Es decir, la relación de supraordinación y subordinación que se da entre la élite política y el resto de la sociedad. La élite política impone coactivamente su autoridad, valiéndose de la norma jurídica. Esta autoridad de la élite política en el Estado, es de carácter institucional.

La Autoridad ejerce el Poder, que es la capacidad que tiene el Estado para ejercer su soberanía y autoridad.

Es la potestad soberana, rectora y coactiva del Estado de imponer obediencia a las leyes en tanto cumple su objetivo primordial, es decir, el mantenimiento del orden en la sociedad. En un Estado-

nación, este poder es legítimo en tanto se entiende como el poder político supremo y extraordinario ejercido por el gobierno en el marco de la Constitución.

Si bien la unidad del Estado requiere de un poder centralizador, es mejor diversificarlo para evitar excesos. Fue el barón de Montesquieu el primero en formular la triple división del poder, que es el eje fundamental de la mayoría de las constituciones contemporáneas. Estos poderes son: legislativo, ejecutivo y judicial. El primero, es ejercido por el Parlamento, que está encargado de redactar, promulgar, reformar y derogar las leyes; el segundo, cuyo responsable es el presidente del Estado, procura su cumplimiento, y el tercero, a cargo de los tribunales, administra justicia.

La separación de poderes es, en teoría, el principal garante del Estado de Derecho, cuya esencia es el "imperio de la ley" y suele ser sinónimo de comportamientos democráticos que garantizan los derechos y las libertades individuales y supone una garantía para el propio Estado y para el ciudadano, que queda protegido por un marco legal que dificulta los abusos de poder y posibles actuaciones arbitrarias de instituciones públicas.

El poder indica la presencia de un aparato de gobierno que canaliza la energía social en pro de la realización y verificación práctica de intereses comunes.<sup>(73)</sup>

Al poder del Estado se le llama soberanía, desde el punto de vista jurídico, o sea en cuanto facultad que tiene para trazar la conducta de los gobernados y la de los propios gobernantes. La voz soberanía indica supremacía, o sea poder superior a todo otro dentro del territorio nacional. Las decisiones del Estado son supremas, sin que pueda oponérsele ninguna otra voluntad institucional. El Estado es comunidad de comunidades, institución de instituciones. Tras una larga lucha histórica, sobre todo a comienzos de la edad moderna, el Estado ha impuesto su decisión respecto de toda otra

---

(70) HAURIUO André, Derecho Constitucional e instituciones Políticas, Pág. 129 (citado por BERNALES BALLESTEROS Enrique, Constitución de 1993 – Análisis Comparado, Primea Edición 1996, ICS Editores, Lima – Perú, Pág. 278).

(71) GARCÍA TOMA Víctor, Ob. Cit. Pág. 75.

(72) GARCÍA TOMA Víctor, Ob. Cit. Pág. 75.

(73) GARCÍA TOMA Víctor, Ob. Cit. Pág. 34.



institución, sea Iglesia, Universidad, corporación municipal, sector armado, etc.<sup>(74)</sup>

La soberanía reside en el Estado, centro de imputación de todas las órdenes. El pueblo simplemente elige quiénes han de ser depositarios de la autoridad, pero no es la fuente de ella. La obediencia es siempre debida al Estado, con reserva del derecho de resistencia para restablecer un orden de justicia en los casos en que el abuso de los gobernantes exceda de lo tolerable.<sup>(75)</sup>

(...) El poder no sólo tiene los límites que le señala el derecho positivo, los cuales puede franquear modificando la ley conforme al ordenamiento jurídico. Tiene, sobre todo, límites éticos, ya que contraría su fin si se opone a los deberes y derechos fundamentales del hombre. Igualmente, tiene límites que derivan del Derecho internacional, ya que el Estado es parte de la Comunidad Internacional y está ligado a un orden de justicia universal impuesto por la razón humana. (...) Por eso, lo importante es no sólo quien gobierna sino cómo gobierna. El gobierno debe ser legítimo por el origen de la autoridad y por la calidad ética de sus mandatos. De ahí que aún los gobiernos de facto miran en el asentimiento de los gobernados su título de legitimidad. No pocas veces el asentimiento expresa el juicio realista del "mal menor", cuando los gobernantes no llenan el ideal deseado pero tampoco existen otras posibilidades inmediatas.<sup>(76)</sup>

Los fines del Estado: En principio debemos señalar que según el Art. 44 de la Constitución Política de 1993 señala que:

"Son deberes primordiales del Estado:

- a. Preservar y defender la independencia y soberanía nacional;
- b. Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos;
- c. Proteger a la población de las amenazas contra su seguridad;

d. Promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Asimismo es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior".

Existen diversas teorías acerca del fin primordial y último del Estado. Así se han acuñado sucesivamente términos tales como el "interés público", "paz social", "bienestar colectivo", "interés general", "bien público". Aristóteles consideró al "bien común" como el fin fundamental del Estado y a la luz de sus apreciaciones, entendemos el bien común como "una situación ideal por alcanzar con el fin de propiciar la plena realización de la persona caracterizada por un alto grado de progreso y perfección de la sociedad en un ambiente social propicio".<sup>(77)</sup>

El concepto de Bien Común también incluye las nociones "bienestar" y "seguridad" de la persona. El primero promueve y el segundo lo garantiza. Así, el Bienestar "es la situación en la que el Estado propicia la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de la persona en forma adecuada y oportuna", y la Seguridad "es la situación en la que el Estado garantiza su existencia, la integridad de su territorio, su patrimonio y sus intereses".<sup>(78)</sup>

Según la Doctrina de Defensa Nacional: Los fines del Estado son: el Fin Supremo y los Fines Esenciales.

Fin Supremo del Estado: Para la comprensión de las instituciones es necesario conocer su finalidad. La causa final del Estado es el bien común, o sea el bien de la comunidad. Así definió Aristóteles y ha quedado como una verdad firme de modo universal. El orden jurídico es un elemento fundamental del bien común, pero no es el fin del Estado, sino un pro-

(74) FERRERO REBAGLIATI Raúl, Ob. Cit. Pág. 149.

(75) FERRERO REBAGLIATI Raúl, Ob. Cit. Pág. 152.

(76) FERRERO REBAGLIATI Raúl, Ob. Cit. Págs. 156 y 157.

(77) Materiales de Estudio para la elaboración del Libro Blanco de la Defensa Nacional.- Ministerio de Defensa – Gobierno del Perú, Pág 5.- <http://www.mindef.gob.pe/index.htm> (bis)

(78) FERRERO REBAGLIATI Raúl, Ob. Cit., Pág. 167.

ducto social que se inspira en el bien común. Poder y fin están contenidos en el orden, al cual remodelan. El poder está antes del orden, pues lo dicta, y el fin está más allá del orden., pues lo inspira.<sup>(79)</sup>

Los componentes del bien común son la seguridad y el bienestar general. La seguridad tiene dos connotaciones: interna y externa. La seguridad interior (que abarca el orden público y la seguridad jurídica) garantiza la coexistencia de los hombres: la seguridad exterior protege de la agresión. El bienestar general consiste en la satisfacción de las necesidades del compuesto social; sin un mínimo de bienestar no existe el medio propicio para que la persona humana se realice.<sup>(80)</sup>

El Fin Supremo del Estado es el Bien Común que implica la creación de condiciones justas de vida para asegurar la defensa permanente de la persona humana, el respeto de su dignidad, su existencia desarrollo y realización.

El Art. 1 de la Constitución Política establece una declaración general de vocación personalista en el ámbito filosófico, en el sentido de primacía que reconoce a la persona humana. También coincide con la denominada "naturaleza social del ser humano" propugnada principalmente por la Doctrina Social de la Iglesia Católica. Dos ideas centrales de esta concepción son las siguientes<sup>(81)</sup>:

a) La persona se realiza dentro de la sociedad. Es decir, pertenece a una definición que por su propia naturaleza la hace social. La pura individualidad del ser humano, es decir, el ser humano aislado de los demás, no existe sino analíticamente, mediante la ubicación conceptual del medio natural en el que existe.

b) La persona humana es el valor supremo de la sociedad y del Estado, tanto en lo que se refiere a su defensa, como en el respeto de su dignidad. Es por tanto el referente concreto de la acción del Estado y de la sociedad. No obstante, un manejo más conveniente y complejo del concepto hubie-

ra debido concluir la protección, defensa y promoción, conjuntamente con el respeto a la dignidad de la persona humana. Adicionalmente esta declaración contradice aquellas concepciones según las cuales el Estado -o incluso la sociedad- deben ser preferidas en ciertas circunstancias postergando los derechos de las personas.

Al respecto, el constitucionalista y profesor Víctor García Toma, actual presidente del Tribunal Constitucional (Enero - 2006): *"Es indiscutible que el hombre, concebido como unidad corporal, psíquica y espiritual, posee una naturaleza sui géneris. Esta fue definida por Aristóteles como aquella esencia por la cual los seres poseen en sí mismos y en cuanto tales, los principios que animan su obrar".* - Continúa el Dr. García Toma- *«Estas son tendencias que conducen a la consecución de los fines propios de cada ser; por ende, de manera connatural, el hombre tiene dignidad».*<sup>(82)</sup>

La dignidad es la categoría objetiva de un ser humano que reclama, ante sí y ante otros, estima, custodia y realización; de allí que él aspire a la plasmación de sus propósitos y anhelos más íntimos.<sup>(83)</sup>

El ser humano tiene como características esenciales y fundamentales el concebirse como un fin en sí mismo y el poder realizarse plenamente como persona. El hombre posee dignidad no por libre determinación, sino por serle connatural a su esencia creada. Al respecto el hombre en sí, obliga a la enumeración de dos reglas básicas<sup>(84)</sup>:

a) La sociedad y el Estado existen para el hombre.

b) La sociedad y el Estado encuentran su justificación organizacional a través de la defensa del hombre y la búsqueda de su promoción y bienestar.

Fines esenciales del Estado: El Bienestar General y la Seguridad Integral constituyen los fines esenciales del Estado que materializan el Bien Común.

---

(79) FERRERO REBAGLIATI Raúl, Ob. Cit., Pág. 173 y 174.

(81) BERNALES BALLESTEROS Enrique, La Constitución de 1993 Análisis Comparado, ICS Editores, Primera Edición 1996, Lima - Perú, Pág. 83

(82) GARCÍA TOMA Víctor, Ob. Cit. Pág. 15.

(83) GARCÍA TOMA Víctor, Ob. Cit. Pág. 15.

(84) GARCÍA TOMA Víctor, Ob. Cit. Pág. 16

a. Bienestar General:

Es la situación en la cual se satisfacen las necesidades materiales y espirituales de la persona humana en forma adecuada y oportuna mediante el Desarrollo Nacional.

b. La Seguridad Integral:

Es la situación en la que el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio así como su soberanía, a través de la Defensa Nacional.

La Seguridad integral comprende: la Seguridad Interna y Externa.

Relación entre el Bienestar General y la Seguridad Integral:

1. La Seguridad está orientada a preservar y garantizar el Bienestar porque éste no podría darse en un clima de inseguridad.

Los pueblos luchan permanentemente por desarrollarse actuando en todos los campos de la actividad humana, teniendo este desarrollo serios riesgos que es necesario precisar, medir y prevenir. El desarrollo, como anhelo permanente de los pueblos tiene un carácter dinámico y persistente que ha menudo se opone con los intereses de otros países.

2. La Seguridad deriva de la acción que realiza el Estado en procura del Bienestar; pero es condición necesaria de éste, puesto que para esa acción requiere ser soberano y al realizarla se le presentan las oposiciones que debe vencer con sus medidas de seguridad.

3. Por consiguiente, el Bienestar no sólo origina y condiciona la Seguridad, sino que ambas son absolutamente interdependientes lo cual implica que para comprender la génesis, fines y objetivos de la Defensa Nacional precisa analizar también la Política de Bienestar del Estado.

Además, el Bienestar es uno de los factores esen-

ciales de La Defensa, pues la satisfacción adecuada, oportuna y justa de las necesidades de la población, suscitará en ella el deseo de vivir en su propia tierra y la consecuente decisión de mantener y perfeccionar las estructuras, instituciones y sistemas de relaciones que le han permitido alcanzar tal grado de bienestar.

## 9. TEORÍA DEL PODER COMO PRESUPUESTO DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS:

En opinión de Francisco Carruitero Lecca,<sup>(85)</sup> la teoría de los Derechos Humanos, es la variable dependiente, de la variable independiente teoría del poder. Existe entre ambas una relación sinalagmática, de ello se desprende el análisis de la problemática fundamental de su defensa, que se expresa en los siguientes aspectos<sup>(86)</sup>:

a) El Derecho entendido en todas sus múltiples acepciones no es sino una forma de poder social.

b) Entendido, en su dimensión objetiva, como norma, el Derecho emana del Poder del Estado, o al menos estar condicionado por él (hay normas, como las consuetudinarias que no tienen su origen en el Estado) Es, pues, manifestación de un poder social, es una forma de poder social.

c) Entendido en su dimensión subjetiva, como derecho o facultad, como derecho subjetivo, no es sino la concreción de los poderes atribuidos a los sujetos por parte de las normas jurídicas.

d) En consecuencia, los derechos subjetivos, en su acepción más amplia, son formas de poder social reconocidos y garantizados por las normas jurídicas.

e) Los derechos fundamentales en cuanto que derechos subjetivos -entendidos en la acepción anterior- son poderes constitucionales; es decir, son - como ya vimos anteriormente- formas de poder social reconocidos en la Constitución.

(85) CARRUITERO LECCA Francisco, Manual de Derechos Humanos, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, Primera Edición Setiembre 2002, Lima - Perú.

(86) IEPALA. 2002. Curso Sistemático de Derechos Humanos. Madrid. Pág. 62. (Citado por CARRUITERO LECCA Francisco, Ob. Cit.).

f) Es doctrina comúnmente aceptada que los derechos fundamentales son atribuidos por las normas jurídicas exclusivamente a las persona humana, individual o colectivamente considerada, en cuanto que sólo aquella puede ser sujeto de los Derechos Humanos, pues solo ella tiene potencialidades (poder) inherentes a su esencial dignidad (fundamento de los Derechos Humanos).

g) De aquí que, las normas jurídicas atribuyen garantías: formas de poder por las que actuar y hacer efectiva esa otra forma de poder que son los Derechos Humanos.

h) La idea misma del derecho subjetivo significa que si no hay medio de tutela o garantía, a través de la cual su titular pueda hacerlo efectivo, no puede afirmarse, con propiedad, su existencia como tal derecho.

i) Cuando las normas jurídicas no reconocen ni garantizan esas potenciales (poder) del ser humano inherentes a su dignidad, la misma idea de los Derechos Humanos, como forma de poder social, implican la necesidad y la legitimidad de su reivindicación y de la lucha por su conquista. La misma idea de los Derechos Humanos es autogeneradora de la idea de sus garantías.

j) Los Derechos Humanos no son, pues, el fruto de graciosas concesiones de quienes en cada momento histórico detentaron o ejercieron el poder político- económico (incluso ideológico) en diferentes culturas; sino que, por el contrario, son verdaderas conquistas de parcelas de poder por parte de tales hombres y pueblos frente a un poder que se resistía a reconocerlos.

k) Esas conquistas históricas, que son los Derechos Humanos sólo fueron logradas cuando las diversas fuerzas sociales tomaron conciencia de sus propias dimensiones en cuanto que poder social, consiguiendo superar el poder de las ideologías contrarias a los mismos.

l) Además, sólo lograron las conquistas propuestas cuando consiguieron organizarse como

contrapoder y con la capacidad suficiente (poder), para hacer valer sus derechos, sus intereses y su deseo de autodeterminación. Ese proceso de organización como contrapoder está aún inconcluso.

m) El caso de los Derechos Humanos, nos muestra la conveniencia, de que el poder (entendido como poder político) siempre recaiga en quien tiene autoridad (poder) en una comunidad. Y el mecanismo para asegurar que esto ocurra no parece ser otro que el de la democracia, que pese a ser perfectible, por el momento es insustituible. Porque si bien los regímenes democráticos no respetan la totalidad de los Derechos Humanos, son los regímenes no democráticos los que se caracterizan por la violación sistemática y permanente de tales derechos.

#### CAPITULO IV

### 10. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>(87)</sup>:

La indagación sobre la fundamentación de los derechos del hombre se refiere al problema de buscar una justificación racional a dichos derechos.

Tanto en la historia de los Derechos Humanos fundamentales como en la actualidad se han presentado varios tipos de justificaciones que aquí pueden ser sintetizados en cuatro esenciales:

**Fundamentación lusnaturalista:** Es sin duda la más conocida y la de mayor tradición histórica. Consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales. Esto quiere decir que, el hombre, en razón de su esencia, posee ciertos derechos fundamentales e inalienables anteriores (por su naturaleza) y superiores a la sociedad, y por ella misma nace y se desarrolla la vida social, con los derechos y deberes que implica.

**La Fundamentación Positivista:** Esta postura considera que los derechos se fundamentan en la

---

(87) PRADA CORDOVA José Mario, VIGENCIA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Editora Rao Jurídica, Primera Edición Junio 2004, Pág. 25 y sgtes.

ley positiva principalmente los tratados internacionales que versan sobre la materia.

La fundamentación positivista en oposición absoluta al iusnaturalismo, que considera que los Derechos Humanos se fundan en un orden natural preexistente y superior a ellas, sostiene que lo que no aparece establecido como norma jurídica simplemente no es derecho.

**La Fundamentación Historicista.**- Consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos históricos, es decir que, el hombre en razón del desarrollo histórico de la sociedad se ve revestido de derechos variables, continuos y sujetos al flujo del devenir y que son el resultado de la sociedad misma, a medida que progresa al ritmo del movimiento de la historia. Esto significa que el reconocimiento de los derechos humanos es el final de un proceso histórico, que culminan con su positivización en normas.

**Fundamentación Ética.**- Consiste en la consideración de los derechos humanos como morales. Es una posición intermedia de fundamentación de los derechos humanos y sostiene que, si bien hay derechos que aparecen como resultado de la sociedad, existen también otros derechos más primitivos que aparecen como función de la misma existencia de la sociedades.

La fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos fundamentales parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico. El Derecho Positivo no crea los derechos humanos sino que su labor está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos jurídicamente.

## 11. DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Francisco Carruitero Lecca señala que, si la ter-

minología referente a los Derechos Humanos se mueve en un ámbito de equivocidad y confusión, no menos equívocos y confusos resultan los intentos doctrinales por definirlos.

Hoy en día, es conocida una conceptualización ecléctica igualmente integral, que guardando distancia de los conceptos del iusnaturalismo y el Positivismo sobre los derechos humanos, nos dice que estos *"son derechos naturales, positivos y éticos, concebidos y desarrollados para proteger racional, jurídica y solidariamente al ser humano en lo civil, político, económico, social y cultural, con la finalidad de procurar, universalmente, su realización y felicidad"*.<sup>(88)</sup>

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atribuidos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.<sup>(89)</sup>

Los Derechos Humanos son los atributos, facultades esenciales o fundamentales, que han sido conquistados política y socialmente y han sido reconocidos jurídicamente, y que tienen por objeto el respeto y la protección a la persona humana, en sus aspectos sustanciales de existencia, libertad, dignidad y justicia.<sup>(90)</sup>

Los Derechos Humanos<sup>(91)</sup> (abreviado como DD.HH.) son, de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el mero hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusi-

(88) PRADA CORDOVA José Mario, Ob. Cit. Pág. 11

(89) PRADA CORDOVA José Mario, Ob. Cit. Pág. 11

(90) ORTECHO VILLENA Víctor Julio, LOS DERECHOS HUMANOS SU DESARROLLO Y PROTECCIÓN, Ediciones BLG, Primera Edición Trujillo Perú 2006, Pág. 17.

(91) [http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos\\_humanos](http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos)

vamente del ordenamiento jurídico vigente.<sup>(92)</sup>

En su "Manual de Derechos Humanos", Francisco Carruitero Lecca, establece otras definiciones importantes:

a) El profesor Ernesto Pinto Bazurco, manifiesta que no exista una unidad de criterio para definir los Derechos Humanos, citando a Laski afirma que los Derechos Humanos son en realidad, las condiciones de la vida social sin las cuales no puede ningún hombre perfeccionar y afirmar su propia personalidad.

b) Juan Álvarez Vita, sostiene que si pretendiéramos analizar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: a la sola luz de la evolución que se ha producido en el mundo en ese indetenible proceso tendríamos que afirmar que ha devenido en obsoleta y que ha sido superada, tanto teóricamente como doctrinariamente, pero no menos cierto es que sin aquel proceso revolucionario, esa evolución que hoy con toda satisfacción apreciamos, no habría tenido posibilidad de realizarse en la dimensión universal que hoy tiene la doctrina de los derechos humanos.

c) Karel Vasak, afirma que el concepto de Derechos Humanos entra en el marco del derecho Constitucional y del Derecho Internacional, el propósito de los cuales es defender por medios institucionalizados los derechos de los seres humanos contra los abusos del poder cometidos por los órganos del Estado, y al propio tiempo promover el establecimiento multidimensional del ser humano.

d) El Departamento de Información de las Naciones Unidas. Derechos Humanos, afirma, que los Derechos Humanos, son los derechos que son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos. Afirma Víctor García Toma, que usualmente son referidos como

Derechos Humanos, expresión que emana de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la misma que teóricamente es errada, ya que se incurre en una tautología jurídica. En puridad, se trata de una denominación repetitiva, en razón de que los derechos de por sí son humanos; ya que el hombre es el único sujeto titular de derechos y deberes. Como bien sabemos, ni los animales ni las plantas ostentan titularidad sobre las prerrogativas jurídicas.

Pero la definición de Derechos Humanos que consideramos más completa y que contiene las tres dimensiones necesarias (ética, jurídica y política), que muestran la evolución de su concepción filosófica, y que considera una definición siempre vigente en el devenir del tiempo, es la propuesta por el Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África - IEPALA, que es citada por CARRUITERO LECCA en su libro y es como sigue: "Aquellas exigencias de poder social, cuya toma de conciencia en cada momento histórico por los individuos y grupos sociales, en cuanto que manifestación de los valores sociales fundamentales, supone la pretensión de garantizarlos bien por la vía institucional, bien a través de medios extraordinarios".

## 12. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>(93)</sup>:

Máximo Pacheco, ex Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su trabajo, Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, afirma, que los Derechos Humanos responden a los siguientes principios:

**UNIVERSALIDAD.**- El sólo hecho de ser, hace al hombre detentador de derechos frente a otros hombres o sus respectivas instituciones representativas; son patrimonio de todo ser humano sin importar ninguna de las características accidentales de su persona.

---

(92) El ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta. En el caso de los estados democráticos, el ordenamiento jurídico está formado por la Constitución del Estado, que se erige como la norma suprema, por las leyes como normas emanadas del poder legislativo (en sus diversos tipos y clases), las manifestaciones de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, tales como los reglamentos, y otras regulaciones (que no en importancia), tales como los tratados, convenciones, contratos y disposiciones particulares.

(93) CARRUITERO LECCA Francisco, Manual de Derechos Humanos, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, Primera Edición Setiembre 2002, Lima – Perú.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1, establece que los Derechos Humanos comprenden a todos los seres humanos, haciendo aquí una precisión importante: La Declaración utiliza un término absoluto al referirse al género humano en su conjunto, por lo cual no cabe considerarlo parcialmente.

**IMPREScriptIBILIDAD.**- La existencia de los Derechos Humanos no ha de extinguirse nunca, y es que al ser consubstanciales a la naturaleza humana, tendrán vigencia en tanto existan seres humanos.

### **IRRENUNCIABILIDAD**

**INALIENABILIDAD.**- Los Derechos Humanos, son de naturaleza óntica no es posible renunciar a ellos, así como no es posible renunciar a ser un humano. Por su parte la inalienabilidad de los Derechos Humanos reside en el que -al hallarse más allá de la esfera de manipulación del hombre- le es imposible disponer arbitrariamente de ellos.

**INVOLABILIDAD.**- La naturaleza irreductible y siempre vigente de los Derechos Humanos frente a todo poder, grupo o individuo, resaltando la necesidad de protegerlos y garantizarlos en toda circunstancia y en todo momento, sin subordinarlos ni mediatizarlos. Si los Derechos Humanos se subordinan a un limitado y amoral poder del Estado y se impone una doctrina de la seguridad del Estado, los Derechos Humanos se vaciarían de contenidos.

**EFFECTIVIDAD.**- Los Derechos Humanos no son aspiraciones o formulaciones principistas, por lo cual demandan su respeto y positivización por parte de la sociedad y el orden jurídico. Por ello, la sociedad debe responder efectivamente a las demandas de sus integrantes pues ello hace posible su propia existencia.

### **SU TRASCENDENCIA A LA NORMA POSITIVA.**

- Estos derechos no requieren estar reconocidos expresamente por la legislación interna de un Estado para que sus ciudadanos se vean protegidos a nivel internacional por dichas normas; además, aún cuando el Estado mismo no sea parte de los pactos y declaraciones que confieren dichos derechos, la comunidad internacional no duda hoy en considerar a los Derechos Humanos como una *opinio juris*, es decir, se encuentran convencidos

de su necesaria práctica más allá del hecho de que se encuentren o no efectivamente positivizados. El jurista Máximo Pacheco sostiene, que trascienden a los ordenamientos jurídicos nacionales, esto es son, internacionales. Por consiguiente, no obsta a su pleno reconocimiento y eficacia cualquier soberanía nacional que pretenda enervarlos.

### **SU INTERDEPENDENCIA Y COMPLEMENTARIEDAD.**

- Los Derechos Humanos son un complejo integral e interdependiente, por lo que su real protección demanda además hacer ciertamente posible la realización de los derechos civiles y políticos, tanto como los económicos, sociales y culturales.

Las Naciones Unidas reconocieron este principio en la Resolución de la Asamblea adoptada en 1977 sobre los Criterios y Medios para Mejorar el Goce Efectivo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en cuya parte resolutive dice: "Decide que el enfoque de la labor futura del Sistema de las Naciones Unidas, respecto de las cuestiones de Derechos Humanos, deberá tener en cuenta los conceptos siguientes: a) Todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales.

### **LA IGUALDAD EN DERECHOS.**

- Los Derechos Humanos protegen en igual medida todo ser humano, por lo que hay una identidad absoluta de derechos en todas y cada una de las personas. Este principio que negativamente podemos enunciar como el de no discriminación se halla en la base misma de la concepción de estos derechos; así, el primer, considerando del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz del mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia humana".

El corolario del principio de igualdad de derechos es la no discriminación o trato desigual entre quienes merecen igual trato, por ningún motivo.

### **LA CORRESPONSABILIDAD.**

- Como con-

secuencia de lo anterior, todos somos responsables en forma individual y colectivamente frente al sujeto de estos derechos. Debe entenderse que solo asumiendo una responsabilidad individual y colectiva frente al individuo y la humanidad toda, será posible que los Derechos Humanos tengan plena vigencia en la sociedad.

### **13. LA VERDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS ES SU RAZÓN SUFICIENTE:**

Recordemos que el Principio de Razón Suficiente, enunciado en su forma más acabada por Gottfried Leibniz en su "*Teodicea*", afirma que no se produce ningún hecho sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo.

Asimismo, conforme lo explica el filósofo Mariano Iberico Rodríguez, el "Principio de Razón Suficiente" es aquél que explica la existencia de la mente por buscar el fundamento de todo conocer y aún el fundamento de todo existir o de todo ser o de todo modo de ser, y así se aplica en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal.

También se ha dicho que, el filósofo alemán Leibniz considera que existe una relación estrecha entre la realidad y el lenguaje. Por ejemplo, considera el Principio de Razón Suficiente que prescribe que nada existe sin una razón suficiente y que nada puede explicarse de la realidad si no se halla una razón suficiente que lo explique.

Ahora bien, ¿es posible aplicar el Principio de Razón Suficiente para justificar que la verdad de los Derechos Humanos es su razón suficiente frente al poder del Estado? Creo que sí, por los siguientes fundamentos:

En primer lugar, es necesario establecer cual es la verdad de los Derechos Humanos. Esa verdad parte por recorrer la evolución filosófica que ha tenido en la explicación de su origen y su contenido; pasando por su elaboración conceptual, que como hemos afirmado también líneas arriba, de acuerdo a IEPALA, debe contener tres dimensiones: ética (valores), jurídica (ley) y política (carácter dialéctico, histórico y procesal). En consecuencia, esa verdad es su fundamento.

¿Cuál es el fundamento de los Derechos Hum-

nos?: Se entiende aquí por fundamento de los Derechos Humanos la realidad o realidades, de carácter social o intersubjetivo, que proporcionan a los Derechos Humanos la consistencia necesaria para que puedan ser reconocidos, respetados y promovidos en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente, y puedan proyectarse hacia un desarrollo siempre abierto y perfectible. Esa realidad no es otra que el valor social fundamental de la DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.

En segundo lugar, hay que entender a la realidad como algo que existe. Implica existencia real y efectiva de algo. También implica verdad, lo que ocurre verdaderamente. Lo que es efectivo o tiene valor práctico, en contraposición con lo fantástico e ilusorio. En consecuencia, esa realidad que viene a ser el valor social fundamental "Dignidad de la Persona Humana", se constituye por consiguiente, en LA VERDAD de los Derechos Humanos.

En tercer lugar, en aplicación del Principio de Razón Suficiente que señala que "nada existe sin una razón suficiente y que nada puede explicarse de la realidad si no se halla una razón suficiente que lo explique", por lo tanto, Los Derechos Humanos no pueden existir sin su fundamento, porque su fundamento es su verdad, y su verdad es su realidad, y nada puede explicarse de la realidad de los Derechos Humanos, si no se halla razón suficiente que lo explique, y esa razón suficiente que es su verdad, es la "DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA".

En cuarto y último lugar, Esa verdad que es la DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, es la razón suficiente que ha inspirado al individuo, los grupos sociales, -en buena cuenta- al poder social, ha desarrollar una confrontación dialéctica histórica frente al poder del Estado para que los derechos humanos sean reconocidos en su dimensión ética, jurídica y política.

### **CONCLUSIONES**

1) El hombre es un ser social por naturaleza, y como tal, ha sido capaz de organizar una sociedad y desarrollar una cultura, que demuestra su condición de ser racional, capaz de crear normas de control social para mantener un orden social, basado en normas, conductas y valores, hacia la bús-



queda del bien común.

2) El Derecho es el producto de la cultura humana pero que también es una ciencia. Es una ciencia o disciplina cultural humana. O más correctamente no hay una sola ciencia o disciplina jurídica sino varias (dogmática jurídica, sociología jurídica, etc.), cada uno con sus presupuestos, objeto y método de estudio propios.

3) En la teoría del poder, se desarrolla el poder del Estado, el mismo que es el presupuesto de la existencia de los Derechos Humanos.

4) El fundamento de los Derechos Humanos es la Dignidad de la Persona Humana.

5) En aplicación del Principio de Razón Suficiente que señala que "nada existe sin una razón suficiente y que nada puede explicarse de la realidad si no se halla una razón suficiente que lo explique", por lo tanto, Los Derechos Humanos no pueden existir sin su fundamento, porque su fundamento es su verdad, y su verdad es su realidad, y nada puede explicarse de la realidad de los Derechos Humanos, si no se halla razón suficiente que lo explique, y esa razón suficiente que es su verdad, es la "DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA".

6) Esa verdad que es la DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, es la razón suficiente que ha inspirado al individuo, los grupos sociales, -en buena cuenta- al poder social, ha desarrollar una confrontación dialéctica histórica frente al poder del Estado para que los derechos humanos sean reconocidos en su dimensión ética, jurídica y política.

## SUGERENCIAS

1) Resulta necesario estimular en el ámbito académico, como lo constituye el testimonio de este sencillo trabajo, y en el campo profesional del Derecho, el estudio, difusión y aplicación de los principios lógicos, en especial del Principio de Razón Suficiente.

2) Cada uno de los Doctorados, debe ser un difusor de la "cultura del respecto al principio de autoridad", para afirmar el estado de derecho, condición necesaria de toda sociedad civilizada.

3) Es importante difundir en el entorno social, los

valores sociales, y la necesidad de afirmar con nuestros actos, un compromiso permanente con la defensa de los Derechos Humanos, especialmente en el ámbito profesional en el ejercicio del Derecho, sea como abogados litigantes, fiscales y jueces.

## GLOSARIO

Ø Ontología: Parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales.

Ø Deontología: Ciencia o tratado de los deberes.

Ø Verdad: Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente. Cualidad de veraz. Hombre de verdad. Expresión clara, sin rebozo ni lisonja, con que a alguien se le corrige o reprende.

Ø Realidad: Existencia real y efectiva de algo. Verdad, lo que ocurre verdaderamente. Lo que es efectivo o tiene valor práctico, en contraposición con lo fantástico e ilusorio. Representación de escenas o imágenes de objetos producida por un sistema informático, que da la sensación de su existencia real.

Ø Razón: Facultad de discurrir. Acto de discurrir el entendimiento. Palabras o frases con que se expresa el discurso. Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo. Motivo, causa. Orden y método en algo. Justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas. Equidad en las compras y ventas. Ponerse en la razón.

Ø Lógica: Ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico. Tratado de esta ciencia. La que admite una cierta incertidumbre entre la verdad o falsedad de sus proposiciones, a semejanza del raciocinio humano.

Ø Axiología: Teoría de los valores.

Ø Orden Jurídico: es el conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta. En el caso de los estados demo-

cráticos, el ordenamiento jurídico está formado por la Constitución del Estado, que se erige como la norma suprema, por las leyes como normas emanadas del poder legislativo (en sus diversos tipos y clases), las manifestaciones de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, tales como los reglamentos, y otras regulaciones (que no en importancia), tales como los tratados, convenciones, contratos y disposiciones particulares.

## BIBLIOGRAFÍA

Ø FITCHER H. Joseph, SOCIOLOGÍA, Editorial Herder, Barcelona, Tercera Edición 1967.

Ø F. OGBURN William y F. NIMKOFF Meyer, SOCIOLOGÍA, Editorial Gráficas Ume, Séptima Edición 1968.

Ø COHEN J. BRUCE y otros, TEORÍAS Y PROBLEMAS DE INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA, Editorial Mc GRAW-HILL LATINOAMERICANA S.A., Bogotá - Colombia 1980.

Ø LLOVERA José M., TRATADO DE SOCIOLOGÍA, Editora Nacional, México D.F. 1963.

Ø MEJÍA VALERA José, SOCIOLOGÍA DEL DERECHO: TEORÍA SOCIAL DEL DERECHO, Editorial Gráfica Horizonte S.A., Primera Edición Marzo 2002.

Ø RUBIO CORREA Marcial, EL SISTEMA JURÍDICO: INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Sexta Reimpresión Febrero 2006.

Ø © 1993-2003, Biblioteca Virtual Encarta, MICROSOFT Corporation. Todos los derechos reservados.

Ø MASON Stephen F., HISTORIA DE LAS CIENCIAS - La Ciencia del Siglo XX, Alianza Editores S.A., Madrid 1986.

Ø GOMERO CAMONES Guillermo, PROCESO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, FAKIR Editores, Lima 1997.

Ø MONROY CABRA Marco Gerardo, INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Editorial Temis S.A. Undécima Edición, Santa Fe d Bogotá - Colombia 1998.

Ø ALZAMORA VALDEZ Mario, INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Décima Edición 1987.

Ø VALDIVIA CANO Juan Carlos, "Extrapolaciones en la Metodología de Investigación Jurídica Regional", Ensayo Jurídico publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, Año 1, Nro. 1, Enero 2008.

Ø TORRES VASQUEZ Anibal, INTRODUCCIÓN AL DERECHO: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO, Editorial IDEMSA Lima - Perú,

Editorial Themis Bogotá - Colombia, Segunda Edición 2001.

Ø BUNGE Mario, EPISTEMOLOGÍA, Siglo XXI Editores S.A., Primera Edición 1980.

Ø Pág. Web Wikipedia:"[http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_raz%C3%B3n\\_suficiente](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_raz%C3%B3n_suficiente)"

Ø GAMARRA GÓMEZ Severo, LÓGICA JURÍDICA: PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Primera Reimpresión Lima Febrero 2005.

Ø CHIRINOS SOTO Enrique y CHIRINOS SOTO Francisco, La Constitución, Lectura y Comentario, Quinta Edición Mayo 2006, Editorial Rodhas S.A.C.

Ø PAREJA PAZ SOLDAN José, Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, IV Ediciones, 3ra Edición 1984, Lima - Perú.

Ø SILVA SANTIESTEBAN G.S. Luis, Fundamentos de Ciencia Política, Universidad de Lima - Instituto de Investigaciones Filosóficas - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Ø BLANCAS BUSTAMANTE Carlos y RUBIO CORREA Marcial, Derecho Constitucional General, Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1897, Segunda Edición - Junio 1987.

Ø BAZAN SALVADOR Oscar E., Ciencia Política: Teoría del Estado, Tomo I, Editora Gráfica Bernilla, Primea Edición 2001, Lima - Perú.

Ø FERRERO REBAGLIATI. Raúl, Ciencia Política - Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Séptima Edición (póstuma), Editorial Ausonia Talleres Gráficos S.A., Setiembre 1984, Lima - Perú.

Ø SILVA SANTIESTEBAN G.S. Luis, Fundamentos de Ciencia Política, Universidad de Lina - Instituto de Investigaciones Filosóficas - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Ø GARCÍA TOMA Victor, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Palestra Editores, Primera Edición - Abril 2005, Lima - Perú.

Ø BERNALES BALLESTEROS Enrique, Constitución de 1993 - Análisis Comparado, Primea Edición 1996, ICS Editores, Lima - Perú.

Ø Materiales de Estudio para la elaboración del Libro Blanco de la Defensa Nacional.- Ministerio de Defensa - Gobierno del Perú, Pág 5.- <http://www.mindef.gob.pe/index.htm>.

Ø CARRUITERO LECCA Francisco, Manual de Derechos Humanos, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, Primera Edición Setiembre 2002, Lima - Perú.

Ø PRADA CORDOVA José Mario, VIGENCIA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Editora Rao Jurídica, Primera Edición Junio 2004.

Ø ORTECHO VILLENA Victor Julio, LOS DERECHOS HUMANOS SU DESARROLLO Y PROTECCIÓN, Ediciones BLG, Primera Edición Trujillo Perú 2006.

## LA INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA, EN EL CASO DEL ARTÍCULO 402° Inc. 6) DEL CÓDIGO CIVIL

Víctor Hugo Nina Cohaila \*

*«...el punto de encuentro entre las instituciones jurídicas de la cosa juzgada y la filiación extramatrimonial, nos lleva a la redacción del presente artículo, lo cual puede, inclusive, ser sustento de nuestra tesis doctoral, ya que realmente el tema de análisis es muy importante y polémico».*

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

**¿Acaso el interés superior de un niño y un adolescente y la fuerza del alto grado de certeza de la prueba científica del ADN, deben ceder ante una concepción rígida de Principio de la Cosa Juzgada?**

Para Guillermo Cabanellas la cosa juzgada es: **«Lo resuelto en juicio contradictorio, ante un Juez o Tribunal, por sentencia firme, contra lo cual no se admite recurso, salvo el excepcionalísimo de revisión. La cosa juzgada, según milenar criterio, se tiene por verdad y no cabe contradecirla ya judicialmente, para poner fin a la polémica jurídica y dar estabilidad a las resoluciones. El intento de renovar la causa en tales condiciones encuentra el insalvable obstáculo de la excepción de cosa juzgada.»**<sup>(1)</sup>

La cosa juzgada ha sido definida, por autorizada doctrina procesal, como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla<sup>(2)</sup>. Dentro de la misma, se distingue entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, la primera es transitoria, vale decir, pese a que no cabe interponer medios impugnatorios contra dicha sentencia, en el mismo proceso en que se dictó, la cuestión jurídica debatida puede ser nuevamente sometida a juicio, es decir desde el aspecto meramente técnico, en este caso no hay cosa juzgada, dado el carácter modificable de la sentencia<sup>(3)</sup>. En este sentido, es menester referir que el artículo 139° inc. 13 de la Constitución Política del Perú, consagra el principio de la Cosa Juzgada, por lo que el mismo es un principio de la función jurisdiccional y tiene jerarquía constitucional.

La excepción de cosa juzgada, permite al demandado *«denunciar que el interés para obrar del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia»*<sup>(4)</sup>; en este sentido, se debe tener presente lo estipulado en el artículo 453° del Código Procesal Civil, cuando establece que la excepción de cosa juzgada

será declarada fundada, cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia y laudo firme.

Ahora bien, el punto de encuentro entre las instituciones jurídicas de la cosa juzgada y la filiación extramatrimonial, nos lleva a la redacción del presente artículo, lo cual puede, inclusive, ser sustento de nuestra tesis doctoral, ya que realmente el tema de análisis es muy importante y polémico. A decir de algunos, los más conservadores por cierto y para quienes el magistrado siempre ha sido y debe seguir siendo **«boca de la ley»**, debe primar la institución de la Cosa Juzgada y para otros, quienes no pensamos en ese sentido, creemos que existen otras instituciones y principios que son prioritarios, como ser el derecho a la identidad, el principio del interés superior del niño, la fuerza de las pruebas biológicas, mismos que magistrados de las nuevas generaciones deben tener en cuenta al momento de resolver casos tan sensibles, como lo son los de Filiación Extramatrimonial.

### **I. EL SUPUESTO CASO CONCRETO:**

En un caso hipotético, en el que una madre hubiera interpuesto una demanda de filiación extramatrimonial de su hijo, antes del 06 de Enero del año 1999, esto es cuando aún no se había promulgado la ley 27048, norma que en su artículo 2° insertaba el inciso 6) al artículo 402° del Código Civil, y que a la letra establece: **« Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta pro-**

(1) Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Argentina, 1981

(2) COUTURE. «Fundamentos de Derecho Procesal Civil». Desalma. Buenos Aires, 1974. Pág. 401.

(3) Espinoza Espinoza, Juan. Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Agosto 2002, Pág. 35.

(4) MONROY GALVEZ. «Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano. Themis. Segunda Época. N°s. 27-28. Lima, 1994. Pág. 126.

**cesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415.**

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza». <sup>(5)</sup>

En el caso propuesto, si la primigenia demanda de filiación extramatrimonial hubiera sido declarada infundada en primera instancia y dicho fallo hubiera sido confirmado por la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente. En este caso, cabe la pregunta **¿Hasta dónde, en el caso que la madre decida proponer otra demanda de declaración de paternidad extramatrimonial - sustentada en el Art. 402 inc. 6) del Código Civil- puede oponerse el principio de la cosa juzgada, por cierto de jerarquía constitucional, considerado además como una garantía y principio de la Función Jurisdiccional y de la administración de justicia?.** Al parecer la respuesta sería en el sentido que la cosa juzgada debería prevalecer, sin embargo, existen otros principios que también tienen jerarquía constitucional, ya que tienen su fuente en tratados internacionales que han sido ratificados por nuestro país. Así el principio del interés superior de los niños y los adolescentes, principio rector cuando se trate de resolver cualquier controversia en la que se encuentren involucrados derechos de los niños o los adolescentes. Asimismo, el derecho que tiene toda persona (aplicable por cierto, también a los menores de edad) a conocer su origen, es decir a saber quienes son sus padres, derecho que aparece expresamente recogido en el artículo 7°, numeral 1, de la Convención de los Derechos del Niño, con el siguiente texto: **«El niño será inscrito inmediatamente después de su naci-**

**miento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»<sup>(6)</sup>**; y que también se encuentra recogido por nuestra Constitución Política de 1993, en el artículo 2° inc. 1), como el **derecho a la identidad**, siendo considerado como un derecho fundamental con rango constitucional y del cual nos ocuparemos luego.

Visto así, y ante un caso hipotético, como el planteado anteriormente, se podría determinar que ambos procesos iniciados por la demandante, serían parecidos, así también los petitorios no diferirían entre sí. Es decir, en ambos casos la demandante pretende el reconocimiento de paternidad de su hijo, siendo que, en el proceso de filiación extramatrimonial reciente, la madre del menor habría invocado el Inc. 6) del artículo 402° del Código Civil, numeral que ciertamente no aparece como una causal, si no como una prueba introducida por reciente legislación. <sup>(7)</sup>

Entonces **«subyace en ambos procesos un mismo petitorio: el reconocimiento de paternidad y bajo un mismo fundamento: el haber sostenido la demandante relaciones extramatrimoniales con el presunto padre»<sup>(8)</sup>**. Por lo que, haciendo un análisis formal, las resoluciones emitidas en el primer proceso y que ponen fin a cada instancia, tendrían el carácter de cosa juzgada.

Sin embargo, desarrollando lo anteriormente mencionado, es de observar, que al presentarse la segunda demanda, esta vez, basada entre otros fundamentos y básicamente, en el Inc. 6)<sup>(9)</sup> del artículo 402° del Código Civil, se podría cuestionar el principio de la cosa juzgada, ya que la norma acotada no estaba en vigencia al momento de resolver el primer proceso. Ahora bien, refiriéndonos siempre al caso hipotético, no se debería hacer una interpretación literal del artículo 452° del Código Procesal Civil, ya que si bien es cierto que, dentro de nuestro sistema jurídico, la revisión de sentencias, en tanto

(5) Art. 2° de la Ley 27048

(6) Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

(7) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el artículo 2° de la Ley N° 27048 (06.01.99)

(8) Espinoza Espinoza, Juan. Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Agosto 2002, Pág. 37.

(9) Inciso modificado por la 1era. D.C. de la Ley N° 28457 del 08/01/2005.

mecanismo excepcional, se da en caso de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, la cual, de acuerdo al artículo 178° del Código Procesal Civil, debe interponerse dentro de seis meses de ejecutada una sentencia o haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, ello, definitivamente no debería limitar al operador jurídico a revisar las sentencias con calidad de cosa juzgada frente a una decisión manifiestamente injusta, más aún, cuando el ordenamiento positivo ha introducido un nuevo elemento, que bien podría acercarnos a la verdad real, como es la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, y que en el primer proceso no fue actuada por no ser parte del ordenamiento positivo. Ello, tal y como muy bien lo analiza Juan Espinoza Espinoza,<sup>(10)</sup> refiriendo que se observa con particular nitidez en temas de derecho de familia, especialmente en materia de filiación. Si la prueba del ADN hace acercar de manera (casi) irrefutable la verdad biológica a la situación jurídica, el operador jurídico no debería ni tendría por que negarse a admitir esta prueba aduciendo rígidos principios jurídicos, olvidando que su rol es lograr la paz social en justicia, tal como lo señala el artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil.

Ahora bien, es menester poner en relieve que el derecho de toda persona a conocer a sus padres goza de reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7°, numeral 1); el que, habiendo sido aprobado y ratificado por el Perú, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, está garantizado por la Constitución y debe ser interpretado conforme a su texto (artículo 3° y Cuarta Disposición Final y Transitoria). Por ello, este derecho tiene fundamento constitucional expresamente reconocido. Es de resaltar, que conforme al artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser interpretada de acuerdo con los principios de la buena fe, con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos (*pacta sunt Servanda*) y teniendo en cuenta su objetivo y fin. Este último principio resulta fundamen-

tal para la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues sus disposiciones deben ser tratadas de acuerdo con su objeto y fin, que es en definitiva la protección de los derechos de la infancia. Siendo así el Juez nacional al aplicar una norma de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe entenderla conforme a los principios de interpretación específicos para los tratados de Derechos Humanos.

«El Fundamento de la obligatoriedad de los tratados se apoya en los principios del *pacta sunt servanda* y de la buena fe. Así, el artículo 26° de la Convención de Viena de 1969 señala: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». De ello se tiene que los tratados no sólo son obligatorios sino que hay que cumplirlos de buena fe: esto es, absteniéndose de realizar actos destinados a frustrar el objeto y fin del tratado y haciendo uso de todos los mecanismos para lograr una plena ejecución del acuerdo.»<sup>(11)</sup>

Por ello, en la aplicación de la Convención sobre los derechos del Niño debe preferirse una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser éste el objeto y fin específico del tratado.

Por otro lado, debe advertirse que los tratados de Derechos Humanos tienen rango constitucional, ello por la cláusula de los derechos implícitos – *numerus apertus*–, recogida en el artículo 3° de la Constitución que establece: **«La enumeración de los derechos establecidos en el capítulo relativo de los derechos fundamentales no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, el estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»;**<sup>(12)</sup> por lo que los tratados que versan sobre Derechos Humanos, al regular materia de Derecho Constitucional, tienen por su contenido material una jerarquía de carácter constitucional; motivo por el cual gozan de rango constitucional por la materia constitucional que abordan.<sup>(13)</sup>

(10) Espinoza Espinoza, Juan. Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Agosto 2002, Pág. 39.

(11) Placido V., Alex. F. Cuadernos Jurisprudenciales N° 62. Gaceta Jurídica. Lima. Agosto 2006. Pág. 15.

(12) Art. 3° de la Constitución Política del Perú de 1993

(13) Placido V., Alex. F. Cuadernos Jurisprudenciales N° 62. Gaceta Jurídica. Lima. Agosto 2006. Pág.24.

Por eso y a partir de ello, en el tema que estamos analizando, se impone a todos los efectos el principio de la verdad biológica y, por lo tanto, la realidad genética en los procesos sobre filiación, contando para ello en la fuerza demostrativa de las pruebas biológicas que ofrecen al presente plena solvencia, hasta el punto de que los porcentajes de error, por cierto, inevitables en toda actividad humana, son siempre inferiores a los de cualquier otro elemento demostrativo. El Principio de la verdad biológica significa, en suma, que cada persona podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea. Se debe preferir, entonces, la verdad real a la verdad formal.

Como ya hemos dicho, el derecho del niño a conocer a sus padres aparece expresamente recogido en el artículo 7º, numeral 1, de la Convención de los Derechos del Niño, con el siguiente texto: **«El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»**, es decir este derecho se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su vínculo en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano debe ostentar la filiación que realmente le corresponde por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial.

## II. EL DERECHO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL A LA IDENTIDAD PERSONAL RECONOCIDO EN EL ART. 2º INC. 1) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

El artículo 2º inc. 1) de la Constitución Política del Perú establece: **«Toda persona tiene derecho: 1. 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.»**<sup>(14)</sup> El concepto que nos interesa, básicamente para el análisis del presente artículo, es el de la IDENTI-

**DAD**, es decir el derecho que tiene toda persona de conocer a sus padres y a conservar sus apellidos, siendo este un derecho fundamental de rango constitucional, dada la importancia que ello implica. Tal es su importancia, que el Tribunal Constitucional ha emitido una serie de sentencias al respecto, así la sentencia recaída en el expediente N° 1797-2002-HD, del 29/01/03, S1, FJ.3, que establece: **«El derecho a la identidad personal, esto es, el derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.»**<sup>(15)</sup> El tribunal asume aquí el concepto de derecho a la identidad personal que ha sido creación de la jurisprudencia italiana. En efecto, no debe confundirse el concepto de identidad personal del artículo 2º inciso 1) con aquel expresado en el artículo 89º de la Constitución. El primero, como bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional hace referencia a la proyección de la personalidad que es plasmada mediante ciertos actos y actitudes, ideas o comportamientos, etc.; en suma aquello que hace reconocible a una persona y solo a ella, que la diferencia de los demás. Mientras que el segundo, la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, es más bien un derecho de carácter colectivo referido a los conocimientos sobre la tierra y la naturaleza que estas hayan asumido como propias desde tiempos inmemoriales.

Así también, debemos referirnos a la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 4444-2005-HC, 25/07/05, S2,FJ.4, que establece: **«El artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica... En nuestro ordenamiento jurídico, el DNI tiene una doble función; por un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, ya que posibilita la identificación precisa de su titular; y, por otro, es un requisito**

(14) Art. 2º inc. 1) de la Constitución Política del Perú de 1993.

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1979-2002-HD, del 29/01/93

*para el ejercicio de los derechos civiles y políticos que se encuentran consagrados en la Constitución.»<sup>(16)</sup>*

Toda persona, más aún y obviamente, un menor de edad, esto es un niño o adolescente, tienen derecho a una identidad, un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos (derecho fundamental a la identidad, reconocido en nuestro ordenamiento constitucional); un elemento a tener en cuenta y que tiene el rango de derecho fundamental constitucional, que definitivamente se contraponen al principio de la Cosa Juzgada en el caso del artículo 402° inc. 6) del Código Civil.

### III. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

Al respecto se debe mencionar, que en reiteradas oportunidades el Comité de los Derechos del Niño, en que el interés superior del niño viene a constituir uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, debemos recordar que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya lo definía en su principio 2: **«El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma favorable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño»<sup>17</sup>**. Así y del mismo modo, debemos recordar que la previsión del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño comprende un amplio margen de aplicación, que llega hasta límites supranacionales inclusive, superando así la acción del Estado, para incluir también a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. En este sentido, se dispone: **«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribuna-**

**les, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»<sup>(18)</sup>**

Dentro de esta misma orientación, complementando lo referido anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el carácter regulador de la normativa de los derechos del niño de este principio; el que **«se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la convención sobre los Derechos del Niño»<sup>(19)</sup>**, referido así en el instrumento enunciado anteriormente, podemos concluir, que el interés superior del niño es aludido como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados y enunciados en el mencionado documento, cuya observancia y cumplimiento permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.

Ahora bien, para ello, será preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la determinada situación en la que se halla el niño. Dentro de esta perspectiva debe encontrarse la orientación del Estado, así como de la sociedad, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, fomento, impulso y preservación de sus derechos.

Así se tiene, que el principio del interés superior del niño, exige armonizar de manera integral la legislación vigente con todas las disposiciones de la convención, a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno y de esta forma pueda ser invocado ante los tribunales de justicia.

### IV. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

El *pacta sunt Servanda* y la buena fe, son principios

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 4444-2005 del 25/07/05

(17) Declaración de los Derechos del Niño del año 1959.

(18) Convención sobre los Derechos del Niño.

(19) Corte Interamericana de Derecho Humanos.



que fundamentan la obligatoriedad de los tratados. En este sentido, debemos recordar que el artículo 26° de la Convención de Viena de 1969 establece: **«Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»**,<sup>(20)</sup> es por ello, que todos los tratados suscritos por nuestro país, no sólo son obligatorios, sino también hay que cumplirlos de buena fe, es decir, hay que prescindir de realizar actos que tengan como orientación frustrar el objeto y fin del tratado y haciendo uso de todos los mecanismos para lograr la plena ejecución del acuerdo.

El Tribunal Constitucional en la **STC 5854-2005-PA/TC-PIURA**, del 09 de Noviembre del 2005, ha determinado lo siguiente: **«tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional. De esta manera, los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del estado Peruano»**.<sup>(21)</sup> , en este sentido, se debe determinar, tal como lo afirma Alex F. Placido V.<sup>(22)</sup> , que la Convención sobre los Derechos del Niño, al ser un tratado internacional sobre los derechos humanos que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los Estados frente a todo menor, son también una norma de derechos positivo nacional válida y eficaz y de estricta observancia por todas las instancias jurisdiccionales y tribunales de nuestro país.

## V. JERARQUÍA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL DERECHO INTERNO PERUANO:

Para el presente artículo, así como para el análisis del mismo y final conclusión, es muy importante determinar cual es la jerarquía de los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, dicha determinación será preponderante ya que deberá ser tomado en cuenta por

los jueces, quienes deberán en definitiva aplicar dichos tratados en sus resoluciones y sentencias.

Al asumir una revisión de la Constitución del año 1993, tenemos que no es clara la determinación de la jerarquía de los tratados, ya que muy por el contrario, el legislador de aquella Constitución, ha optado por establecer distintos niveles en los que se ubicarían los tratados en los que el Estado Peruano es parte, dependiendo obviamente, de cual sea la materia que regulen.

En este sentido, se debe advertir que, a diferencia de la Constitución de 1979, en la Constitución actual, el constituyente no ha señalado expresamente el valor normativo que se le debe señalar a los tratados, menos aún el tratamiento de los relativos a derechos humanos; lo que en definitiva se debe considerar un error, ya que precisamente una de las normas que significaron un gran avance en materia constitucional, fue la contenida en el artículo 105° de la Constitución de 1979, que incluso sirvió de inspiración a posteriores textos constitucionales en América Latina. La norma contenida en el artículo 105° poseía una importancia especial: primero, por que al elevarse estos derechos a rango constitucional se les brindaba una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, así como mecanismos idóneos de protección ante cualquier acto arbitrario del Estado que intentara violentarlos y; segundo, por que la norma reflejaba ante la comunidad internacional, la voluntad del Estado Peruano de dar un tratamiento preferente a la materia de derechos humanos; y, tercero, porque jurídicamente, al atribuirse a estos tratados la jerarquía normativa máxima, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se era consecuente con la moderna tendencia del Derecho Internacional, que atribuye jerarquía constitucional a gran parte de la normas sobre derechos humanos, constituyendo una de las primeras constituciones en el mundo en consagrar una disposición de este tipo.<sup>(23)</sup>

Por ello, y al no haber referencia sobre el tema, en la vigente constitución del año 1993, es necesario recurrir a una labor evidentemente interpretativa

(20) Art. 26 de la Convención de Viena de 1969

(21) Sentencia del Tribunal Constitucional 5854-2005-PA/TC-PIURA

(22) Placido V., Alex. F. Cuadernos Jurisprudenciales N° 62. Gaceta Jurídica. Lima. Agosto 2006. Pag 15.

(23) Placido V., Alex. F. Cuadernos Jurisprudenciales. Gaceta Jurídica. Lima. Agosto 2006. Pag. 25

para conocer el valor normativo de los tratados. *«Es a partir de la Sentencia del tribunal constitucional del 13 de julio del 2000, que en cierta forma se frustran los esfuerzos de interpretación para salvar la omisión de la actual Constitución. En efecto en dicha sentencia se afirmó el rango legal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y con ello, el rango legal de todos los tratados de derechos humanos.*

*No obstante ello, el Tribunal Constitucional, a través de una nueva sentencia (STC 047-2004-AI/TC, del 24 de Abril del 2006), ha corregido las deficiencias de su anterior fallo. Con ello, permitirá a los magistrados sostener, vía interpretación, el rango constitucional de las normas contenidas en los tratados de derechos humanos, sin que ello implique infringir o violentar la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional. Ahora bien, ésta sentencia constitucional, por la especial integración normativa e interpretativa de los tratados de derechos humanos al derecho interno peruano, que lo diferencia de los demás tratados, conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional señala que «la pirámide jurídica nacional» ocupan la primera categoría, las normas constitucionales y las normas con rango constitucional», a saber: **«1er. Grado: la Constitución. 2do. Grado: leyes de reforma constitucional. 3er. Grado: tratados de derechos humanos»**; precisando que los demás tratados, que no se refieran a la materia de derechos humanos, son los que tienen rango de ley.»<sup>(24)</sup>*

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN:

Entonces, nos encontramos en el punto en que ***debemos ponderar entre el derecho que podría tener el demandado a exigir el cumplimiento de la cosa juzgada, según su argumentación, cuestionado por cierto en el análisis del presente artículo; y el derecho del menor a conocer a sus padres y a una identidad, sustentado en el principio del interés superior de los niños y los adolescentes, de manera que, uno de estos derechos deberá***

***ceder***, sólo en la medida que haga posible el ejercicio de aquel que elijamos como preponderante.

Entonces, sin duda, el derecho que debe ceder es el del demandado, en tanto *«la cosa juzgada no es un límite para la interposición de un nuevo proceso de paternidad sustentado en el análisis genético siempre que en los anteriores procesos no se haya hecho uso de las referidas pruebas. Este es un nuevo supuesto que se viene trabajando en el derecho comparado»*,<sup>(25)</sup> mismo que se encuentra debidamente sustentado en el desarrollo del presente artículo. En especial refiriéndose a la supremacía de los intereses de la determinación de la paternidad sobre los principios de orden procesal, dentro de este contexto la cosa juzgada no puede ni debe presentarse como una limitante y obstáculo para los procesos de filiación extramatrimonial, sobre todo cuando en él se ha llegado a encontrar nuevas pruebas, lo que en suma tendrá como puerto, la consecución de la verdad real y no la formal.

Por último, es importante señalar que en nuestro ordenamiento constitucional la cosa juzgada, según lo consagra el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, es un principio de la función jurisdiccional (numerales 2 y 14) pero, a su vez, no podemos desconocer los postulados reconocidos en la Constitución, en la Convención de los Derechos del Niño y en los tratados internacionales, como ser los derechos sociales como la filiación, la maternidad y la familia, el derecho a la identidad y su relación implícita con la filiación, el derecho a la investigación de la paternidad, el derecho a conocer el propio origen biológico, y sobretodo la primacía de la verdad real sobre la verdad formal.<sup>(26)</sup>

Es entonces el Principio del Interés Superior del menor, el derecho a conocer a sus padres (derecho fundamental de identidad) y la fuerza del alto grado de certeza de la prueba científica del ADN, son los que deben primar ante la concepción rígida y agarrada del principio de la cosa juzgada, ello en tanto ambos tienen la misma jerarquía que es la constitucional.

(24) Placido V., Alex. F. Cuadernos Jurisprudenciales. Gaceta Jurídica. Lima. Agosto 2006. Pág. 26

(25) Varsi Rospigliosi, Enrique. Cuadernos Jurisprudenciales. Gaceta Jurídica. Julio 2004. Pág. 17

(26) Varsi Rospigliosi, Enrique. «Filiación, Derecho y Genética». Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica – Perú. Lima, 1999. Pág. 229.

# ADUANAS EN EL PERÚ: FUSIÓN Y CONFUSIÓN

Carlos Alberto Pajuelo Beltrán \*

*«El presente ensayo tiene como objeto el anotar algunas de las taras que se vienen percibiendo en el aparato aduanero en el Perú en relación al desasimio institucional en virtud a la unión del aparato aduanero con el aparato tributario nacional».*

\* Docente de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Privada de Tacna, cátedra de Derecho Aduanero y Criminología

*"Una vez tomada una decisión, hay que cerrar los oídos incluso a la objeción mejor fundada. Este es el indicio de un carácter recio; eso implica a veces, la voluntad hasta la estupidez."*

Friedrich Nietzsche. (Mas Allá del Bien y del Mal).

El presente ensayo tiene como objeto el anotar algunas de las taras que se vienen percibiendo en el aparato aduanero en el Perú en relación al desasimio institucional en virtud a la unión del aparato aduanero con el aparato tributario nacional. Creo que se vienen sentado las bases para poder encarrilar las funciones aduaneras con la autonomía suficiente que iniciara en la década pasada pero mejorando sus lineamientos y sobre todo expectorando todo rezago de corrupción en el nuevo intento. La diferencia y el dilema es es que esta vez no podemos fallar debido a las propuestas que el mundo competitivo marca como derrotero a aquellas economías fuertes y a las emergentes en todo el mundo.

Pues bien, veamos. El año 2002 se produjo la fusión por absorción entre la entonces Superintendencia Nacional de Aduanas con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. El aspecto legal venía así: El gobierno del ex presidente Alejandro Toledo, siendo Ministro de Economía Pedro Pablo Kuczynski emitió el Decreto Supremo 061-2002-PCM, publicado el 12 de julio de ese año en el diario oficial disponiendo la fusión por absorción entre las dos entidades. En síntesis era la unión de la Sunat con "T" con la Sunad con "D".<sup>(1)</sup> Pero sí, ciertamente parecía lógico entonces iniciar acciones relativas a la implementación de un esquema legal e institucional propio de la dinámica comercial internacional intensa que se venía anunciando a nivel mundial, prueba de ello lo apreciábamos en el Acuerdo Nacional<sup>(2)</sup> que plasmaba en los lineamientos económicos o política de Estado sobre el tema de acceso y apertura a los mercados internacionales, en el cual se hace mención

expresa al principio de facilitación de comercio a través del retiro progresivo de barreras arancelarias y para arancelarias entre otras medidas que regirían para las disposiciones de la administración aduanera. Si bien es cierto el Acuerdo Nacional no planteaba expresamente la fusión, se puede asumir en materia aduanera, que esta era una medida orientada en el tema de la facilitación y que en forma paralela se mantendría el esquema tributario direccionado hacia la integración de todos los sectores sociales y económicos en forma equitativa, en fin, sin restar un ápice de importancia a la valía de una política fiscal seria.<sup>(3)</sup>

El Centro Interamericano de Administraciones Tributarias propugna dos conclusiones generales para justificar la fusión del aparato relativo a Tributos Internos con el aparato aduanal: "que los procesos de fusión de ambas administraciones permiten maximizar las labores de recaudación y fiscalización de los contribuyentes y que ahorran importantes recursos a los Estados para financiar el desarrollo." Creemos estos dos aspectos son importantes, pero por propia definición es de carácter eminentemente tributarista, y se percibe claramente una omisión inveterada del tema aduanal.

Por otro lado, con la anunciada fusión en la práctica se armaba un revuelo tremendo dado que era como unir dos grandes clubes en uno solo. Solíamos comentar con mis alumnos de la universidad que ello significaba algo así como unir al Alianza con la "U" en Perú, o al "Real Madrid" con "El Barcelona" en España. Claro, quien debía llevar la batuta era el club designado como entidad absorbente. Es decir, si hiperbólicamente fusio-

(1) Por Ley 24829 (1,988) se crea la Superintendencia Nacional de Aduanas y la Superintendencia de Administración Tributaria. Lo curioso es que en el artículo primero se crea SUNAD y por el artículo 2do. nace SUNAT.

(2) El año 2002 se firmó el Acuerdo Nacional del Perú que en la práctica trataría de condensar políticas de Estado ante el desafío comercial por lo menos para las primeras dos décadas del nuevo milenio, el problema es que las políticas que trasvasen más de dos períodos presidenciales distintos es un bicho raro en muchos países de Latinoamérica, y el Perú lamentablemente, aún, no es la excepción.

(3) Donde todo ciudadano paga impuesto de acuerdo a las actividades que desarrolla y a los activos que genera.

namos a la "U" con el Alianza Lima, y la entidad titular de la absorción es la U, ese domingo de campeonato el equipo que saldría al terreno de juego tendría que lucir la camiseta crema, los aliancistas, solo para efectos del ejemplo, simple y llanamente irían a la banca de suplentes.

En el caso de Aduanas<sup>(4)</sup> con SUNAT, actuó<sup>(5)</sup> como entidad absorbente la SUNAT, es decir, la organización destinada a la administración de los tributos internos debía de ser el titular de la fusión. Se planteó, siguiendo el razonamiento de la CIAT que debía de unificarse las bases de datos para proporcionar una idea más concreta respecto de las mercancías materia de importación, los impuestos relativos a la importación propiamente dichos y luego de ello se podría auscultar con mejor atención el tema de renta que generaría esas mercancías importadas al momento de su negociación y/o circulación en el mercado nacional peruano. En el fondo no parecía mala la idea pero en la práctica y también por falta de previsión teórica se produjo una descomposición de ambos sistemas. Surgió la entidad nueva como una suerte de híbrido.

No esta demás señalar que surgieron diversas corrientes de opinión tanto a favor como en contra como las señalaban, luego de conocida la fusión, y no sin razón, que la Aduana en el Perú había sido descabezada sin considerar que tenía una antigüedad que trascendía la República (1773) dado que por Real Cédula del Virrey José Manuel Amat y Juniet <sup>(6)</sup> en la época de la Colonia prácticamente se creaba el servicio aduanero. ¿Cómo era posible que un simple decreto supremo pudiera echar por la borda todo el componente histórico de la Aduana en el Perú? Y bueno, en las últimas dos décadas se producía el repunte de la entidad aduanal llegando inclusive a afirmar como paradigma dentro de la propia Organización Mundial de Aduanas. Si mirábamos en la misma dirección en cuanto a SUNAT -que nace a la vida institucional como tal el mes de junio del año 1988 - ciertamente tenía una vigencia novísima en reemplazo de la burocrática y pesada entidad

que mal vigilaba las Contribuciones, pero no se podía negar que surgía a la vida con una nueva orientación, mucho más sofisticada ciertamente por el uso omnipresente de sistemas de ordenadores y sistemas.

En cuanto al tema del funcionario, del elemento humano, en lo que llamaremos Tributos Internos se aplicó una política de personal que suponía la contratación de cuadros previa evaluación, dotarles de cursos de especialización y finalmente el otorgamiento de una buena remuneración para evitar actos de corrupción. Sin embargo, no es un secreto para nadie que en la regencia fujimontesinista dicha entidad, como casi todo el aparato estatal, se utilizó como mecanismo de presión política a través del denominado "RUC Sensible"<sup>(7)</sup>, y operativos dirigidos a los enemigos del régimen, pero esa es otra historia y si me preguntan solo diré que por un momento el sistematizar una entidad, diseñada *per se* para lograr objetivos nobles, de un modo u otro también puede servir para causar daño a través de la inequidad, la diferencia estriba en que aquí las huellas son mas indelebles, más difíciles de ocultar. En el mismo rubro, personal, Aduanas si que traía un legado bastante oprobioso por decir lo menos dado que durante los años 70 y 80 la falta de una política de personal en general de todo el Estado, que hasta ahora se mantiene (recordemos que pese a los esfuerzos de homologar técnicamente las remuneraciones en el sector público, ello todavía no se produce) y la excesiva carga que se puso en los hombros del servicio aduanero generó una comunidad intrínseca entre el contrabando que fue asumido como un mal necesario dado que era "un problema social".

Ciudades enteras como Tacna, Puno y Tumbes asumieron que el tráfico informal de mercancías era una forma "natural" de supervivencia, que decimos "supervivencia", en realidad era una forma de vida y bastante cómoda por cierto. Allí el servicio aduanero, como en otros muchos rubros

(4) Aduanas era el nombre corto de SUNAD o Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

(5) Léase «se designó».

(6) Promulgó el primer Reglamento de Aduanas y Comercio de toda la Colonia.

(7) Bajo la modalidad del RUC Sensible se generó un cuadro de contribuyentes directos del régimen.

que por situaciones populistas no tenían cuando cambiar, no se daba respuesta articulada al verdadero problema social y económico que se generó, no sólo para esas zonas sino para toda la Nación.

En Tacna, recuerdo bien este episodio porque en una asignatura del colegio secundario allá por el año 1982 se nos envió a la Aduana a hacer un trabajo sobre el contrabando. Pues con la curiosidad propia de la edad pedimos audiencia con el Administrador y mas rápido que inmediatamente salió y en los pasillos del vetusto local nos dijo en tono casual: ¿de dónde son ustedes? - "...de Tacna, señor". "Ah, bueno, deben saber que el contrabando es muy difícil de controlar porque es un problema social". "Acá todo el mundo vive del contrabando, de una manera o de otra", dijo sin inmutarse. Y esa fue toda nuestra primera (¿in-grata?) experiencia con el tema.

- "Humm..."- nos preguntábamos casi musitando - "¿Cómo se hace para ser aduanero?" - Creo que el que preguntó fui yo.

- "Los bravos tienen todas varias casas, carros, mujeres...plata, mucha plata." Decía el gordo Ballelli,<sup>(8)</sup> en referencia a los aduaneros. Así regresamos al colegio con poco en civismo escolar pero mucho en enseñanza.

El estigma de la corrupción institucionalizada por el tema de contrabando se acendró en el servicio aduanero. Ello no era un secreto para nadie. Esa pesada herencia, porque el episodio citado fue hace 25 años, fue difícil de digerir y expulsar, sólo después de la apertura que se produjo a inicios de los noventa con el esquema de Superintendencia se lograban avances importantes como reestablecer en buena medida el principio de autoridad, la implementación de adecuados mecanismos de control, la «standarización» de procedimientos en general y del perfil profesional del servidor, mejorando la imagen mellada de la entidad. Para después producirse el advenimiento de la fusión y en ese aspecto (del personal) producirse una suerte de "ghetto" en el que los funcionarios de tributos internos prefieren no mezclarse ni siquiera física-

mente. Es más, a nivel de destaque o reasignaciones por ejemplo, se sabe que los funcionarios de SUNAT evitan ser asignados a las plazas de naturaleza aduanera, llámese propiamente controles aduaneros. Y si van luego lo hacen con el compromiso de volver, para que "no se vea" como que están siendo enviados al averno. O el caso del contrato de personal de control de Aduanas para lo cual se han firmado contratos de locación de servicios, lo que en la práctica significa que se viola la ley o por lo menos exista un gran riesgo dado que la función pública es indelegable. Así como no podemos imaginar al Ministerio del Interior contratando personal civil para asumir la función pública de reprimir el delito, con el mismo razonamiento no es admisible que el personal de apoyo a las actividades de control aduanero estén bajo ese régimen privado y por ello no pueden revisar siquiera una maleta y menos autorizar un acta de incautación o comiso sin ser pasibles de ser procesados por delito contra la Administración Pública.

Retomemos entonces el tema de la fusión, y para ello resulta necesario esbozar algunas de las falencias del nuevo híbrido, y específicamente en materia aduanera el tema tiene para largo dado que el Perú es un país eminentemente informal, que poco a poco va dando pasos hacia una cultura de la formalidad pero no a la velocidad que quisiéramos y que lejos de las buenas intenciones, de la velocidad que impone la sociedad contemporánea. Debemos observar e imitar en mucho a las aduanas que mejor funcionan como la aduana norteamericana (US CUSTOMS), la aduana española en Europa, o en la región, la aduana mexicana. Se requiere de romper esa cultura del secreto - por la cual los intendentes de aduanas, por ese rezago de su constitución de naturaleza casi monárquica, se convierten en una suerte de cardenales, o sumo pontífices que llegan a sesgar la administración aduanera haciendo que los cuadros inferiores no tengan en sí autonomía en sus criterios de opinión técnica aduanal por ejemplo-, la falta de especialización de los cuadros aduaneros, se debe pedir una atención presupuestal importante y tener como término-

---

(8) Editaré el nombre de mi amigo, creo que luego de que salimos del colegio no terminó ingeniería en la universidad pero se dedicó al transporte transfronterizo.

metro del progreso económico no el plano de la recaudación en materia de tributos provenientes de comercio exterior o importaciones sino a las cifras que exhiba la balanza comercial.

Ahora bien, el ciudadano que tributa es el eje del desarrollo nacional, esto es indudable y resulta casi ocioso mencionarlo, sin embargo esa primaria idea se asocia con otro elemento importante y que podemos atisbar si intentamos dar respuesta a preguntas tales como: "¿Qué<sup>(9)</sup> hace el Estado con nuestros tributos?", o "¿Por qué debo de tributar si los burócratas dilapidan esos dineros?" cuestionamientos cuyas respuestas pueden dar lugar a un capítulo completo sobre la distorsión del "rol del Estado como administrador eficiente de tributos", pero como desarrollar los ensimismamientos del Estado, muchas veces confundido con el rol del Gobierno por mera conveniencia política en esencia no es motivo del presente trabajo es que pasaremos a acotar lo referido a la inexistencia de una política institucional en la SUNAT actual, y dicha falencia tiene ciertamente un carácter etiológico casi esotérico dado que se han unido dos entidades, repetimos, de una genesis distinta. En tal sentido y en pos de graficar adecuadamente nuestra idea, anotaremos la siguiente elemental premisa: la política tributaria y la política aduanera son una extensión de la política económica de un país. Entendido ello, Tributos internos plantea su existencia funcional específicamente en, primero, la ampliación de la base tributaria. Segundo, aumento de la presión tributaria a índices razonables. Tercero, fiscalización de las actividades económicas que se realizan en el país para acotar los dos puntos anteriores. En cambio la funcionalidad aduanera se basa en la orientación que toman las aduanas del mundo desde hace más de dos décadas en foros tales como la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Organización Mundial de Aduanas,<sup>(10)</sup> cual es la facilitación del comercio mundial. De

modo innegable es así como se han venido desarrollando las relaciones entre los diversos bloques económicos a través de los denominados procesos de integración de mercados, tanto en el plano bilateral como multilateral.

Dicho principio se colige como todo aquel gestionamiento de los servicios de aduanas como de los operadores de comercio exterior (dentro de los cuales podemos adicionar a los servicios gubernamentales aduanales) para eliminar trámites innecesarios y lograr la inmediata destinación de mercaderías para los importadores y los exportadores.<sup>(11)</sup> De inmediato se puede dilucidar que lo relativo a la gestión de tributos internos difiere en su orientación a la tributación aduanera o como también se le conoce en el argot aduanero: "recaudación tributario aduanera". Mientras la tributación interna proviene de la acotación por el intercambio de bienes y servicios dentro del territorio nacional, en el caso de la recaudación tributario aduanera nos encontramos con que se acota tributos provenientes del intercambio de bienes y servicios provenientes del comercio exterior, del intercambio entre un proveedor extranjero y un comprador nacional. Aquí debemos detenernos necesariamente para analizar el tema arancelario, claro, por excelencia el tributo proveniente del comercio exterior es el que se genera a través de la aplicación del arancel de aduanas.<sup>(12)</sup>

Casi de manera anecdótica podríamos referir, para coadyuvar al pretendido deslinde, que en las relaciones comerciales mundiales luego de la segunda guerra mundial se encausaron en los rieles del Acuerdo General de Comercio y Tarifas (sus siglas en inglés es GATT).<sup>(13)</sup> La evolución del GATT a través de diversas reuniones o Rondas mundiales apuntaba a que el tema arancelario dejaba de ser el *leit motiv* de la actividad comercial, se daba paso a la discusión de consensos para

(9) Y aquí dan muchas ganas de adjetivar.

(10) World Customs Organization (W.C.O. por sus siglas en inglés).

(11) Facilitación de Comercio en la versión del Proyecto de Cooperación Unión Europea – Perú y en materia de Asistencia Técnica relativa al comercio.- «tiene como finalidad desarrollar acciones orientadas a contar con un marco legal que permita la aplicación de mecanismos eficaces de facilitación del comercio exterior; a fomentar el desarrollo de la infraestructura; y a permitir el acceso y la prestación de servicios de distribución física y financieros en las mejores condiciones de calidad y precio».

(12) El espectro tributario nacional se divide en: a. Impuestos. b. Contribuciones y c. Tasas. El arancel de aduanas es una tasa que puede ser Ad Valorem o Derecho Especifico, que cobra el Estado por la importación de Mercancías.

(13) Léase: aranceles. Dado que la acepción en Inglés de Arancel es Tariff o tarifa.

cultivar unas relaciones comerciales dentro de una economía de mercado en la que el combate a las prácticas de competencia desleal, el tratamiento de los derechos de propiedad industrial, la propiedad intelectual, los servicios, los temas ambientales y ecológicos -antes inexplorados-, el dinero negro del narcotráfico y su impacto en la economía, etc. Por consiguiente, ya en la Ronda Uruguay<sup>(14)</sup> ante la inminencia de los esquemas de globalización económica en el mundo nace la O.M.C. declarando las bases del comercio entre todos sus miembros, esquematizándose rápidamente los procesos de integración bajo un primer gran consenso, tanto en el plano bilateral como multilateral, el libre mercado. Al libre mercado en el proceso de integración se le denomina básicamente Zona de Libre Comercio y es donde se produce el libre intercambio (libre de aranceles, claro está) de bienes y servicios.

Esto significaba reconocer formalmente lo que por siglos se practicaba en las políticas de comercio exterior de los países en el mundo, que cualquier paso de integración comercial entre países pasaba por el establecimiento de una zona de libre comercio, de una zona libre de aranceles. Así, si visualizamos los primeros procesos de comercio internacional en la antigüedad, por ejemplo en el caso de las ciudades o ciudades - estado de occidente con las de oriente teníamos que el pago por el derecho de paso, o de almacenaje, o de pontazgo en ciertos puntos del tráfico comercial era el antecedente mediato del arancel, evidenciándose un carácter ostensiblemente punitivo que se traducía más o menos en el razonamiento siguiente "si quieres pasar, debes pagar", "si quieres almacenar, debes pagar".<sup>(15)</sup> Aún si asumimos que la autoridad oficial encargada de aplicar dichos cobros podía tener un rango comunitario o estatal como se desprende de su evolución histórica mantenía inmanente el arancel ese temperamento sancionatorio, restrictivo e inclusive prohibitivo del comercio.

Por ejemplo en el caso de las colonias de España en todas las Indias. En el año 1,497, a pocos años del descubrimiento de América, fue por Real Cédula del Rey Fernando V que se eximía de todo impuesto o gravamen al comercio entre ellos, pero claro, se encontraba absolutamente prohibido el comercio entre otros reinos con las colonias españolas. Poco después, para el año 1503 el Rey crea la Casa de Hacienda y Contratación<sup>(16)</sup> mediante Real Cédula del 20 de Enero para consolidar el monopolio ibérico y en el año 1543 se decretan en todo el nuevo continente los derechos de Aduanas, con un porcentaje del 5%<sup>(17)</sup> del valor de las mercaderías materia de comercio, estructurándose el almojarifazgo como un importante mecanismo de poder y exacción del imperio.

O en el caso de la guerra de independencia de EE.UU. del Imperio Británico por acciones como la imposición del *Stamp Act*, pero también de "impuestos" que también afectaban específicamente el comercio dado la excesiva onerosidad con que se acotaban las importaciones de productos como el té descargado en Boston, Massachussets, y que diera origen al "motín del té",<sup>(18)</sup> conocido episodio que fuera icono de la corriente libertaria de las colonias respecto del monopolio metropolitano y que diera paso a la nación norteamericana.

En este punto debemos detenernos para dejar en claro que no pretendemos señalar que el proceso de fusión en el Perú sea un desastre o un fiasco. Pero no podemos sustraernos a señalar situaciones negativas, mejorables, que hay que tener en consideración para la eficiencia en el manejo del aparato de gobierno económico en materia aduanal. Ciertamente en países como Canadá en Norteamérica, Brasil y Colombia en Sudamérica y España en el viejo continente por ejemplo se ha producido este tipo de fenómeno, pero es clarísimo que el espejo donde se debe mirar cada país no puede ser otro que el espejo de la eficacia

---

(14) «Ronda» de 126 países del mundo, que constó de varias sesiones durante los años 1,986 a 1,995 en que se auto transforma el GATT y ve la luz la OMC.

(15) Como el caso del almojarifazgo en el comercio de España con sus colonias de Nueva Castilla, o el Perú.

(16) Con sede en Sevilla.

(17) Fuente: Pág. Web Servicio Aduanas de Chile.

(18) Boston Tea Party.



de sus sistemas aduanales (integrados o no a tributos internos) en los procesos de integración ya sean regionales o hemisféricos. Curiosamente Brasil tiene la singularidad de haber pasado por sendos procesos de fusión, ya por el año 1,934 el ministro Aranha unificó Hacienda en varios departamentos, siendo uno de ellos el encargado de Aduanas, produciéndose el primer desequilibrio técnico al surgir una suerte de confrontación con el departamento encargado de los tributos internos. sin embargo para los años ochenta Hacienda y la Secretaría Federal de Ingresos, ante la creciente actividad comercial exterior, se ve obligada a coadyuvar la oficialización de una entidad aduanera propiamente dicha en cuya implementación participaron entre otras, la delegación aduanera del Perú, se trataba del sub sistema de Coordinación de Control Aduanero. Brasil ciertamente se mantiene en el top ten de las economías del mundo gracias a su potencial inmenso y al mantenimiento de un riguroso esquema de especialización en el manejo de los temas aduaneros en una sola entidad pero de manera autónoma.

En el Perú se debe inmediatamente dar pasos en esa dirección. Al margen de que se mantenga el tema institucional burocrático en una titularidad

como la de SUNAT, no puede mantenerse esta suerte de desaprensión hacia la temática aduanera que, no nos cansaremos de repetir, no pasa por mostrar cuadros de alta recaudación tributaria para justificar la improvisación y evadir la urgencia que requirieren los retos de integración económica.

Actualmente se continúan negociando, cada vez con mayor intensidad y dinámica, los tratados de libre comercio con pares tan fuertes como controversiales como es China, o Tailandia en el Asia, y que como su propio nombre lo dice se traduce en un esquema de libre competencia internacional libre de cargas (aquí están específicamente encuadrados los temas arancelarios y para arancelarios). Ya se acusó una experiencia en el Perú un síntoma negativo cuando uno de los aspectos como el de facilitación de comercio que se veían relegados en la negociación de TLC con los Estados Unidos de Norteamérica de modo que hubo la necesidad de emitirse una Ley de Facilitación de Comercio. No hay que olvidar que la realidad va mas allá del derecho y en nuestra región ello no se entiende aún en nuestros días tratando los gobernantes, especialmente los de corte populista, de que por ley se cambie una realidad.<sup>(19)</sup>

---

(19) Ley 28977 del 9 de febrero del 2007.

# DOCTORADO EN DERECHO



## PRESENTACIÓN

En concordancia con los fines de la creación de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, se genera la necesidad de la creación de un Programa Doctoral, siendo en este caso el Doctorado en Derecho, en vista que de acuerdo a la ley Universitaria es el grado más alto que otorga la Universidad en el país y para obtenerlo se requiere tener el grado de Magister. Nuestra Escuela trabaja con docentes quienes poseen los grados Magister y Doctor, logrados tanto en Universidades del país como del Extranjero, lo cual nos permite asegurar el buen funcionamiento y sobre todo el nivel exigido en este Programa Doctoral. Así mismo, nuestra Escuela cuenta con la infraestructura adecuada para asegurar el buen desarrollo de las actividades académicas de los cursos impartidos y permite que los alumnos del Programa Doctoral, tengan a su alcance las herramientas tecnológicas y bibliográficas necesarias para sus investigaciones. A ello se le aúna la posición geográfica de nuestra ciudad la cual tiene un amplio ámbito de influencia y permite un intercambio cultural con diferentes países de América del Sur.

## OBJETIVOS

El objetivo General de este Programa Doctoral es: «Formar académicos e investigadores de alta calidad profesional en el área del Derecho.» Siendo sus objetivos específicos los siguientes:

Hacer uso de los conocimientos teórico metodológicos en el ámbito del Derecho a nivel Nacional e Internacional.

Realizar Investigación Científica que coadyuve al desarrollo del Derecho en el ámbito Nacional.

Participar activamente en la formulación de políticas de desarrollo del Sistema Judicial.

## PERFIL DEL EGRESADO

Este Programa dotará al egresado de las siguientes capacidades:

Crear, utilizar y transmitir conocimientos específicos en el área del derecho con el fin de perfeccionar o transformar la realidad del objeto del Derecho.

Desempeñarse adecuadamente en las complejas actividades que le demande el Sistema Judicial, así como en la tarea de asesoramiento.

Incursionar activamente en la Investigación Científica de los complejos temas controversiales del Derecho.

Participar en la solución de los diversos problemas que se plantean en el área del Derecho para contribuir así al objetivo final que es la justicia.

## DURACIÓN

El programa de Doctorado en Derecho tiene una duración, de acuerdo a ley, de dos años o cuatro semestre académicos, donde cada semestre tiene una duración de 17 semanas cada uno. El Régimen de este Programa es un régimen curricular semiflexible modular, con clases presenciales y tutoriales, y por el sistema de créditos; siendo el total de 20 créditos por cada ciclo y un acumulado al finalizar los estudios de 80 créditos. Las clases se desarrollan en horarios preferenciales entre los días Sábados y Domingos.

## PLAN DE ESTUDIOS

CODIGO	CURSO	CREDITOS
<b>I CICLO</b>		
DD-101	Diseño de Investigación Científica	08
DD-102	Fundamentos Económicos y Sociales del Derecho	06
DD-103	Epistemología del Derecho	06
<b>II CICLO</b>		
DD-201	Seminario de Derecho Judicial	06
DD-202	Seminario de Derecho Civil y Procesal Civil	06
DD-203	Seminario de Investigación I	08
<b>III CICLO</b>		
DD-301	Seminario de Psicología Jurídica	06
DD-302	Seminario de Derecho Penal y Procesal Penal	06
DD-303	Seminario de Investigación II	08
<b>IV CICLO</b>		
DD-401	Seminario de Derecho Comparado	06
DD-402	Seminario de Derecho Constitucional	06
DD-403	Seminario de Investigación III	08

## REFLEXIONES ACERCA DE LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN MUNICIPALIDADES Y NOTARÍAS

Javier R. Peralta Andía \*

*«Sin duda se han producido grandes avances en los últimos veinte años en varios campos, pero conviene saber si la nueva Ley es compatible o no con estos cambios. Conviene entonces dar una mirada general para ver el estado actual del divorcio y la separación convencional en nuestro país y detectar con mirada aguda que, como todo aspecto del Derecho, su regulación no está exenta de nociones de perfeccionismo ético».*

\* Doctor en Derecho y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna

## INTRODUCCIÓN

El día 14 de julio del año en curso ha entrado en vigencia la Nueva Ley de Separación convencional y Divorcio Ulterior N° 29227 de 16.04.08 y su Reglamento Decreto Supremo N° 009-2008-JUS de 13.06.08, mal llamada "Ley de Divorcio Rápido", por consiguiente, pasaría a ser tramitado no sólo en la instancia judicial sino también en la vía municipal y notarial.

Desde el día en que ha sido promulgada la nueva Ley han corrido opiniones en pro y en contra; situación problemática que tiene que ver con la conveniencia o no de la referida norma, pues se afirma que es anticonstitucional y que no favorece el fortalecimiento de la familia y el matrimonio. ¿Qué hay detrás de la regulación de la nueva ley en el Perú?

Sin duda se han producido grandes avances en los últimos veinte años en varios campos, pero conviene saber si la nueva Ley es compatible o no con estos cambios. Conviene entonces dar una mirada general para ver el estado actual del divorcio y la separación convencional en nuestro país y detectar con mirada aguda que, como todo aspecto del Derecho, su regulación no está exenta de nociones de perfeccionismo ético.

### 1. POSICIONES DISCREPANTES SOBRE LA NUEVA LEY

La familia, el matrimonio y el divorcio son tan antiguos como el mismo hombre, que vienen sufriendo mutaciones que incluyen cambios cualitativos y cuantitativos. Sobre el particular las posiciones en la doctrina nacional están encontradas.

Por un lado, las objeciones de la Iglesia mostrando posiciones antidivorcistas están en contra de la propuesta ahora convertida en Ley. Así el ex presidente de la Conferencia Episcopal Peruana (CEP), monseñor Luis Bambarén, considera que esta medida legislativa sólo acarreará "divorcios al paso", en momentos en los cuales lo que se debería hacer en el Perú es fortalecer a la familia como institución. "Este tipo de medidas lo único que hacen es favorecer la separación, pero no fortalecen para nada a la familia; al contrario, la

debilita. Lamentablemente, agregó, hoy en día los jóvenes solo se unen pensando en la cama y no "en una familia, por lo que duran poco tiempo".

Otros entendidos en la materia y adversarios del divorcio como Oliveira opinaban que *"nada (...) de divorcio por mutuo consentimiento, (...) nada de divorcio por causas indeterminadas (...). No debe admitirse el divorcio sino por causas graves y determinadas"*. Alberto Novoa por su parte decía *"el divorcio fácil arruina naturalmente el matrimonio y viola el interés social, ya que una legislación que no limita las causas de divorcio a lo estrictamente necesario, es un disolvente de la familia y por ende de la sociedad"*. Según Planiol *"el mayor peligro proviene del desorden que produce en la familia la perspectiva de un divorcio fácil"*.

Por consiguiente, se trataría de una Ley que colisiona con el numeral 4° de la Constitución en lo que compromete a la comunidad y al Estado de proteger también a la familia y promover el matrimonio. ¿Facilitando la separación y el divorcio, se protege a la familia de base matrimonial?

En contraste, el presidente de la Comisión de Justicia del Congreso Raúl Castro Stagnaro (UN), respaldó la iniciativa, comentando que en la actualidad se ven casos de muchas personas que no pueden emprender una nueva vida porque el Poder Judicial "no responde". "Claro que queremos defender a la familia, pero no podemos evitar que los matrimonios se rompan. Aquí no se han puesto en duda los valores fundamentales de la familia". El titular de la Comisión aclaró que las resoluciones que emitan los alcaldes tanto en la separación convencional como en el divorcio ulterior tendrán vigencia en el ámbito nacional. "El objetivo de la ley es el acceso de los más pobres a la justicia y a la reducción de los costos"

Frente a estas posiciones discrepantes nos preguntamos ¿En qué medida la nueva Ley de Separación Convencional y el Divorcio Ulterior en la vía municipal y notarial permitirán la destrucción del nexo conyugal de las familias matrimoniales en el país? ¿Es verdad que se trata de una ley anticonstitucional que propicia los divorcios? Nuestro propósito es esclarecer estas interrogantes y

develar qué hay detrás de la nueva Ley que ha entrado en vigencia a partir de la fecha antes mencionada.

Nosotros, pensamos que la nueva Ley de Separación Convencional y Divorcio Ulterior permitirá la destrucción del nexo conyugal de las familias matrimoniales en el país en la misma medida en que el nexo conyugal ya no resulte necesaria para los cónyuges, para los hijos, ni para la sociedad.

## 2. MARCO TEÓRICO

Conceptualización.- En la doctrina se conoce como 'separación de cuerpos por mutuo consentimiento', 'separación por representación conjunta' o 'separación bilateral incausada'. El Código Civil de 1936 la denominó 'mutuo disenso' y el Código Civil en vigor como 'separación convencional y divorcio ulterior'. Pero la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en la vía municipal o notarial no tienen precedentes legislativos en nuestro país. Se trata, luego, de una ampliación del sistema judicial al sistema administrativo y notarial, por eso, algunos autores la califican hiperbólicamente como una nueva modalidad de 'divorcio al paso', 'divorcio en las Vegas', 'divorcio fácil' o 'divorcio rápido'.

Guillermo Borda, en sentido amplio, al referirse al divorcio por presentación conjunta dice "es una forma o es el medio tendiente a evitar mayores y más graves enfrentamientos entre marido y mujer; es la forma civilizada que tiene un matrimonio de obtener su separación, de dirimir la tenencia de sus hijos menores, de dividir sus bienes, de decidir el régimen de visitas; en fin de lograr resolver, con un mínimo de armonía, los problemas de toda separación matrimonial, que igualmente nunca dejará de ser traumática. Sin duda, involucra la separación convencional no sólo a la judicial, sino también a la administrativa y notarial.

Se trata en realidad, de una causal genérica o indeterminada en la que no existe obligación de señalar o probar los hechos que motivan la situación de crisis matrimonial, que se suele encubrir bajo el eufemismo de 'incompatibilidad de caracteres' que dice muy poco o nada a la vez, por esta razón debe tramitarse como proceso no

contencioso o de jurisdicción voluntaria.

Técnicamente, puede decirse que se trata de otra modalidad de la separación convencional que consiste en el derecho de los cónyuges de poner fin a la unión matrimonial por mutuo acuerdo recurriendo para ello a la vía administrativa municipal o a la llamada jurisdicción voluntaria notarial a fin de que se declare disuelto el nexo conyugal después de cumplidos los plazos, requisitos y trámites establecidos por ley. El artículo 354, modificado por Ley N° 29227, ahora reconoce tres formas de separación convencional y divorcio ulterior, éstas son: la separación convencional judicial pronunciada mediante sentencia, la declarada por resolución de alcaldía y la expresada mediante acta notarial de separación.

Posiciones doctrinarias.- La tesis antidivorcista pregona que el matrimonio es una *consortium omnis vitae*, es decir, una sociedad de por vida, sustenta la tesis de su indisolubilidad, cerrando paso al divorcio y obligando a los cónyuges a mantenerse unidos, aún cuando en la práctica esa unión se haya roto. Recusa el divorcio y se sustenta en la doctrina sacramental, la sociológica y la paterno-filial.

Contrariamente, la tesis divorcista acepta la institución del divorcio como una forma en que la ley apertura a los cónyuges una vía para liberarse de los lazos del matrimonio, siendo considerado como un mal necesario, entendiéndose como la ruptura definitiva del vínculo matrimonial. Tiene su expresión en el sistema del divorcio-repudio, el divorcio-sanción y el divorcio-remedio. Según el divorcio-sanción la disolución sólo puede ser decretada judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso y debe circunscribirse a causas taxativamente enumeradas en la ley.

El divorcio-remedio, en cambio, no requiere la tipificación de conductas culpables: la separación de cuerpos o el divorcio importan esencialmente un remedio, una solución al conflicto matrimonial tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos.

Frente a esta concepción, el divorcio liberal mo-

derno replanteó la cuestión del 'divorcio por mutuo consentimiento' de los esposos, no porque él responda a una concepción contractualista del matrimonio, sino porque constituye una solución al conflicto matrimonial que no recibe adecuada respuesta a través del régimen de divorcio o separación por causales. Así el mutuo consentimiento se abre paso para resolver aquellos casos en los cuales los consortes son plenamente conscientes de que 'seguir unidos es peor para sí y para sus hijos' que separarse o divorciarse. Se puede decir que el derecho al divorcio va evolucionando y acomodándose a las diferentes circunstancias de la vida social. Se construye así la teoría del divorcio-convención, que ahora con la nueva Ley se extiende también para ser tramitada en la vía municipal y notarial, y no solamente judicial.

Algunos autores como Isabel Hernando Collazo, citada por Arias Schreiber, refiere que se puede hablar de un divorcio-convención, porque en esta figura no se alegan motivos menos la existencia de una "justa causa" sino de un arrepentimiento matrimonial, cuyos motivos pueden consistir en una de las causales enumeradas anteriormente o bien obedecer a razones distintas que impiden una normal convivencia marital. En ambos casos es claro que los cónyuges prefieren no hacer públicas las razones de sus diferencias y recurren a esta forma de separación convencional para llegar al divorcio ulterior.

Ahora bien, en Europa las legislaciones pueden agruparse en tres sistemas básicos: (i) Países que solo admiten el divorcio absoluto, como en Alemania, Austria, Grecia y los países de Europa del Este. (ii) Países que sólo admiten la separación de cuerpos, como en Irlanda, Malta, Andorra, etc. (iii) Países en los cuales coexisten ambas instituciones, tal como en los países americanos que aceptan el divorcio y la separación de cuerpos. El mutuo consentimiento se admite en México, Cuba, República Dominicana, Honduras, Nicaragua, Panamá, Salvador y el Perú.

Los actuales sistemas legislativos -dice Alex Plácido- admiten el mutuo consentimiento, tanto en la separación de cuerpos como en el divorcio vincular. De esta manera se evita la inculpación recíproca de los cónyuges, real o fingida, para

obtener la sentencia en lo procesal, contempla un procedimiento más sencillo y, por tanto, menos costoso. Finalmente en cuanto a los efectos de la sentencia de separación, el acuerdo de los cónyuges permite regular de mejor modo lo referente a los hijos y bienes del matrimonio.

**Posición peruana.**- En la legislación nacional se advierte que el Código Civil de 1852 se adhirió a la tesis antidivorcista en razón de que reconocía al matrimonio canónico carácter indisoluble y sólo permitía la separación de cuerpos en casos graves o excepcionales. Los Códigos de 1936 y 1984 adoptan la tesis divorcista.

Los legisladores de 1984, desperdiciaron una gran oportunidad al no consagrar en el Código la nueva doctrina del divorcio-remedio; sin embargo, con la reforma efectuada por la Ley N° 27495 de 07.07.01 y ahora con la Ley N° 29227 de 16.04.08 se logra ese propósito. Entonces, el sistema peruano contempla, por un lado, causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema del divorcio-sanción y, por otro, causales objetivas o no inculpatorias como la separación de hecho y la separación convencional pertenecientes a la doctrina del divorcio-remedio que sin duda se ajustan a nuestra realidad, de consiguiente, no debe extrañarnos que con la nueva Ley se amplía la separación convencional y divorcio ulterior a la vía administrativa y notarial.

### **3.SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR**

**Competencia.**- De la norma se desprende que son competentes para realizar estos procedimientos los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio. Se entiende por domicilio conyugal el último domicilio que compartieron los cónyuges, señalada en declaración jurada suscrita por ambos.

Con respecto a la competencia municipal, la posición negativa, objetándola sostiene que el alcalde no es necesariamente un profesional del Derecho versado en esta materia, su preocupación natural está centrada en el funcionamiento de los servicios públicos vecinales tales como el trans-

porte, pistas y veredas, parques y jardines, el desarrollo urbanístico de su localidad, administrar bienes y rentas de la municipalidad, por lo que no tendrá tiempo ni humor para atender relaciones privadas de parejas francamente desavenidas. En sentido contrario, la posición afirmativa, de manera lógica, advierte que si los municipios pueden celebrar matrimonios civiles, también deberían poder disolverlos a través de un procedimiento administrativo.

En relación a la competencia notarial, la tesis negativa, pregona que los notarios no tienen los conocimientos suficientes para ello, no buscan la conciliación de los consortes desavenidos porque son indiferentes a los problemas humanos y familiares, ya que lo único que les interesa es el incremento de sus honorarios profesionales. En contraste, la tesis positiva, sostiene que los notarios sí cuentan con los conocimientos y la experiencia acumulada en el trámite de los asuntos no contenciosos. El notario tiene un perfil similar al de un juez, pues al igual que éste es un profesional del Derecho, son depositarios de la fe pública, están especialmente investidos para identificar a los comparecientes, verificar su capacidad de ejercicio para que procedan con libertad y conocimiento de lo que se obligan, así como para tomarles de manera presencial sus firmas y la impresión de sus huellas digitales ya que es parte de su función dotar de certeza y seguridad jurídica a todos los actos de esta naturaleza.

**Intervinientes en el procedimiento no contencioso.-** En el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior regulado por la ley intervienen: (i) El alcalde. (ii) El notario. (iii) Los cónyuges y/o sus apoderados, y. (iv) Los abogados a que se refiere el segundo párrafo del artículo 6° de la ley.

Intervendrán, asimismo, el o los abogados que, de ser el caso y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8° del Reglamento, hayan designado los cónyuges solicitantes para su patrocinio legal.

En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior llevará firma del abogado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14°

de la Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos contenciosos. En el caso de procedimientos seguidos en las municipalidades, la solicitud referida en el párrafo que antecede se sujetará a lo dispuesto por el artículo 113° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Además, los cónyuges podrán otorgar Poder por Escritura Pública con facultades específicas para su representación en el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías regulado por la Ley, el mismo que deberá estar inscrito en los Registros Públicos.

#### 4. REQUISITOS Y ANEXOS

**Requisitos de la solicitud.-** Para solicitar la separación convencional al amparo de la norma mencionada los cónyuges deberán cumplir una serie de requisitos, estos son:

**Transcurso de dos años de matrimonio.-** Pueden acogerse a lo dispuesto en la presente Ley los cónyuges que, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, deciden poner fin a dicha unión mediante separación convencional y divorcio ulterior. La norma es semejante al artículo 333 inciso 11) del Código Civil que exige que para invocar esta causal deben haber transcurrido por lo menos dos años de la celebración del matrimonio. Ésta disposición tiende a evitar divorcios apresurados de parejas jóvenes, que ante las primeras dificultades de la vida conyugal pretenden la separación o el divorcio. La ley quiere que se tomen un tiempo razonable de meditación.

**No tener hijos menores de edad.-** El Reglamento establece que otro de los requisitos que debe contener la solicitud es no tener hijos menores de edad o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto de los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad.

**No tener hijos mayores con incapacidad.-** Para solicitar la separación convencional al ampa-

ro de la presente Ley, los cónyuges deben cumplir con el siguiente requisito, no tener hijos mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad. Para el caso de estos hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquéllos y el nombramiento de su curador.

**Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales.**- Es decir la norma refiere que para solicitar la separación convencional al amparo de la Ley, se debe de carecer de bienes que estén sujetos al régimen de la sociedad de gananciales o contar con Escritura Pública de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos.

**Anexos de la solicitud.**- La solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad y el último domicilio conyugal, domicilio de cada uno de los cónyuges para las notificaciones pertinentes, con la firma y huella digital de cada uno de ellos. El contenido de la solicitud expresa de manera indubitable la decisión de separarse.

Deberá constar, además, la indicación de si los cónyuges son analfabetos, no puede firmar, son ciegos o adolecen de otra discapacidad, en cuyo caso se procederá mediante firma a ruego, sin perjuicio de que impriman su huella digital o grafía, de ser el caso.

A la solicitud se adjuntan los siguientes documentos: (1) Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges; (2) Copia certificada del Acta o la Partida de Matrimonio, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud; (3) Declaración Jurada, con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad; (4) Copia certificada del Acta o la Partida de Nacimiento, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud,

de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad, si los hubiera; (5) Copia certificada de la sentencia judicial firme o del acta de conciliación respecto de los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores, si los hubiera; (6) Copia certificada de la sentencia judicial firme o del acta de conciliación respecto de los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad, si los hubiera; (7) Copias certificadas de las sentencias judiciales firmes que declaran la interdicción del hijo mayor con incapacidad y que nombran a su curador; (8) Testimonio de la Escritura Pública, inscrita en los Registros Públicos, de separación de patrimonios; o declaración jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los cónyuges, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales; (9) Testimonio de la Escritura Pública, inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o de liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso; (10) Declaración jurada del último domicilio conyugal, de ser el caso, suscrita obligatoriamente por ambos cónyuges; (11) Documento que acredite el pago de la tasa a que se refiere la Disposición Complementaria Única de la Ley, de ser el caso.

Se presume que todos los documentos y declaraciones formuladas por los cónyuges responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, con sujeción a las responsabilidades civiles, penales y administrativas establecidas por ley.

## 5. PROCEDIMIENTO

**Solicitud de separación convencional.**- El alcalde o el notario que recibe la solicitud a que se refieren los artículos 5° de la Ley y 5° y 6° del Reglamento verifican el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5° de la Ley dentro del plazo de cinco días de presentada aquella, luego de lo cual, en el plazo de quince días, fija fecha, convoca y realiza la audiencia única prevista en el artículo 6° de la Ley. De no reunir la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior los requisitos exigidos por los artículos 5° de la Ley y 5° del Reglamento no continuará el procedimiento.

**Legalidad de los requisitos.**- El alcalde o no-



tario que recibe la solicitud, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5°, luego de lo cual, en un plazo de quince días, convoca a audiencia única. En efecto, en caso que la separación convencional y divorcio ulterior se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 6° de la Ley, sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos.

**Audiencia única.**- La audiencia se realizará en un ambiente privado y adecuado. Su desarrollo deberá constar en Acta suscrita por los intervinientes a que se refiere el artículo 9° del Reglamento. Esta Acta deberá contener la ratificación o no en la voluntad de los cónyuges de separarse. De no ratificarse en dicha voluntad o de expresarse en voluntad distinta se dará por concluido el procedimiento dejando constancia en el Acta. Si fuera el caso, se dejará constancia de la inasistencia de uno o ambos cónyuges a que se refiere el quinto párrafo del artículo 6° de la Ley para efectos de la convocatoria a nueva audiencia prevista en el penúltimo párrafo del mismo artículo. De haber nueva inasistencia de uno o de ambos cónyuges, se declarará concluido el procedimiento.

**Acta notarial o resolución de alcaldía.**- En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, el acta notarial de la audiencia a que se refiere el artículo 6° de la Ley será de carácter protocolar y se extenderá en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos a que se refiere la Ley N° 26662 declarándose la separación convencional de ser el caso. En el caso de los procedimientos seguidos en las municipalidades, se expedirá, en un plazo no mayor de cinco días la resolución de alcaldía declarándose la separación convencional. El plazo de quince días previsto en el artículo 10° del Reglamento será de aplicación en el caso de la nueva audiencia referida en el penúltimo párrafo del artículo 6° de la Ley.

**Divorcio ulterior.**- Transcurridos dos meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial a que se refiere el artículo 12° del Reglamento, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial. Dicha solicitud deberá ser resuelta den-

tro de los plazos máximos señalados en los párrafos siguientes de este artículo.

En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, el notario extenderá, en un plazo no mayor de cinco días, el acta notarial en que conste la disolución del vínculo matrimonial y elevará a escritura pública la solicitud a que se refiere el artículo 7° de la Ley, la misma que tendrá el carácter de Minuta y que se extenderá en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos.

En dicha escritura pública se insertarán las actas notariales a que se refieren el artículo 12° del Reglamento y el párrafo precedente de este artículo. En el caso de los procedimientos seguidos en las municipalidades, el alcalde expedirá, en un plazo no mayor de cinco días, la resolución que declara la disolución del vínculo matrimonial. Declarada la disolución del vínculo matrimonial, el alcalde o notario dispondrá las anotaciones e inscripciones correspondientes.

Es conveniente resaltar, que en el procedimiento no contencioso, es necesario tomar en cuenta dos aspectos: Por un lado, el régimen de acreditación, por el cual el Ministerio de Justicia emitirá certificado de acreditación a las municipalidades que cumplan con las exigencias reguladas en el Reglamento, el cual constituye requisito previo. Son requisitos para que las municipalidades sean acreditadas el contar con un ambiente privado y adecuado para el desarrollo del procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior, así como contar con una Oficina de Asesoría Jurídica con titular debidamente designado o, en su defecto, con un abogado autorizado para dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 6° de la Ley. Por otro lado, la adecuación de los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos - TUPA para el cobro de las tasas correspondientes al procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior.

## 6. ANÁLISIS DE LA REALIDAD

**Parejas matrimoniales.**- El divorcio plantea en la hora actual uno de los problemas más graves de la sociedad actual, porque su proliferación en el mundo entero y en el país parecen convertirlo

en un fenómeno normal, pues hoy, hombres y mujeres se divorcian con la misma naturalidad con que se casan. Los jóvenes en países divorcistas como el nuestro se casan tan desaprensivamente porque están convencidos que ante el primer fracaso, podrán remediarlo, con una separación y divorciándose.

Muchos autores ya habían advertido sobre la necesidad de contener la marea creciente de divorcios por mutuo consentimiento. Ahora muchos sociólogos y juristas se preocupan de la espantosa propagación del número de divorcios, de aquellos estudios jurídicos especializados en 'asuntos de familia' y de los 'matrimonios de temporada' tan a gusto para artistas y personas económicamente solventes, pero que ahora se expande a todos los estratos sociales debido a la cada vez más agobiante crisis económica y la dación de leyes que facilitan la separación y el divorcio de los cónyuges.

Según Fernández Baca, el 40% de los divorcios en Estados Unidos se produce antes del quinto año de la celebración del matrimonio y la separación precede generalmente al divorcio por el lapso de uno o dos años, así como las tasas de divorcios son más altas durante los primeros años y los divorcios tardíos son mucho más frecuentes pues el capital acumulado se hace más valioso si el matrimonio permanece intacto. En el Perú no existen datos exactos, pero se cree que de cada diez parejas por lo menos unas cinco o seis se separan y divorcian.

De otro lado, es dolorosa la situación del hogar en el que se ha perdido el amor, la comprensión y el respeto para quienes lo padecen; pero, lo que hace más débil la institución del matrimonio es la apariencia de llevar adelante un matrimonio que ya fracasó en la práctica, pues donde no hay relación de pareja vigente no debe haber ficción legal de matrimonio. Por eso, es importante prevenir a quienes decidan casarse, sobre la seriedad y la trascendencia que tiene el matrimonio no sólo para la pareja sino también para los hijos, la sociedad y el Estado. Al fin y al cabo la norma pretende lograr el bienestar común y el pleno goce de una vida tranquila y feliz; de lo contrario, sobreviene el desamor, el odio y la desesperanza como antesala de la separa-

ción y/o el divorcio con todas sus funestas consecuencias.

**Tipos de parejas matrimoniales.**- El matrimonio es una institución no sólo por su extraordinaria relevancia base de la familia, sino también de la sociedad. Su esencia es el amor, la atracción sexual, la comprensión y el entendimiento, el afecto y el respeto entre un varón y una mujer. Existen sociológicamente tres tipos matrimoniales: los matrimonios ideales o felices, los matrimonios aceptados socialmente y los gravemente desavenidos.

Los primeros, son realmente excepcionales. Se trata de aquellas uniones matrimoniales que florecen en el amor, la comprensión y la felicidad, ofrecen un ambiente apropiado no sólo para la realización de las personas como pareja, sino también para la formación de los hijos, que ciertamente no debe ser objeto de las preocupaciones por parte del derecho.

Los matrimonios aceptados socialmente, son aquéllos que conforman la gran mayoría de las parejas matrimoniales que por el momento no tienen grandes problemas; son aquellas uniones en las que todavía perdura el amor, el respeto y las responsabilidades frente a los hijos. Algunas veces se ha extinguido la flama amorosa que los unía, pero se mantienen firmes, con deseos de seguir trabajando por los hijos y los objetivos que se han trazado. Se trata de parejas en las que no existe adulterio, violencia física o psicológica, conducta deshonrosa u otra clase de acciones infamantes de uno para el otro. Son aquéllos en los que están intactos los deberes y responsabilidades que nacen del matrimonio, por eso alimentan y educan a sus hijos, observan estrictamente el deber de fidelidad y asistencia, cumplen con el débito sexual o deber de cohabitación, coparticipan en el gobierno del hogar, contribuyen al sostenimiento del hogar y cumplen con las otras obligaciones que nacen del matrimonio.

Por último, los matrimonios gravemente desavenidos o 'matrimonios rotos por el desamor, la incompreensión y otras causas', son los que realmente preocupan y constituyen todo un problema. Son aquéllos en los que se violenta el deber de fidelidad, se quebranta el deber de asistencia o

socorros mutuos, allí donde las injurias, el atentado y la violencia son sus principales características. Son los que han olvidado definitivamente la obligación de sostener a la familia y la educación de la prole, son aquéllos en los que el amor se ha tornado en odio, que viven y duermen en camas separadas, aquéllos que afectan y violentan a los hijos tanto física como moralmente, aquéllos en los que participan los padrinos, los testigos y otros amigos para buscar la reconciliación y que no dan frutos, aquéllos donde la ruptura es irreversible por la profundidad de sus ofensas e incomprensiones.

Entre ellos se ha roto o ha desaparecido definitivamente todo vínculo afectivo, en otras palabras el matrimonio se ha quebrado definitivamente y de modo irreversible. A menudo el alejamiento recíproco del marido y de la mujer es también el resultado de un largo proceso de desavenencias, de incompatibilidades, de diferencias de apreciación, de desajuste sexual o emocional. Estos matrimonios son la fuente de problemas cada día más graves, donde las primeras grandes víctimas son junto a los cónyuges, los hijos y también la sociedad.

En consecuencia, el matrimonio ya no resulta importante para los mismos consortes, los hijos, ni la sociedad y el Estado. Para ellos está dada la Ley y su Reglamento correspondiente.

**Ineficacia del procedimiento judicial.**- Todos sabemos que el procedimiento judicial siempre ha sido lento, costoso e ineficaz. Por esta razón la población se queja de la lentitud con que se tramitan los procesos de separación. Raúl Castro Stagnaro recordó que el costo de un divorcio en Lima no baja de los 3,000 nuevos soles, monto que está muy por encima del sueldo que recibe un buen número de ciudadanos que sólo cobra el sueldo mínimo. Por último estos procesos judiciales resultan ineficaces porque generalmente los cónyuges ya están separados y formando otros hogares cuando se pronuncian las sentencias.

La regulación del matrimonio en estos días no puede ignorar la existencia de un número considerable de matrimonios gravemente desavenidos. La ley, si no quiere ignorar la realidad de estos

matrimonios 'rotos', tiene que ofrecer a los afectados una solución o un remedio que les permita salir de esa situación; por eso, ahora la ley, franquea a los cónyuges un camino para liberarse de las ataduras de un casamiento ya fracasado. Todo ello evidencia su carácter excepcional pues no se puede decir que el divorcio sea la causa final de la ruptura matrimonial, desde que en la práctica, el matrimonio ya estaba roto.

Desde luego, la referida nueva Ley tiene por objeto también disminuir la carga del Poder Judicial permitiendo desjudicializar asuntos contenciosos y llevarlos a cabo de una manera menos engorrosa, más rápida y económica en la vía no contenciosa. En efecto, en la actualidad el proceso judicial de separación convencional implica la inversión de mucho tiempo y dinero a diferencia de la separación convencional en la vía municipal o notarial que se supone será un procedimiento más expeditivo y eficaz, situación que resulta explicable cuando dicha disolución es buscada por personas que están totalmente de acuerdo en poner fin a su matrimonio. Por esta razón, muchos afirman que la iniciativa tiene por finalidad generar ahorro al Estado y a los ciudadanos, que buscan contribuir a un adecuado y eficiente manejo del sistema judicial.

#### 4. REFLEXIONES ACERCA DE LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO.

La familia como fenómeno jurígeno.- El matrimonio es un fenómeno jurígeno en el que convergen intereses particulares, del Estado y de la sociedad. En efecto, el matrimonio y el divorcio no sólo pertenecen al ámbito del Derecho privado, sino que está íntimamente vinculado con el Derecho público y social. Tanto el matrimonio como el divorcio pueden ser necesarios para la pareja desde que son intereses particulares e íntimos que están en juego, pero también interesan al Estado como familia sólidamente constituida y fundamento de la Nación; sin embargo, no puede conformarse con la ordenación natural de la familia en vista de la importancia que reviste para los individuos y la sociedad.

Por su parte, Valencia Zea, expresa que la familia es el organismo social más importante, pues la familia de base matrimonial actual constituye el

fundamento de las naciones civilizadas. Con razón se ha dicho que el progreso de las naciones y de los grupos humanos en general, dependen más de la institución familiar que de la prosperidad de las empresas particulares o del Estado mismo.

Una familia bien integrada es base sólida para un Estado fuerte y una nación que se desarrolla progresivamente; al contrario, una familia desintegrada, será elemento perjudicial para el desarrollo nacional, por eso, en nuestro país reconociendo la trascendencia que tiene la familia se ha dado la Ley N° 28542 de 16.06.05 denominada Ley de Fortalecimiento de la Familia.

**Crisis o mutación de la familia.**- En doctrina actualmente se debaten dos aspectos: por un lado, si la familia y el matrimonio se encuentran en crisis o sólo sufre una mutación y, por otro, la prevalencia de la familia de derecho o la de hecho.

Sobre el primer aspecto, se discute si la familia está en "crisis" o sólo tolera una "mutación". Un hecho que no se puede negar es la profunda crisis en que se debate gran parte de la familia del mundo entero, por eso -Cornejo Chávez dice- la crisis es tanto más grave cuando los factores internos de disolución, nacidos de la inmadurez, la impreparación o la irresponsabilidad, resultan agravados desde fuera por la degradación morbosa del sexo, la exaltación de la infidelidad y del amor libre. La exhibición descarada de la pornografía, el alcoholismo, la drogadicción, el homosexualismo, la prostitución que minan la familia y erosionan desde su interior los cimientos mismos de la comunidad civil.

En contraste, existen autores que dicen que se trata más bien de una "mutación". La profesora argentina María Laura Malespina refiere, que la familia como institución (...) ha sufrido muchas crisis producto del carácter dinámico de sus componentes a lo largo de la historia. Pero este elemento aparentemente negativo, denominado 'crisis' no es tal, sino que debemos interpretarlo como 'mutación considerable' que se realiza por la propia evolución, esto es 'la marcha propia de toda la fuerza de la humanidad'. Los fenómenos que van modificando la estructura familiar, llegando a amenazar su propia existencia con el au-

mento de las uniones de hecho, la familia proveniente de la reproducción médicamente asistida y los descubrimientos de la tecnología biomédica.

Trátase ya, de una crisis o de una mutación, lo importante es dar soluciones a los diferentes problemas que viene planteando la familia. Resolver esta problemática, particularmente de los matrimonios gravemente desavenidos es sumamente difícil y complejo. Desde el punto de vista jurídico, se plantea la separación convencional y divorcio ulterior en municipalidades y notarías, como una forma de resolver los padecimientos que sufren los cónyuges y sus hijos. De otro lado se vienen dando una serie de declaraciones internacionales, normas constitucionales y leyes especiales con el objeto de promocionar y proteger a la familia frente a los nuevos retos que plantea. Por eso, muchos autores estiman que un matrimonio hundido en el fracaso y la incompreensión deben desaparecer y la ley debe franquearles un camino para ello.

**Promoción del matrimonio o divorcio convencional.**- La promoción del matrimonio es un postulado que consiste en incentivar o fomentar la celebración del matrimonio y en lo posible para propiciar la conservación del vínculo matrimonial celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Tiene que ver con los incentivos para que las parejas jóvenes prioricen la celebración del matrimonio, pero no las uniones de hecho; de modo que quienes viven en concubinato deben transformar esa unión fáctica en una unión de derecho.

A diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979 que sentaba el principio la protección del matrimonio, la Constitución de 1993 en el segundo párrafo del artículo 4° declara que protege a la familia y promueven el matrimonio. A su vez el numeral 233 del Código Civil señala que la regulación de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios proclamados en la Constitución Política del Perú.

Una norma que implica la protección de la familia y la promoción del matrimonio, la encontramos en la Ley del Fortalecimiento de la Familia, Ley N° 28542 de 17.06.05, que "tiene por ob-

jeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros y velando especialmente por aquellas familias que se encuentran en situación de extrema pobreza", principalmente, destinado a "promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio".

Para el cumplimiento de tan importante objeto el Estado desarrollará entre otras políticas públicas las siguientes acciones: (i) Tendientes a la orientación, apoyo y asistencia para el cumplimiento de los fines de la familia. (ii) La atención prioritaria de las familias en situación de extrema pobreza, pobreza o riesgo social, así como de las familias jefaturadas por mujeres. (iii) La promoción de las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre. (iv) La promoción de la estabilidad de la familia basada en el respeto entre todos sus integrantes. (v) La celebración, por parte de los gobiernos locales, de convenios con instituciones públicas o privadas para brindar consejería familiar. (vi) La promoción a nivel regional y municipal de planes, programas, proyectos y servicios especializados de fortalecimiento de la familia. (vii) Promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio. (viii) Capacitar a fiscales, jueces, médicos, maestros, policías, personal de salud y funcionarios municipales, entre otros, en temas de fortalecimiento familiar.

### **Nueva concepción acerca del matrimonio y el divorcio.**

- El nuevo sistema del divorcio-remedio y divorcio-convención plantean un nuevo pensamiento sobre el matrimonio, cuya permanencia no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales. Estima el casamiento como la unión de un varón y una mujer con intención de hacer perdurable la vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligar a mantenerse unidos, cuando dicha unión matrimonial ha fracasado. Se dice que el matrimonio ha fracasado cuando los propios consortes han intentado renormalizar su vida conyugal, cuando han intervenido terceros o especialistas buscando su re-

conciliación, pero que debido a la existencia de causas irreversibles no es posible tal propósito.

El divorcio no es un atentado contra la buena organización y estabilidad de la familia y de la sociedad como algunos expresan con ligereza o bajo la influencia de algún prejuicio, pues, todas las escuelas filosóficas y jurídicas buscan el fortalecimiento de la familia y el matrimonio como célula fundamental de la sociedad; sin embargo, es necesario saber de qué familia o matrimonio se trata de fortalecer, se supone que es la familia normal y feliz o la socialmente aceptada, pero de ningún modo de aquella familia matrimonial ya fracasada o destruida que antidivorcistas pretenden perpetuar a cualquier precio.

De esta forma una pareja puede separarse y divorciarse convencionalmente sólo cuando el juzgado, el alcalde o notario hayan comprobado que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, para los hijos y con eso también para la sociedad. Esta doctrina se ha afirmado después de la segunda guerra mundial, especialmente en los países como Polonia, Alemania, Rumania, Checoslovaquia y ahora en el Perú, prometiendo ser el sistema del futuro.

### **CONCLUSIONES.**

1ra. La nueva Ley genera polémica, para unos - que la defienden- agilizará los procesos engorrosos de divorcio en el Poder Judicial haciéndolos más rápidos y menos onerosos en las municipalidades y notarías; mientras que para otros, la norma impulsa la separación de las familias.

2da. La nueva Ley sobre Separación Convencional y Divorcio Ulterior se enmarca dentro del sistema divorcista que adoptamos desde los códigos civiles de 1936 y 1984, por lo tanto, no conspira contra la Constitución, menos atenta contra la estabilidad de la familia.

3ra. La Separación Convencional y Divorcio Ulterior en municipalidades y notarías sólo será factible para aquellas parejas matrimoniales que han fracasado y que dicha unión conyugal ya no resulta importante para los esposos, los hijos, ni para la sociedad y el Estado. La piedra de toque debe

ser, entonces, la profundidad de la ruptura y su irreversibilidad.

4ta. La nueva Ley regula el procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en municipalidades y notarias. No se ha dado para favorecer las separaciones y divorcios por causas nimias o intrascendentes, sino para los matrimonios destruidos o 'rotos' que carecen de hijos menores o incapaces y de bienes sujetos al régimen de la sociedad de gananciales o que los tengan resueltos legalmente.

## BIBLIOGRAFIA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima: Studium, 1985. Tomo I.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Derecho y Derechos de Familia. Su tratamiento en el Derecho. Lima: Grijley, 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis y otros autores. El Fin del Derecho. Una famélica manera de matar dogmas y prejuicios jurídicos. Tacna: Fondo Editorial del LCD.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA Y LA ASSOCIAZIONE DI SDTUDI SOCIALI LATINOAMERICANI ASSLA. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Lima, Cuzco, 1986.

LAURA MALESPINA, María. Fecundación Humana Asistida. Desafíos para el Derecho de Familia. Actualidad Jurídica. Publicación Mensual de Gaceta Jurídica. T. 95, octubre 2001.

ARIAS-SCHEREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil, Lima: IDEMSA. 2008.

PLÁCIDO V. Alex. Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

## EL PODER IRREVOCABLE

César Suri Alvarez \*

*«La irrevocabilidad busca que el otorgamiento permanezca vigente aún sin que el otorgante lo quiera, lo que desnaturaliza el acto de delegación de poder, ya que siendo una relación personalísima donde el actor principal es el poderdante por estar en juego su interés, éste debería contar siempre con la posibilidad de dejar sin efecto la delegación, es decir, revocar su decisión».*

\* Registrador Público de la Zona Registral N° XIII-Sede Tacna, docente de la Universidad Privada de Tacna.

### **DEFINICIÓN DE PODER:**

Según el "Vocabulario Jurídico" de la Asociación Henri Capitant (Editorial Temis, Santa Fe de Bogota 1995), se entiende como poder al dominio del hecho, la autoridad, el atributo, la capacidad, competencia, etc.

Aptitud para ejercer los derechos de otra persona y para obrar por cuenta de ésta, dentro de los límites de la investidura recibida.

De estas definiciones podemos concluir que en términos generales el poder es la potestad de obrar, es decir, la facultad que una persona tiene. Así se tiene el poder de propietario, el poder de acreedor, etc. es decir se tiene la facultad de actuar como propietario, como acreedor, etc.

### **DELEGACIÓN DE PODER:**

Si ese es el poder, entonces cuando se delega, lo que se entrega es la facultad para actuar como si fuera el titular. Claro está que la actuación de quien recibe el poder es conforme a lo que concretamente recibe.

Así en el "Diccionario Jurídico" de la Asociación No Hay Derecho (Ediciones Legales San Marcos-Lima 2005) el poder es la facultad concedida al representante para obrar en nombre y por cuenta del representado.

Podemos decir que ese obrar en nombre de una persona, no es si no una actuación como si estuviera presente el mismo titular, por lo que podemos decir que el interés con que se actúa cuando se ha recibido un poder no es el propio, sino que es un interés ajeno (el del representado o poderdante).

### **ACTO DE CONFIANZA:**

Para que una persona delegue en otra la facultad de actuar poniendo en juego su propio interés, debe existir, más allá de la razón misma de imposibilidad de actuar de la propia persona, una cualidad en la persona que recibe el poder. Efectivamente esa cualidad que una persona ve en la otra es algo desconocido para los terceros, por lo que sólo podemos entender que para que ello ocurra debe existir confianza de una para la otra.

Según el "Vocabulario Jurídico" de la Asociación Henri Capitant (Editorial Temis, Santa Fe de Bogota 1995) "confianza" es creencia en la buena fe, lealtad, creencia en sus capacidades. Ello implica que la delegación de poder es un acto de confianza, es decir, un acto por el cual una persona confía en la lealtad de la otra, en la capacidad que dicha persona tendrá para defender el interés ajeno (interés del poderdante).

Siendo el otorgamiento de poder un acto basado en la existencia de confianza, es legítimo que desaparezca cuando dicha confianza ha desaparecido.

### **EXTINCIÓN POR PÉRDIDA DE CONFIANZA:**

De lo indicado anteriormente podríamos decir que una vez pérdida la confianza automáticamente el poder queda extinguido; sin embargo no es así dado que siendo el poder un acto jurídico, necesita del requisito esencial de todo acto que es la manifestación de voluntad. Es por esa razón que no existe presunción alguna en la norma que implique una extinción automática del poder por la causal de pérdida de confianza. Esta debe manifestarse de manera indubitable, es decir, el poderdante debe dejar en claro que la percepción que él tenía respecto de la persona delegada al momento del otorgamiento del poder, ha desaparecido o ha cambiado al punto de ya no tenerle confianza.

La otra razón es que siendo esa confianza un lazo que sólo pueden entender poderdante y apoderado, la relación creada es una de naturaleza personalísima, es decir, que sólo involucra a tales actores, aunque, claro está, los efectos del otorgamiento del poder tendrán incidencia en actos con terceros. Así por la naturaleza de esta relación no puede presumirse cosa alguna, ya que el Estado no puede regular una relación que le resulta de interés desconocido, ya que no corresponde al interés público sino privado; salvo aquellas cuestiones referidas a los efectos del otorgamiento de poder que pudiera afectar derechos de terceros, ser ilegal, ir en contra de las buenas costumbres o ser contrario al orden público.

### **IRREVOCABILIDAD DEL PODER:**

Por lo antes referido podríamos decir que el po-



der siempre debería ser revocable, o sea que el poderdante en cualquier momento podría dejar sin efecto el otorgamiento, lo que implicaría retirar la confianza al apoderado. Entonces ¿por qué mantener a los actores en una relación donde el actor principal o cuyo interés está en juego, ha perdido la confianza que le tenía al otro?

La irrevocabilidad busca que el otorgamiento permanezca vigente aún sin que el otorgante lo quiera, lo que desnaturaliza el acto de delegación de poder, ya que siendo una relación personalísima donde el actor principal es el poderdante por estar en juego su interés, éste debería contar siempre con la posibilidad de dejar sin efecto la delegación, es decir, revocar su decisión.

### IRREVOCABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Según el Art. 153 del Código Civil de 1984 "El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.

El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año".

Según dicho texto legal quien otorga poder puede hacer que su delegación permanezca en estado de irrevocabilidad, siempre que esté referida a alguna de las siguientes circunstancias:

#### -Acto Especial:

Es decir que la delegación consista en otorgar poder para la realización de un acto especial. Por antonomasia debe entenderse como especial aquello que no es general. A tal efecto nos remitimos al Art. 155 del Código Civil de 1984 que establece que: "*El poder general sólo comprende los actos de administración*". Según el "Vocabulario Jurídico" de la Asociación Henri Capitant (Editorial Temis, Santa Fe de Bogota 1995) acto de administración es aquél acto ordinario de explotación de un bien o de un conjunto de bienes. Es decir, acto de administración es aquella explotación natural que razonablemente corresponde a un bien. Así por ej. respecto de un vehículo lo natural será mantenerlo con combustible, hacerle su limpieza permanente, medir el aceite todos

los días, poderlo conducir dentro de las vías adecuadas para el tipo de vehículo, etc. En cambio en una casa no tendrá que llenarse combustible o medir diariamente el aceite, pero si tendrá que hacerse una limpieza permanente y cuidar sus estructuras, así como dársele el uso normal (vivienda, comercio, oficina, según el caso).

Luego el Art. 155 en comentario, en su segundo párrafo indica: "*El poder especial corresponde a los actos para los cuales ha sido conferido*". Entonces dentro de las facultades especiales seguramente no estarán las referidas al cuidado normal de una vivienda, como podría ser su limpieza permanente, sino facultades especiales, como poder dedicarla a un fin distinto al normal. Por ej. el bien dado como vivienda sólo permitirá usarlo como tal, en todo caso podrá usarse para oficina si es que se cuenta con esa facultad especial.

Entonces, una vez más, lo especial es aquello que está mas allá de lo ordinario, para cuya ejecución se necesitará poder especial.

#### -Tiempo Limitado:

En principio no se puede determinar cuando acabará la confianza, por lo que el poder tiene carácter ilimitado, salvo cuando el poder es para un acto concreto cuya eventualidad de ocurrencia es conocida, en cuyo caso quedará agotado una vez el acto sea realizado. Sin embargo en mérito al principio de autonomía de la voluntad, el otorgante puede limitar el ejercicio del poder por lo que puede establecer un plazo para el ejercicio del poder.

#### -Interés Común o de Tercero

Como ya se dijo, el interés que está en juego en un otorgamiento de poder es el del otorgante, por cuya razón es él quien tiene el dominio de la relación personalísima de la representación. Sin embargo, dice la norma, que puede existir un interés que convenga a poderdante y apoderado, o que convenga a tercera persona, en cuyo caso ya no existe una situación de dominio para el poderdante, por cuya razón se debe limitar su derecho de revocación haciendo que el poder sea irrevocable por cierto tiempo.

Como se puede advertir las situaciones que pueden ser invocadas para la irrevocabilidad, respon-

den a cuestiones extraordinarias, que, a mi entender, por más singularidad que contengan no justifican esa limitación al derecho del representado o poderdante.

En caso del acto especial el poderdante sigue teniendo el dominio de la relación personalísima, dado que el interés en juego sigue siendo el suyo, por lo que no hay justificación para la irrevocabilidad.

En caso del tiempo limitado, casi me quedaría sin argumentos para inferir por que no procede la irrevocabilidad. Es tan elemental que bastaría con decir que el tiempo no es un elemento esencial del poder. Sin embargo, diremos que hay dos cuestiones a tener en cuenta en este tema. Primero que el plazo lo establece quien otorga, por que, como tantas veces se dijo, la posición dominante la tiene el poderdante por ser el titular del interés. Segundo el plazo no es un elemento esencial del poder, ya que siendo un acto personal basado en la confianza, no se puede determinar cuando ésta acabará, por lo que el plazo es indeterminado, indefinido o ilimitado. Entonces tampoco constituye una razón para la irrevocabilidad.

Finalmente tal vez la causal que podría hacernos dudar es aquella referida a la existencia de un interés común o de un tercero, que por ser igual al interés del poderdante merecen igual protección y por tanto no se le puede dar la arbitrariedad de la revocación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que siempre en el otorgamiento de poder, quien actúa en representación de alguien, lo hace en nombre de dicho otorgante, por el interés que él tiene. Así que si el pierde interés no tiene por que mantenerse en una relación contraria a su interés. En todo caso existen otros mecanismos para crear relaciones que protejan intereses comunes o de terceros como los contratos. Así tenemos los contratos recíprocos (preparatorios o definitivos) o los contratos a favor de terceros.

De esta manera no hay razón que justifique la limitación impuesta por la norma para el ejercicio del derecho de revocación del poder otorgado.

Por si alguna duda cabía, bastará con remitirse al Art. 164 del Código Civil de 1984, donde se

establece que: "*El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado ...*" Es decir, que el interés no es del representante sino del representado, siempre lo será.

Que pasaría si el interés del representado desaparece o el otorgamiento del poder es contrario a su interés, por la irrevocabilidad se le estaría obligando a cumplir prestaciones con las que no está de acuerdo o lesionan claramente su interés. Si por allí se está pensando que al permitirse la revocación, cuando existe interés común o de tercero, se estaría perjudicando tales intereses, diremos que existe el resarcimiento de los daños y perjuicios, vía responsabilidad civil.

Lo que no debe ocurrir es desnaturalizar la relación personal del poder y convertirla en una relación contractual, en la que siempre hay dos o más intereses en juego, por ser una relación bilateral o plurilateral.

#### **Precedente Administrativo**

Existe una interesante Resolución del Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao (Res. N° 417-2001-ORLC/TR de fecha 26-09-2001) que entre otras cosas indica "*que en tanto el poder parte de un acto unilateral de libre voluntad del representado..., debe primar con la admisión de la revocación del poder irrevocable la salvaguarda de dicho interés, en contraposición con el de preservar el interés del representante o del tercero...*". Se está relevando la primacía que tiene el interés del representado sobre el interés del representante y del tercero, dado que el acto parte de la voluntad del representado y sólo de él, mas no de otras personas.

#### **CONCLUSIÓN:**

De esta manera soy de opinión que debería derogarse el Art. 153 del Código Civil Peruano, a fin de no limitar el derecho a la revocación, que por una cuestión natural de la relación personalísima del otorgamiento de poder, corresponde al poderdante o representado. Si en todo caso lo que se quiso fue darle cierta garantía a los efectos e intereses ajenos al del representado o poderdante, podía utilizarse otros mecanismos como los contratos preparatorios, recíprocos, los contratos a favor de terceros u otros similares.

## **SOBRE EL PROTOCOLO DEL ABORTO TERAPÉUTICO EN LA REGIÓN AREQUIPA**

Juan Carlos Valdivia Cano \*

*«El llamado "aborto terapéutico" no es un delito. Es una interrupción "no punible", un hecho de salud, no de poder. No se requiere de otra norma jurídica para legitimar el protocolo, sin el cual no podría cumplirse lo que ese artículo permite a la gestante. Basta y sobra con el artículo 119, que tiene rango de ley. Basta con la Constitución. Sin embargo, más que obligatorio, el protocolo es necesario».*

\* Ex decano de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Privada de Tacna.  
Profesor de la Escuela de Post Grado.

### Sumario:

- 1.- Sumario
- 2.- Fundamentos jurídicos
- 3.- Comentario a la demanda de Acción Popular del congresista Juan Carlos Eguren
- 4.- Epílogo.

## INTRODUCCIÓN

Según el artículo 119 del Código Penal peruano - con rango de ley- las interrupciones del embarazo no son punibles en dos casos: uno, cuando el alumbramiento pone en peligro la vida de la gestante y dos, cuando su salud corre riesgo grave y permanente. En consecuencia, cuando se dan estos supuestos legislativos, la gestante tiene derecho a decidir la interrupción de su embarazo y a demandarlo a la institución de salud. Nadie habla de "derecho al aborto" (salvo los enemigos del aborto). Aquí hablamos del derecho a la vida y a la salud de la gestante.

En esos casos, como en cualquier problema de salud (sobre todo si es grave) los organismos de salud deben atender esa demanda no sólo por obligación legal, como se puede deducir del aludido artículo 119, sino también por deber de solidaridad. Y deben hacerlo con el máximo de garantías médicas, como lo prescriben normas nacionales y tratados internacionales. Precisamente por eso debe haber un protocolo: para que esa obligación legal del Estado sea aplicable en las mejores condiciones médicas. Esas condiciones son más importantes de lo que uno puede imaginar, hasta que lee un protocolo.

El aborto es un delito, la palabra aborto implica conducta delictuosa, y aquí no hay delito. El llamado "aborto terapéutico" no es un delito. Es una interrupción "no punible", un hecho de salud, no de poder. No se requiere de otra norma jurídica para legitimar el protocolo, sin el cual no podría cumplirse lo que ese artículo permite a la gestante. Basta y sobra con el artículo 119, que tiene rango de ley. Basta con la Constitución. Sin embargo, más que obligatorio, el protocolo es necesario. Y depende de la mujer que se encuentra en ese caso, no de la sociedad, el Estado, o la Iglesia. ¿Cómo puede ser razonable que se admita "el aborto terapéutico" y a la vez se suspenda o bloquee el protocolo que sirve para aplicarlo con garantía?

Muchos peruanos no hacen distinciones entre los diversos tipos de interrupciones del embarazo. Están contra todo "aborto", debido al carácter absoluto que le atribuyen al derecho a la vida, aunque citen la Constitución. Ésta, sin embargo, no reconoce derechos absolutos: ni la libertad, ni la igualdad, ni la propiedad son absolutas, por ejemplo. Si el Código dice "no punible" no es por capricho, arbitrariedad, frivolidad o locura del legislador, sino porque hay razones ineludibles, que trataremos de dar en este trabajo.

Al insinuar el carácter absoluto del derecho a la vida, desenmascaran la identidad moral o religiosa de sus argumentos, disfrazados de jurídicos.

Frente al problema que plantea el artículo 119, de peligro de muerte para la gestante que decide salvar su vida, interrumpiendo el embarazo, sus detractores fingen no escoger (hay que salvar las dos vidas, responden) pero sí escogen al abogar por la vida del feto, contra el derecho a la vida de la gestante, aunque no lo declaren francamente. Salvar las dos vidas es una perogrullada y no viene al caso. Se trata del caso donde eso no es posible justamente.

Hay que insistir en que el problema es aquí estrictamente jurídico legal: la discusión sobre un artículo específico del Código Penal, que alude al mal llamado "aborto terapéutico". Por eso no debemos mezclar esta discusión con la del aborto en general, porque tratamos justamente de la excepción legal, de un caso específico distinto a la regla general que lo considera un delito. No valen fundamentos extra jurídicos, el caso es jurídico. Por cierto, no es suficiente con que sea legal para que sea legítimo. Pero la legitimidad es un valor exclusivamente jurídico.

Por otra parte, insinuar que "no hay derecho de aborto" es cómo decir que no hay derecho al delito: otra perogrullada. Pero si el "aborto terapéutico" no es punible, no puede ser delito. Y si no es delito no es propiamente un "aborto", en razón de la connotación penal de esta palabra, como se dijo ¿Qué insinúan cuando señalan, sin desarrollar la idea, que el Código Penal sólo establece una "exención de pena"? ¿qué es un delito sin pena? ¿que el hecho de no ser punible no tiene ninguna consecuencia jurídica? ¿qué la mujer que se en-

cuentre en esa situación está desamparada por el Estado y debe estarlo? ¿qué las instituciones de salud pública no deben intervenir? ¿qué no debe haber protocolo? Y si lo hubiera, ¿hay que suspenderlo o bloquearlo como sea?

Pero ¿qué hacemos con la gestante cuando está en esa situación prevista por el Código Penal en su artículo 119 y quiere salvar su vida? ¿obligarla a morir? no se debe: es inconstitucional. Quien se opone al protocolo se opone al "aborto terapéutico", promueve el aborto clandestino, fatal para la mujer pobre y sin educación. Ella no sabe de excepciones, ni de "estado de necesidad", ni de "legítima defensa". Para muchos peruanos el "aborto terapéutico" es un aborto más, o sea un delito más. Conducta irrazonable, si aplicamos la idea de Manuel Atienza según la cual una conducta lo es, cuando no hace distinciones o diferencias donde las hay.

Sin embargo, hay dos aspectos que callan: uno, que en defensa de la vida del feto, colisionan con el derecho a la vida y a la salud de la gestante, que no vale ni más ni menos. ¿Hay manera más absurda de defender el derecho a la vida, que proponiendo tácitamente la muerte de la gestante o un daño grave a su salud, como alternativa a la vida del feto? Olvidan que aquí sólo discutimos sobre el "aborto terapéutico" y en este supuesto alguien va a morir de todas maneras, el feto o la gestante, o contraer una enfermedad grave y permanente. Ese es el caso y no otro. Y la ley ya lo ha resuelto. Falta cumplirlo. Falta protocolo.

Dos: que a pesar de sus buenas intenciones, de acuerdo al mismo artículo 2 de la Constitución, a nadie le podemos exigir que adquiera un mal grave o permanente o se deje morir, por más inmoral que nos parezca su actitud (o sea la de preferir la propia vida a la del concebido). Es una conducta inexigible, como dice José Caro John. Puede ser mala moralmente para muchos, pero es lícita jurídicamente. Y no hay que ser una lumbrera para deducirlo del artículo 119 CP. La gestante también tiene derecho a la vida y a la salud. No es entonces que se prefiera su vida a la del concebido, sino que no se le puede o debe exigir que vaya contra ella misma, que renuncie a su derecho a la vida o a la salud; con mayor razón si los derechos fundamentales son irrenunciables.

Ella, no nosotros, tiene derecho a tomar esa decisión, o no. Y el Estado obligación de atenderla.

A pesar de los detractores del "aborto terapéutico", los derechos humanos no son absolutos (no serían humanos): ni siquiera el derecho a la vida. Por eso existen las figuras de "estado de necesidad" ex culpante o justificante y la "legítima defensa", para ciertos casos excepcionales pero posibles, como éste que estamos discutiendo. ¿Qué sentido tendrían estos dos institutos si el derecho a la vida fuera absoluto? Por eso existe la pena de muerte también, porque el derecho a la vida no es absoluto. No hay absolutos jurídicos en el derecho democrático moderno. La democracia acabó con el absolutismo justamente.

Y si el artículo 119 CP no le parece constitucional a alguien, ¿por qué no gestiona la inconstitucionalidad? Pero ¿qué argumentos puede dar quien quiere imponer paradigmas no jurídicos, haciéndose pasar como defensor de la vida y de la Constitución?. ¿Por qué se limita a estrellarse contra el protocolo? Respuesta: porque estando absolutamente contra el aborto, están contra el "aborto terapéutico", aunque lo nieguen o lo oculten. Tiene que fingir o enmascarar su posición. Saben que ningún país civilizado tomaría una decisión tan bárbara, como la de penalizar lo despenalizado hace casi 80 años en nuestro sistema jurídico: por eso sólo se estrellan contra el protocolo. Pero quien está contra el protocolo está contra el "aborto terapéutico" y contra la mujer pobre y sin educación. Esta última de todas maneras abortará, pero sin protocolo y sin garantía médica.

Y no digan que las estadísticas sobre el "aborto terapéutico" son bajas, porque no es una cuestión de estadísticas sino un asunto cualitativo, un asunto de valores encontrados. Aunque no hubiera ni un sólo caso, bastaría con la posibilidad para regularlo jurídicamente. Y si se hacen estadísticas, hay que considerar también las interrupciones clandestinas.

En el fondo, está en juego el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y su salud, el derecho a no ser madre si no quiere serlo, y que no lo decida el médico, o el juez, o el fiscal, o el experto, sino la mujer, simplemente porque "la defensa de la

persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", como dice el artículo 1 de la Constitución. La sociedad y el Estado deberían estar a su servicio y no al revés. Y digno es un ser con derecho a decidir su propio destino.

Nada anti jurídico ni "satánico" puede tener un protocolo, que sirve para que la institución médica cumpla con lo que la ley permite a la mujer gestante, que se funda en su legítimo derecho a la vida y a la salud. Y si ella decide sacrificar su vida para que sobreviva la del concebido, también está en su derecho.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Un principio fundamental en el cristianismo es el de "dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios", análogo al fundamento sustancial del principio republicano de laicidad: de separación entre la(s) Iglesia(s) y el Estado. La Iglesia no tiene atribución ni potestad para inmiscuirse en los asuntos jurídicos, en los asuntos del Estado. No es o no debe ser una especie de Senado Consulto "romano", un poder político, aunque lo sea de hecho. Y el Estado, por su parte, permanece neutral frente a las iglesias o frente a los grupos ideológicos no creyentes, si es republicano de verdad.

Res-pública es cosa de todos, asunto de interés público. Mayorías y minorías. Como se conforma por personas y las personas son singulares, (piensan y sienten distinto) y tienen que vivir en común, este Estado permite a todas pero no protege a ninguna Iglesia o grupo ideológico - creyente o no. Eso es neutralidad ideológica. Porque si privilegia a uno, necesariamente discrimina a los otros contra el principio de igualdad ante la ley. Tampoco los combate. En Cuba se privilegia el ateísmo contra el catolicismo; en el Perú ocurre al revés (véase el artículo 50 de la Constitución que, ese sí, se cumple a la letra). Ninguno de los dos puede llamarse propiamente Estado "republicano". Lo malo es que, el Perú, pretende hacerse pasar por tal.

A pesar que el artículo 119 del Código Penal establece expresamente que "no es punible" la interrupción terapéutica del embarazo cuando con ello se puede salvar la vida de la gestante, o evitarle

un mal grave y permanente, sin embargo, como tantas veces ocurre en el Perú, esa norma no ha podido hacerse efectiva hasta ahora porque, según se dice, falta el protocolo. Este sirve para realizar esas interrupciones con el máximo de cuidado médico: es una guía que facilita esa práctica y la garantiza.

Esa práctica que la ley sigue llamando aún, equivocadamente, "aborto", con la connotación delictuosa que el término acarrea; término que resulta impertinente tratándose de una acción que el mismo Código considera "no punible". Y ya sabemos qué condiciones deben darse para que un hecho pueda ser considerado como delito: que sea objetivamente típico, anti jurídico, culpable y subjetivamente doloso. Y eso lo determina la norma legal, conforme a la Constitución.

"El protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo", que fue formalizado mediante Resolución de la Gerencia de Salud del Gobierno Regional (suspendido luego por dicho gobierno) que encabeza el doctor Miguel Alayza Angles, consta de un serie de indicaciones médicas para realizar dicha interrupción: las entidades clínicas que lo justifican, la infraestructura, el equipamiento, los insumos, el procedimiento administrativo, el rol de la Junta Médica, la evaluación y preparación clínica, el procedimiento laboratorial, la Anamnesis, los exámenes auxiliares, el uso de inmunoglobulina anti-RH, los procedimientos de evacuación del útero, los métodos de evacuación en detalle, el control del dolor, la prevención y control de infecciones, el examen del tejido después de la evacuación, el uso del Misoprostol, los métodos de evacuación entre las 13 y 20 semanas, el manejo de las complicaciones de la evacuación, el seguimiento y consejería en esos casos, la anticoncepción, los cuidados post-interrupción del embarazo, etc. Y todos los casos médicos en que la gestante tiene el derecho de tomar la decisión de interrumpir el embarazo. En el Perú toda interrupción es delito, salvo el caso que nos ocupa: el "aborto" terapéutico. Por eso, strictu sensu, no es jurídicamente ni delito, ni "aborto", si la palabra tiene connotación criminal.. Es una excepción.

El principal problema aquí es, además de los insidiosos prejuicios eclesiásticos, la ignorancia o

desinformación al respecto; factores bien vinculados, por cierto. Incluso un diario de circulación nacional, que no es "chicha", lo demuestra en su titular de hace algunas semanas: *"En Arequipa legalizan aborto cuando peligra la vida de la madre"*. Obviamente no se trata de legalización, que ya está consagrada en el Código Penal desde hace casi ochenta años. Tampoco se trata de "aborto", que es un delito, típico, anti jurídico y culpable. Se trata sólo de los casos donde peligre la vida de la gestante o para evitarle un mal grave o permanente...contra el derecho del feto. Nadie lo niega.

El reconocimiento al derecho a la vida y la salud de la gestante no consiste en que el juez, o el legislador, o el voto popular, prefiera y decida a favor del derecho de la gestante, en contra del derecho a la vida del feto, como muchos creen. Ocurre simplemente, que no depende de la autoridad sino de la gestante. Ninguna autoridad, ningún ciudadano pueden obligar a nadie a morir o a contraer un mal grave o permanente. Hay que insistir en que eso es inexigible. Y sólo en eso radica su defensa.

No hay preferencia.

La tipicidad se refiere no a los hechos sino a las características que la ley señala como indispensables para que un cierta conducta sea considerada como delito: es aplicación de un criterio, no la descripción de una realidad. Como dice el Diccionario Cabanellas, tomando a Jimenez de Asúa, deben estar "definidos por el código o las leyes para poder castigarlos (...). Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto el tipo legal es la abstracción que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito (...). En la tipicidad no hay ´tipos de hechos´ sino solamente ´tipos legales´, porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal".

En otra palabras "no hay delito sino definición de delito" (lo recuerda Cristian Peláez a propósito de Foucault) la ley dice lo que es delito. La ley crea el delito. El aborto en general es solo una abstracción, no existe como hecho. El aborto terapéutico

es un hecho concreto y no puede ser típico ni antijurídico, por que si fuera así sería un delito y no puede ser delito un hecho que no está contra el derecho sino a favor de él, ni culpable, porque la ley lo dice expresamente. Tal vez no era necesario, pero lo dijo.

En otras palabras, la interrupción terapéutica del embarazo no puede ser una conducta "típica" porque para eso tendría que ser delito. Sólo lo que es delito puede ser tipificado como tal. Tipificar es calificar un hecho como delito. El "aborto" terapéutico más bien es un caso atípico, y lo excepcional es atípico por definición. Menos puede ser "culpable" cuando la propia norma legal lo considera "no punible", lo exonera de culpabilidad por ser de necesidad exculpante. Está respaldado por el artículo 119 del Código Penal y una buena cantidad de normas internacionales y nacionales que mencionamos aquí. Y no viola ninguna, no es un hecho ilícito sino perfectamente lícito. El ejercicio del derecho a la vida de una mujer, aún a costa de la vida del feto, no puede ser un delito porque se trata del derecho de un caso excepcional. No se puede obligar a una mujer a soportar una gestación que puede causarle la muerte o un daño grave y permanente. Sólo dos países en América Latina lo criminalizan aún absurdamente.

La iniciativa tomada por la Gerencia Regional de Salud para normar la atención de la interrupción legal del embarazo, mediante la implementación de un Protocolo, ha sido promovida por el Comité por la Salud Sexual y Reproductiva del Consejo Regional de Salud. Ha contado con el respaldo de todos los Colegios Profesionales y la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología-Filial Arequipa, que han apoyado expresamente esta iniciativa regional en Pronunciamiento común debidamente firmado.

El arzobispo de Arequipa viola el principio cristiano y el principio republicano al actuar y opinar directamente contra las medidas que adopta una autoridad política elegida democráticamente, cuya "satánica" mente se ha limitado a hacer aplicativo, es decir, a hacer posible mediante la elaboración de un protocolo lo que una ley de la República reconoce: que no es punible el aborto cuando está médicamente claro que el inminente alumbramiento pone en peligro la vida o puede provo-

car daño grave y permanente en la gestante. Y si está permitido es necesario generar las condiciones para que pueda cumplirse, como lo disponen una serie de normas internacionales que citaremos más adelante.

Y como el Director Regional de Salud tiene una reconocida vocación social y respeta el derecho, hizo bien en cumplir con la ley haciéndola posible. Estaba obligado jurídicamente por esas normas. Y al hacerlo ha demostrado un raro valor al enfrentarse casi sólo a la mediocridad de los poderes. Este "satánico doctor" quiere más a Arequipa que las santísimas autoridades que lo satanizan. Sin embargo, dichas normas internacionales, la Constitución, el principio de descentralización, su Ley de bases, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el Proceso de Transferencias y, lo que es más importante, la razón, lo amparan.

Aunque no se ha culminado con la transferencia de competencias del poder central a los gobiernos regionales, la aprobación regional del protocolo no está desamparada jurídica y legalmente. Desde las normas más generales. Así por ejemplo las que aparecen como fundamentos para formalizar, mediante protocolo, el aborto terapéutico en la Provincia de Mendoza, Argentina: "La Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW), consagra 'El derecho de la mujer a acceder sin discriminación alguna a los servicios de atención médica y planificación familiar'. La Declaración y Programa de Acción de Viena prescribe que 'Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante indivisible de los derechos humanos universales'. En la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, se afirma que el tema del aborto es una problemática de salud pública, haciendo especial referencia a los organismos estatales de las consecuencias que tienen para la salud los abortos peligrosos. En los documentos de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, se define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social (...) También la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999, los gobiernos decidieron ratificar lo acordado en la Conferencia de Beijing en relación con los servicios de aborto: 'En circunstancias donde el aborto no esté en contra de las leyes, los sistemas de salud de-

*ben entrenar a sus proveedores y tomar otras medidas para asegurar que el aborto sea seguro y accesible. Deben tomarse medidas adicionales para proteger la vida de las mujeres (...)*» Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos ha recomendado al Estado argentino que "para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención", etc, etc. Y concluye señalando que: "La interpretación de las causales de no punibilidad citadas debe realizarse a la luz de las normas constitucionales y de los tratados de derechos humanos de rango constitucional que reconocen los derechos a la igualdad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, y a la no discriminación"

Y sería raro que no encontremos una función, de las sesenta que se han transferido en el sector Salud, que no tenga relación con la protocolización del aborto terapéutico. Así, en el "Proceso de Transferencias Sectoriales - 2007" (PCM), (El Peruano, 19 de abril 2007) encontramos atribuciones ya transferidas como: "Promover y ejecutar en forma prioritaria las actividades de promoción y prevención de Salud". O "promover y desarrollar experiencias y/o modelos regionales de operación y gestión de la promoción de salud en el marco de políticas y normas nacionales". La labor del Director Regional, con respecto al aborto terapéutico, iba como anillo al dedo en relación a estas funciones transferidas.

La descentralización es un principio constitucional, un principio general de derecho peruano y debe ser considerado así. Y ser tenido en cuenta cuando se trata de discutir competencias nacionales versus regionales. Es verdad que el gobierno peruano es, además de descentralizado, unitario y que el gobierno central tiene sus funciones generales exclusivas, sin embargo "Salud" no figura en ellas. Es una función compartida y ambos gobiernos, central y regional, deben actuar en estos casos en concordancia de políticas y funciones de acuerdo a ley de bases de descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Y justamente este sería un caso de concordancia y coordinación: el Código Penal en su artículo 119 y la Resolución Directoral de Salud aludida. El Código Penal, por ser ley, es una norma nacional que expresa y legitima el carácter unitario del go-



bierno; pero su implementación se lleva a cabo regional y descentralizadamente. Miguel Ramos Bohórquez con sencilla claridad señala: "La autonomía administrativa consiste en la libertad que se concede a una región, provincia, pueblo o ciudad para dirigir todos los asuntos que le conciernen a su administración regional, provincial o municipal (...). En la legislación vigente se define la autonomía como el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia en procura del desarrollo de sus respectivas circunscripciones, pero sin alterar la unidad de la nación". Si las demás provincias y la capital no han cumplido con elaborar y aprobar un protocolo, no hay ninguna razón para que Arequipa no lo haga.

Un protocolo de interrupción del embarazo, por razones terapéuticas, no altera la unidad de la nación, ni del gobierno, sino todo lo contrario: es el medio para cumplir bien con la ratio de la ley, expresión jurídica de dicha unidad por su carácter general y nacional. Tampoco viola ninguno de los variadísimos "principios rectores de las políticas y la gestión regional": como los de participación, transparencia, gestión moderna, rendición de cuentas, inclusión, eficacia, eficiencia, equidad, etc., etc".

La ley no dice que para aplicarse debe existir protocolo, pero es infinitamente mejor para la gestante en peligro que lo haya. Y el doctor Francisco Celis Mendoza (magistrado probo y profesor de derecho respetado por sus alumnos) especialista en el tema, aclara que no es un tipo penal "en blanco", es decir, no requiere de otra norma para aplicarse válidamente. Es de "aplicación directa" mediante protocolo y demás garantías médicas y administrativas. Y si un médico no practica una interrupción donde hay peligro de muerte o daño grave o permanente alegando que "no hay protocolo", está cometiendo un delito por omisión (art. 13 del Código Penal) contra el derecho a la vida o a la salud de la gestante.

Ese protocolo arequipeño podría y debería ser usado en todo el Perú sin ningún problema. Cumplir la ley no es un delito, ni acto satánico. Y hacer posible su cumplimiento es un deber, cuando es razonable. ¿No es razonable el artículo 119 del Código Penal? ¿o dejamos morir a la madre para salvar la del feto? Estaríamos violando el derecho a

la vida de la gestante reconocido ampliamente. Muchas opiniones moralistas se resisten a entender que en estos casos no hay tercera alternativa, solo hay dos.

Por otra parte, dentro de las competencias constitucionales de los Gobiernos Regionales está: "Promover y regular actividades y/o servicios en materia de (...) salud y medio ambiente conforme a ley", es decir, en este caso, conforme al Código Penal. La salud pública es una de las competencias "compartidas" del gobierno regional y nacional. El protocolo no requiere de una resolución del poder central (lo dice la *ratio legis*, la recta razón y el buen sentido) Vale porque protege con detalle el derecho a la vida de la gestante. El Código Penal lo considera como "estado de necesidad" en su artículo 20, frente al derecho del feto con el que colisiona. Es todo ¿Eso es asesinato? También lo sería salvar la vida del feto a cambio de la de la madre. Pero es asunto jurídico, no eclesiástico, no moral. El sistema jurídico peruano no se basa en valores católicos sino en valores modernos: como la democracia y la libertad, la dignidad y la igualdad de derechos.

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ¿Donde dice que para hacerse efectiva debe haber norma de por medio? Bastaría con la Constitución, si no hubiera el 119 CP ¿El legislador sabe más que el médico de las condiciones médicas que se requieren? ¿Para que se requiere una norma estatal con rango de ley si ya existe el 119 del Código Penal? Y tendría que haberse dispuesto eso explícitamente, si esa era la intención.

Si existe el protocolo, no aplicarlo es irracional y puede configurar un delito de omisión. Es una necesidad médica, no una obligación jurídica. Es asunto de salud (en sentido amplio e integral) no moral (normas tradicionales obligatorias inculcadas por la iglesia, en base a ideas absolutas), ni política. Es más razonable aplicar la interrupción del embarazo con un protocolo que sin él. Por eso oponerse a él es irracional y socialmente dañino y por eso ilícito. Y que el protocolo sea lo más razonable no es irrelevante para el derecho, sino todo lo contrario.

Si se da una situación como las previstas en el artículo 119 del Código, las instituciones médicas o

el médico eventual no pueden dejar de lado la solicitud de una gestante, no depende de su voluntad atenderla o no, es imperativo hacerlo. Eso no es difícil deducirlo de la ratio del artículo citado, del espíritu de la norma, para alguien que no esté enceguecido por el dogmatismo. Y el médico no puede alegar "criterio de conciencia" para justificar la muerte o un daño grave a la gestante, porque eso no es una justificación. No se debe dejar morir a una persona por cuidar la conciencia

El protocolo es como la pinza quirúrgica del médico: un instrumento. Es un derecho para la gestante y una obligación para la institución médica ante quien recurre la gestante. ¿Cómo podría ser punible aprobar médicamente un protocolo? ¿No es más punible oponerse a él? ¿Quién más podría aprobarlo si no son los médicos mismos? ¿Cómo podría ser delito aplicar el protocolo a la persona que lo requiere? ¿Cómo podría ser inconstitucional? En el caso de la interrupción terapéutica, no se están restringiendo los derechos del feto, como dicen los opositores del protocolo. No se trata de una mera "restricción" sino que el feto muere. Pero esa muerte está eximida de pena por el estado de necesidad fundado en el derecho a la vida de la gestante.

Lo que parece punible es oponerse abiertamente a la necesidad del protocolo, demonizando y satanizando a las autoridades cumplidoras de la ley que lo permite. Saben que si no hay protocolo aprobado médicamente, no lo van a aplicar, prolongando al infinito su incumplimiento. ¿Para que está el artículo 119 entonces? No quieren que haya protocolo porque no quieren que haya aborto terapéutico... ni ningún otro aborto. Eso es absoluto y fundamental, aunque sea irracional. Ese es el fondo: un dogma moral rígido, que no tiene valor jurídico y que no es de todos los ciudadanos, se presenta como "jurídico", como defensor del derecho y la Constitución.

Lo que queda es aprobar el protocolo y aplicarlo; ergo, cumplir con la ley en caso que una gestante lo solicite y si su situación de salud encuadra en uno de las dos supuestos de la norma citada. El legislador entiende, evidentemente que, si está permitiendo el aborto terapéutico, la institución médica que lo aplique tiene que hacerlo con protocolo, no sin él. Es jurídicamente lógico: eso sig-

nifica sustancial y no sólo formalmente lógico. Si es urgente tendrá que hacerlo si se lo solicita y si está dentro de los casos del 119 del CP. No confundir el derecho con su aspecto legal, puramente formal que, aun imprescindible, no agota el concepto de legitimidad: para esto tiene que ser razonable, justo y consensual. Y la Resolución Directoral aludida nos parece legal, consensual y justa.

Por eso nos extraña la actitud del Gobierno Regional al anular la aplicación de lo que su Director de Salud había hecho: presentar un protocolo y aprobarlo. ¿Cuál fue la razón de tremendo retroceso? La resolución Regional que suspende la aplicación del protocolo señala que como era tan polémico el asunto, lo iban a consultar con la Organización Panamericana de la Salud y con la Defensoría del Pueblo, a pesar que, calificando dicha resolución, reconocía que "era legal en su concepción y técnicamente muy solvente, al punto que ha merecido el respaldo institucional del Colegio Médico, del Colegio de Abogados y de otros Colegios Profesionales".

Ante estas aseveraciones se puede preguntar: ¿es razonable anular la medida Directoral comentada después de ser calificada de esa manera tan positiva? ¿La conclusión no debió ser exactamente la opuesta? ¿Y qué significa entonces "legal en su concepción" y "técnicamente muy solvente"? ¿Por qué a pesar de ello no le bastó a la autoridad regional? ¿Y por qué no le bastó la opinión de todos los Colegios Profesionales relacionados con la materia, incluido el de abogados? ¿No son suficientemente capaces o representativos regionalmente? ¿Y las organizaciones que han impulsado la implementación del protocolo, no son nada? ¿No debe aplicarse aquí el principio de subsidiariedad, puntal de la descentralización?

La idea del gobierno regional de consultar no se sabe qué exactamente (y por transparencia debería decirse y dar cuenta de los resultados de la consulta) no revela que haya mucha polémica (hay dos posiciones, muy poca polémica pública y abundantes pronunciamientos anti satánicos de la Iglesia Católica) sino que el gobierno regional política e ideológicamente con la iglesia católica. ¿Cuál es la duda, si tiene alguna? ¿qué quiere consultar si dice que la norma directoral es "legal en su con-

cepción y técnicamente muy solvente"? Si cada vez que un tema se percibe como muy polémico, se va a suspender la aplicación de las normas que hacen posible su cumplimiento, sólo porque a una institución no estatal no le agrada, vamos a aumentar la inseguridad jurídica. Lo principal es que la norma sea idónea en relación a ciertos valores jurídicos, no extra jurídicos.

Es comprensible el rechazo del protocolo por parte de algunos espíritus tradicionalistas que creen en derechos absolutos, porque saben que sin protocolo será muy difícil que se aplique abiertamente dicha interrupción, lo que hará que los abortos clandestinos mantengan sus enormes y mortuorias estadísticas. Y esto sí que va contra el derecho a la vida de la gestante.

#### COMENTARIO A LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR DEL CONGRESISTA POR AREQUIPA JUAN CARLOS EGUREN

El congresista Eguren iba a presentar un recurso constitucional de Acción Popular contra el Gobierno Regional y contra la Resolución Gerencial Regional 751-2007, emitida por la Gerencia Regional de Salud, ya comentada. El cargo según él: "violación del marco constitucional vigente, al afectar el derecho fundamental a la vida. La vulneración del derecho a la vida se produce al aprobarse, disponerse la vigencia y publicarse la Resolución Gerencial Regional 751-2007 GRA/GRS/GR.DG, denominada "Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo", ahora suspendida. El accionante se refiere al derecho a la vida del feto, no al de la gestante, como vamos a ver.

Si fuera como afirma en su recurso, con quien debió vérselas no es con el protocolo ni con la resolución gerencial que la hace aplicable en cumplimiento de la ley, que tiene un contenido técnico-médico, sino con la norma con rango de ley que permite el aborto terapéutico: el Código Penal, artículo 119. Nuestro representante dice una parte de la verdad (que la muerte del feto está de por medio), pero omite la otra que hace que se produzca el problema, una contradicción inconciliable (que está de por medio el derecho a la salud y a la vida de la gestante).

Se trata de una situación donde no hay otra alternativa entre dos derechos a la vida: la de la gestante o la del feto. Y en cualquiera de las dos se tendrá que afectar el derecho a la vida de alguien: la de la gestante o la del feto. Se supone que si podemos salvar la vida de ambos no hay problema, es la solución ideal. Eso es indiscutible. Lamentablemente no siempre es posible y éste es nuestro caso específico de discusión. Sin embargo la iglesia y sus defensores no parecen entenderlo y quieren hacer creer que lo que se discute es el aborto en general, que ellos condenan sin excepciones y por eso meten en el mismo saco al "aborto" terapéutico.

Muchas veces en la vida humana no hay solución buena y celestial y hay que elegir entre un mal u otro, no por capricho o arbitrariedad sino porque es ineludible. La norma legal no puede dejar de defender el derecho a la vida y a la salud de la gestante. El protocolo no hace más que posibilitar la aplicación de la norma legal. No es muy coherente denunciar a éste y no decir nada de dicha norma que fundamenta totalmente la Resolución Directoral. El derecho constitucional a la vida que se alude no sólo vale para el feto, vale también para la gestante, vale para todos los seres humanos. A este respecto me pregunto: ¿cómo haría el congresista en caso de que haya necesidad de escoger entre la vida de uno u otra? ¿hace un milagro y salva la vida de los dos?

Lo que es sorprendente es el freudiano olvido del derecho a la vida de la gestante por parte del congresista y los que piensan como él, pues al apostar por el derecho a la vida del feto, en el caso comentado, está por la muerte o daño grave y permanente de la gestante, le guste o no, lo reconozca o no. Y nadie negará que cualquiera de las salidas que elija la gestante, no evitará el dolor y la angustia humana. Sin embargo, no hay nada pecaminoso ni demoníaco en ninguna de las dos alternativas; no hay asesinato, no hay "delito" ni "aborto". Para que haya delito tienen que darse ciertas condiciones que aquí no se dan, por eso no es punible. *Nullum crimen, nulla pena sine lege*. Es una interrupción del embarazo legítima en el Perú. Es una situación dolorosamente humana, nada más.

El congresista señala que el protocolo (que el

confunde por momentos con una norma jurídica) es ilegal. Suponemos que cuando dice "ilegal" quiere decir inconstitucional, pues está planteando un recurso de ese carácter y no "legal", aunque lo haga ante el Poder Judicial. Tal vez quiso decir que la norma que aprueba el protocolo es ilegal, y no el protocolo mismo que es un documento de técnica médica y no una norma jurídica. Según él, ese protocolo "afecta el derecho fundamental a la vida del concebido". Luego, el concebido debe vivir. Ergo: la gestante debe morir. Pero esta es la parte que calla para presentarse como gran defensor del derecho a la vida, cuando sólo es otro enemigo de todo aborto, incluido el terapéutico. Y así defiende el derecho a la vida en nombre de Arequipa, contra el derecho a la vida de la gestante. ¿Por qué no pregunta directamente a las mujeres arequipeñas lo que piensan del aborto terapéutico después de hacerlo explicar detalladamente?

Más adelante agrega el congresista: *"todo procedimiento que limite o restrinja un derecho fundamental debe ser autorizado sólo por el mismo Congreso de la República"*. La restricción señalada ya está autorizada por el artículo 20, por eso el 119 la considera "no punible". Una vez más: es una situación excepcional de estado de necesidad. ¿No puede ver el congresista relación entre el artículo 20 y el 119 de la norma con rango de ley, y la elaboración de un protocolo para que sea posible aplicarla? ¿Podría prohibirse la aplicación de un protocolo de aborto terapéutico, teniendo en cuenta el tenor de esos artículos?

También señala: *"El primero y más elemental derecho es el de la vida. Es obvio que esta norma constitucional impide el aborto, por ser un acto inconstitucional"*. O sea, el aborto terapéutico es inconstitucional. Aquí el congresista, con una lógica aristotélica formidable, afirma, en abstracto, que todo aborto es inconstitucional porque la Constitución defiende el derecho a la vida, pero no dice nada específico del aborto terapéutico. Como si estuviéramos discutiendo sobre el aborto en general y no sobre un caso específico y excepcional, particularmente trágico. Y como la interrupción terapéutica del embarazo es aborto para él, entonces va contra la Constitución (otra falacia). Más adelante echa más leña al fuego cuando además de sostener que el aborto, todo aborto sin excepción, es inconstitucional, agrega que *"es contra-*

*rio en sí mismo a la naturaleza y a la moral"*. Lo cual raya en el talibanismo jurídico.

¿Y es relevante que sea o no sea natural para el derecho? ¿o qué sea moral? ¿El derecho moderno, republicano y democrático, se debe subordinar a la moral del congresista, aunque sea mayoritaria? ¿no es el derecho moderno un ordenamiento o sistema autónomo? ¿Que entiende él por "natural"? ¿Y quién decide lo que es "natural"? ¿el congresista? ¿la Iglesia? ¿la mayoría más uno? ¿Qué tiene de natural la decisión desgarradora, entre el derecho a la vida del feto y el derecho a la vida de la gestante? ¿se puede evitar? ¿y si es inevitable puede haber culpa en algún sentido?

El Derecho no pertenece al ámbito natural sino social, conformado por seres capaces de tomar decisiones libres en un contexto histórico determinado, del cual son producto y productor. En el caso tratado, sea cual fuera la decisión, será una solución relativa al punto de vista del legislador humano. Ninguna de ellas nos hará saltar de alegría.

El congresista sostiene que el artículo 119 del Código Penal establece un "supuesto de impunidad del delito de aborto". Y citando a Hurtado Pozo señala que respecto a ese delito "el bien jurídico protegido, fundamentalmente, es la vida del nuevo ser durante el embarazo". Parte del prejuicio que todo aborto es delito (desde su perspectiva pre moderna), incluido el terapéutico. Aunque la ley diga tácitamente que no es delito al considerarlo "no punible". ¡Peor para la ley! (Como cuando a Lenin algún detractor le achacaba poco realismo, respondía : "peor para la realidad").

Eso pasa por creer que un sistema jurídico moderno se debe seguir subordinando a la moral tradicional, (como si de una última instancia jurídica se tratara ) y no a los valores jurídicos modernos, especialmente la dignidad, la libertad, la autonomía, la igualdad de derechos, el pluralismo, la tolerancia. Y cómo la moral establecida dice qué es malo moralmente, el derecho debe decir qué es delito jurídicamente. Como si el derecho no tuviera su propia ética y sus propios valores que son los que estamos obligados a aplicar, y no las normas "naturales" y "morales" del congresista. No toda la región Arequipa piensa como él y no es un asunto cuantitativo, de encuesta, de "rating", sino

de valores, como se dijo.

De ahí el afán de hacer del aborto terapéutico un delito -como sea y aunque no lo sea- al incluirlo entre los "supuestos de impunidad". Es que si se permitiera un solo caso de aborto, como el del 119 CP, por ejemplo, se estaría dejando aceptar que todo depende de las razones humanas y no de la autoridad divina, que funda la moral. Que se legisle de una u otra manera dependería totalmente de los seres humanos. El congresista se empeña en hacer ver el aborto como un "supuesto de impunidad", con la malévolos idea de hacerlo ver como un delito. ¿Por qué? Porque tiene que ser delito para poder ser "un supuesto de impunidad", porque "impune" significa una conducta que no recibe el castigo que merece, lo cual implica que merece castigo. El diccionario dice "falta de castigo", no que no lo merece. Si no es delito no se puede considerar "impune". Y construyendo delitos con actos humanos legítimos, como el "aborto" terapéutico, el congresista cree defender el derecho a la vida. ¿Y el de la gestante?

Además, no está en discusión el derecho a la vida, en general, (¿quién no declara estar con ese derecho?). Todos estamos por el derecho a la vida. El problema es, una vez más, cuál de dos derechos a la vida se va a afectar en caso de que haya necesidad humana ineludible de elegir: ¿el de la gestante o el del feto? Ese es el punto. El congresista lo distorsiona y cae en "la pendiente resbaladiza" de la falacia: cambiar subrepticamente el punto de discusión para "ganarla". El derecho a la vida en general no es el punto, como nos quiere hacer creer el congresista. Estamos hablando de un caso específico: el mal llamado "aborto terapéutico". No juzgamos moralmente el aborto en general.

No es un asunto de fácil decisión para la gestante y las dos únicas alternativas son desgarradoras. Pero no puede abstenerse de tomar una decisión llegado el caso. Nadie niega voluntariamente el derecho a la vida del concebido, como sostiene el congresista. No hay voluntad de hacer daño, no hay malicia ni dolo. Hay un comprensible estado de necesidad humana. Y, como decía el joven Marx, las necesidades reales de los pueblos son suficiente justificación.

En suma, la interrupción del embarazo por razo-

nes terapéuticas no puede ser un "supuesto de impunidad". Y la ley hace mal en llamar "aborto" a la interrupción terapéutica permitida por ella misma, porque "aborto" es un delito típico y antijurídico y, por eso, culpable, hablando estrictamente. Y la interrupción permitida por el código no es un delito, aunque sea un pecado mortal para la moral establecida. Se trata sí de "límites" a los derechos fundamentales, de la inevitable muerte de un no nacido que, en ciertas condiciones médicas, no es considerada punible por el sistema jurídico, sino como ejercicio del derecho a la vida y a la salud de la gestante.

En otra parte el congresista añade a sus argumentos morales que: "el Código Penal no está estableciendo un permiso para efectuar un aborto terapéutico (no dice, la mujer tiene el derecho de que se le practique un aborto terapéutico) Tampoco está estableciendo un deber de cargo de los médicos o del personal de salud para efectuarlo, no dice: los médicos están obligados a practicar el aborto terapéutico cuando éste sea necesario. Jurídicamente hablando, no está reconociendo un derecho de la mujer a que se le practique un aborto terapéutico, ni el deber de los médicos o del personal de salud para efectuarlo". Con lo cual resulta que los mismos parlamentarios o congresistas, impunemente, hacen llamados directos al incumplimiento de la ley dirigidos a los médicos y al personal de salud: los únicos que pueden hacerlo.

Sin embargo, el Código Penal "no está estableciendo un permiso para efectuar un aborto terapéutico". Eso ya está establecido. El código reconoce el derecho de decisión a la gestante, respeta su libertad y su dignidad. La gestante no necesita permiso. Y no debería ser sólo en este caso de aborto, sino en cualquier otro que se muestre igualmente razonable. Para el congresista la mujer no tiene el derecho a que se le practique un aborto terapéutico. Para el congresista los médicos no están obligados a practicar el aborto terapéutico cuando éste sea necesario. Para el congresista el art 119 no implica ese derecho ni esa obligación. ¿Por qué está ahí entonces?

Esas son las conclusiones que saca el congresista de la lectura del artículo 119 del Código Penal, que, sin embargo, señala: "no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer

embarazada o de su representante legal, si lo tuviera, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente". Es un caso de inimputabilidad, no de "permiso", aunque el legislador siga llamando "aborto" a lo que no es un delito.

Si en su artículo 119 el Código Penal no dice lo que parece decir, ¿qué es lo que dice entonces para el congresista? Según él, lo único que ocurre es que: "dicha conducta (el aborto terapéutico) no será sancionada penalmente; es decir, establece una prohibición dirigida a los jueces o fiscales para no perseguir jurisdiccionalmente a quienes participen de un aborto terapéutico y sancionarles penalmente: para el Código Penal el aborto terapéutico no deja de ser una conducta prohibida (por lo dispuesto en otros artículos que regulan el delito de aborto) sino que no es punible" (...) El hecho de que no vaya aparejada con una sanción penal no le quita su carácter de conducta vedada, pues una cosa es la sanción y otra la prohibición: una conducta puede estar prohibida aunque la sanción no haya sido establecida"

Aparte de que no es nada preciso eso de ampararse en "otros artículos que regulan el delito de aborto", podemos preguntar al congresista: ¿cómo es esta conducta vedada, prohibida y no punible a la vez? ¿qué es este galimatías? Pero además, ¿qué aborto? No existe el aborto en general, abstracto, salvo como producto de la mente, como resultado de la tipificación. Sólo existen los abortos específicos: terapéutico, eugenésico, post violatorio o ético, etc. Y aquí estamos tratando uno de esos casos específicos concretos, no el aborto en general. Y ocurre que el terapéutico no está prohibido, ni para la ley ni para la Constitución porque no es un delito. Otra vez el congresista cae en la pendiente resbaladiza de la falacia: querer ganar la polémica "ampliando" el punto de discusión. Estamos discutiendo justamente el caso excepcional, no la regla: no podemos meterlos en el mismo saco. Lamentablemente, para él, el punto de discusión está machaconamente claro: es el caso del artículo 119 y no otro.

El congresista sostiene que el Código Penal sólo "prohíbe a los jueces perseguir jurisdiccionalmente" a las personas que practican un aborto terapéutico. Nos parece que no les prohíbe nada a los jueces,

no necesita hacerlo. En tanto ese aborto particular está permitido por la ley y las constituciones hace más de setenta años, es plenamente legítimo. Sólo reprobado por la moral del congresista, que es impertinente en este caso. No es un asunto sólo de los peruanos católicos, sino de todos los ciudadanos de la República.

El congresista afirma que el aborto terapéutico es "una conducta prohibida pero no punible" Ese galimatías, ese "volapuk" es consecuencia de querer aparentar modernidad (defensa del derecho a la vida del feto) sin dejar la mentalidad tradicionalista (que el derecho a la vida es absoluto, aunque muera la madre, o que se moleste de por vida). Sólo es prohibida, o delictuosa, o vedada para el congresista y los que creen como él, pero no para el derecho ¿Cómo puede darse una conducta prohibida, vedada, pero no punible, no considerada delito? Respuesta: cuando se mezcla derecho y moral como en los viejos tiempos de la virreynal Inquisición. Cuando la moral tradicional se asume como última instancia jurídica, violando el principio republicano. Y que lo propugne un congresista arequipeño que debería representarnos a todos, es un signo de regreso a los oscuros tiempos.

## EPÍLOGO

Todavía hay un trecho por recorrer respecto a las interrupciones de embarazo legalizables, para que en algún momento el reconocimiento de los derechos consagrados constitucionalmente sea, en general, efectivo en el Perú, y un mayor número de mujeres peruanas tomen la suficiente conciencia y adopten libremente sus decisiones.

Todavía sigue siendo prohibido en el Perú el "aborto" motivado por violación, o el realizado por condiciones de miseria evidente, o el de concebidos anencefálicos, jurídicamente justificables todos ellos, en el ámbito de lo razonable humano y no de lo divino o absoluto.

Todavía la moral tradicional regula indirectamente las conductas de los ciudadanos a través de las leyes penales del Estado. Todavía es el Estado el que decide sobre el cuerpo de la mujer a pesar del principio de dignidad, que es autonomía y libertad de la persona que, por ser digna, merece decidir su propio destino. Y su cuerpo forma parte de él.

## EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

José Luis Vega Pilco\*

*«(...)el principio de oportunidad, es un correctivo a la disfuncionalidad e ineficacia del sistema penal, al permitir que el Derecho Penal llegue a sus destinatarios y se trate con mayor justicia a la víctima. Su promoción constituye una buena alternativa de disminución de carga procesal».*

Fiscal Provincial de Tacna y Docente de la Universidad Privada de Tacna, cátedra de Derecho Procesal Penal.

Las constituciones políticas del Estado reconocen un conjunto de derechos y principios procesales, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad (la pena se impone solo por tribunales y exclusivamente por medio del proceso).

Uno de estos, es el principio de legalidad, el cual, se recuesta más sobre el respaldo que le otorgan las teorías absolutas de la pena (*fiat justitia, pereat mundus*), y, por ello, está cargado de un alto grado ético, consecuentemente con el Estado de derecho. Así, sus valores principales residen en la búsqueda de igualdad de tratamiento de los ciudadanos ante la Ley, de conservar al máximo la división de poderes, de hacer realidad (en la mayoría de los casos) que la solución del conflicto provenga de un juicio público, inmediato y oral.

Pero existen casos que suponen un apartamiento del principio de legalidad que impera en nuestro Derecho Procesal Penal Positivo, y, una evidente inclinación al criterio del PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD; supuestos que queda en el funcionario correspondiente perseguir penalmente algunos delitos y dejar impunes otros, por ejemplo el caso de que las informaciones otorgadas por el «arrepentido» o «agente encubierto» sean eficaces para el resultado de la investigación; o en el caso, de los delitos de bagatela o mínima culpabilidad cuya persecución solo sobresaturaría al ya recargado sistema de administración de justicia.

El principio de oportunidad, que es el tema del presente artículo, fue introducido por el Código Procesal de 1991, en su artículo 2; por este principio, se establece criterios de selectividad en la persecución penal. Constituye la contraparte del principio de legalidad procesal y se orienta hacia una política de «desprocesamiento», pues evita que los delitos de poca gravedad, poco impacto social y leve penalidad sean objeto de proceso.

Entonces, se puede definir el principio de oportunidad como la facultad que la Ley otorga al Ministerio Público de abstenerse de ejercitar la acción penal (siempre que se trate de supuestos legalmente determinados y se cuente con el consentimiento expreso del imputado), en contraposición al tradicional principio de legalidad procesal que obliga al fiscal a interponer la acción

penal cuando exista delito.

Veamos entonces que esta figura es de relevante importancia en un verdadero proceso de reforma de la administración de justicia, pues constituye un criterio de justicia y simplificación procesal, que permite evitar un proceso y aliviar la saturada carga procesal y penitenciaria, posibilitando una mejor calidad de justicia.

En suma, el principio de oportunidad, es un correctivo a la disfuncionalidad e ineficacia del sistema penal, al permitir que el derecho penal llegue a sus destinatarios y se trate con mayor justicia a la víctima. Su promoción constituye una buena alternativa de disminución de carga procesal.

El doctor Pablo Sánchez Velarde, dice que el principio de oportunidad permite racionalizar la selectividad de infracciones penales, dejando al lado todas aquellas en donde sea innecesaria la aplicación del **ius puniendi**; y, además, dicho principio contribuye a la eficacia del sistema, dado que, excluyendo a las infracciones de menor entidad, se fortalece el sistema de justicia penal para que intervengan efectivamente en los casos de infracciones de mediana y de grave criminalidad. Prosigue, que el principio de oportunidad aparece como todo un mecanismo de carácter procesal que busca evitar se inicien procedimientos penales innecesarios o se archiven los ya iniciados, bajo determinados supuestos preestablecidos en la Ley. Señala que el principio de oportunidad constituye un mecanismo de simplificación del proceso penal, considerado como una excepción al principio de legalidad que exige la persecución de los delitos y la sanción a las personas que lo han cometido, pero, este principio, no es absoluto sino regulado por la propia Ley, de allí que se hable del principio de oportunidad reglado. Es decir, la Ley establece en qué casos es posible su aplicación, los delitos de mínima y mediana criminalidad, y, a que personas está dirigido (excepcionalmente a los funcionarios públicos que cometen el delito en ejercicio de su cargo). Se pretende que para determinados delitos se posibilite la realización de un acuerdo o consenso entre las partes en conflicto penal expuesto ante la autoridad fiscal a fin de que se archive la investigación o el proceso, dependiendo del caso y, de otro lado, se repare el daño causado a la víctima del hecho



punible respetándose la indemnización acordada. Este principio responde a distintos fundamentos, pero principalmente: **a)** la escasa relevancia de la infracción o mínimo daño social (ausencia de interés público); **b)** la manifestación de la prevención especial a favor del infractor, de quien se espera que no volverá a incurrir en delito; **c)** razones políticas criminales para que la justicia se encargue principalmente de los delitos más graves; **d)** reducir la carga procesal en las sedes judiciales y la población penitenciaria; y **e)** alcanzar una pronta reparación civil a la víctima del delito. La aplicación de este principio obedece primero, a una actuación de oficio del Fiscal, y, segundo, a la petición que pueda hacer la persona imputada de un delito.

Pepe Melgarejo Barreto, manifiesta que el principio de oportunidad es una alternativa para agilizar el proceso penal y evitar dilaciones indebidas, siempre y cuando se haya establecido indicios suficientes de la existencia de un delito en la que se encuentre vinculado el imputado, quien debe en cierta forma aceptar los hechos punibles, caso contrario se estaría violando su derecho de defensa y presunción de inocencia. La legalidad (indiscrecionalidad) se podría decir que es contraria a la oportunidad o discrecionalidad, ya que, al tenerse conocimiento de un hecho delictuoso, resulta necesario promover acción penal, para luego, aplicar una sanción; no obstante este principio es considerado una excepción al de legalidad, empero el de oportunidad puede justificarse de modos distintos, «por un lado partiendo de un enfoque que favorece un flujo político de gobierno sobre la justicia penal, por otro, en el interés de la verificación de la justicia penal en contraste con un formalismo legal», y que «hoy en día el principio de obligatoriedad o legalidad debe ceder a un principio de oportunidad en el segundo sentido, es decir, a favor de la justicia material». Lo cual, nos lleva a la conclusión de que en realidad el principio de oportunidad, si bien, es contrario al de legalidad, no es menos cierto que, éste no quebranta en sí, al ejercicio de la acción penal, ya que el Fiscal Provincial al abstenerse de ejercitar la acción penal está cumpliendo con una norma adjetiva y actuando legalmente». Que, dentro de un proceso penal garantizador, se han establecido mecanismos con la finalidad de lograr una pronta justicia, sin dilaciones innecesarias, teniendo en

cuenta el interés público, cuando se trata de delitos de escasa gravedad, aunado a que el sistema judicial, en nuestra sociedad, no es capaz de controlar eficientemente todos los casos penales, por una sobrecarga laboral en los órganos jurisdiccionales; por razones de política criminal facilitando la reinserción del imputado hacia la sociedad evitando efectos criminógenos, teniendo en cuenta además que al derecho penal debe acudir sólo como una última razón «ultima ratio», cuando han fracasado los otros órganos de control, y, la sanción penal debe ser perseguible cuando es estrictamente necesario, ya que, lo que se busca es asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad. Con este principio de la oportunidad se procura una mayor economía procesal y la obtención de una rápida indemnización a la víctima.

El doctor Carlos Alberto Torres Caro, dice que hablar de antecedentes del principio de oportunidad implicaría, de alguna manera, recordar momentos históricos en los que el sistema jurídico, no respondía a las necesidades que el Estado, en cuanto al control punitivo eficaz y oportuno. Es así, que en tales circunstancias debían asumirse criterios de simplificación que permitieran corregir los excesos disfuncionales del sistema legal preponderante, permitiendo con ello, no solo dar eficacia al sistema, sino llegar oportunamente al destinatario del mismo. En tal sentido, históricamente y en el ámbito penal encontramos que los criterios utilizados han sido en su generalidad de carácter represivo, ya sea cuando se resumía el proceso a la sola confesión del imputado o cuando bastaba un elemento subjetivo adicional a la imputación para efectos de, sin más, culminar el proceso. Conforme pasaba el tiempo y las sociedades progresaban comenzaron a instalarse y perfeccionarse las diversas garantías y derechos en la administración de justicia, esto provocó la formación de sistemas procesales que permitirían dar cabida a los mismos, sin embargo y de manera paralela, la densidad poblacional, la pérdida de valores y el incremento de necesidades de consumo provocaron el aumento de la criminalidad y con ello sobrecargaron y congestionaron el desenvolvimiento del sistema de tal forma, que fueron apareciendo nuevamente criterios de oportunidad, empero, esta vez basados no en aspectos represivos, sino en el instituto de

la conciliación. Entonces se decidió que una serie de infracciones penales de ámbito leve, fueran a pasar a manos de autoridades, llamadas el Amable Componedor o Jueces de Paz, que tenían el propósito de llegar a acuerdos y transacciones entre las partes, concluyendo de dicha manera las infracciones criminales menores. Por ello, en su concepto, hay un antecedente adecuado al principio de oportunidad, tal y como lo entendemos hoy día, esto es, un mecanismo de simplificación y corrección que pretende una mejor justicia, sería sin duda alguna, el Principio de la Conciliación.

En consecuencia, por lo anteriormente señalado, estamos en la posibilidad de afirmar, que el principio de oportunidad es la institución procesal que permite al representante del Ministerio público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en nuestro ordenamiento procesal penal. Este principio trata de establecer reglas claras para prescindir de la promoción de la acción penal o acusación, frente a casos en los cuáles ordinariamente ello debería hacerse ante la existencia de un hecho delictivo. El principio de oportunidad tendría como objetivos básicos, en primer término, descriminalizar, cuando haya otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena. En segundo lugar, pretendería volver los ojos hacia la víctima en la medida en que en muchos casos exige su indemnización previa. Y en tercer lugar, buscaría la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, al permitir descongestionar los tribunales de manera que les permita intervenir en los hechos más lesivos para la comunidad y los ciudadanos. El principio de oportunidad corrige el exceso funcional del principio de legalidad, con el objeto de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al fiscal, titular de la acción penal, decidir sobre la pertinencia de promoverla, concluyéndola por un acto distinto al de una sentencia, en casos de falta de necesidad o merecimiento de pena.

Los fundamentos que se formulan respecto al principio de oportunidad son diversos:

a) Escasa relevancia social de la infracción. Existen delitos que no tienen mayor trascendencia

social; que interesa no a la sociedad sino a las partes y se permite dejar en ellas la posibilidad de alcanzar una solución al conflicto. El fundamento radica en la escasa entidad del daño social.

b) Como una manifestación de prevención especial, pues atendiendo a la personalidad del agente, se espera que, con la oportunidad que se brinda, no volverá a incurrir en la comisión de infracciones, no alcanzándole los efectos estigmatizadores del proceso judicial y de la imposición de la pena.

c) Existen razones de Política Criminal, en orden del interés público al perseguirse penalmente sólo determinados delitos y permitir sobreseer los casos considerados de pequeña criminalidad, como una consecuencia de agotamientos de posibilidades del sistema de justicia penal.

d) Existen razones pragmáticas. Se evitarían los efectos criminógenos de penas cortas, sean privativas de la libertad o condicionales; se posibilitaría la rehabilitación del autor; pues, no debe olvidarse que se trata de la oportunidad que tiene para enmendar su conducta; se estimularía la reparación del daño causado; se evitarían procesos penales innecesarios, lo que significaría posibilitar la atención de la autoridades-jueces y fiscales al conocimiento de causas penales consideradas graves.

e) En la formalización de resolución de conflictos, toda vez que como se podrá recordar de mecanismos de oportunidad se ha hecho frecuente a nivel policial principalmente, ya sea tratándose de delitos de poca entidad o infracciones leves: delitos de tránsitos, lesiones leves, apropiaciones ilícitas o estafas de poca monta, daños a la propiedad, etc., que con la devolución de lo indebidamente apropiado, la reparación del daño causado, el cumplimiento del pago del cheque sin fondo, o en suma, con la reparación del daño causado, se llegaría a solucionar los conflictos y sin que ello significaría su trascendencia al ámbito judicial.

Julio Maier, define el principio de oportunidad como la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal prescinden de ella, en presencia de la noticia de

un hecho punible o, inclusive, de la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informalmente, temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales.

Claus Roxin, señala que es la contraposición teórica del principio de legalidad, mediante la que se autoriza al fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito.

Por su parte Gimeno Sendra, considera que es la facultad, que el titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia del hecho punible.

El objeto del principio de oportunidad consiste en corregir la disfuncionalidad del principio de legalidad procesal, postulando a una mejor calidad de justicia, facultando al fiscal, titular de la acción penal pública a decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hecho delictuoso con autor determinado, concluyéndola por un acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma.

La finalidad del principio de oportunidad consiste en la necesidad de solucionar, en parte, la crisis del sistema, de la que se deriva el grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciario, promoviendo con ello, las nuevas tendencias del derecho conciliatorio, frente al procesalismo, permitiendo así, que el derecho penal, no sólo llegue a su destinatario, sino que sea con mayor justicia para la víctima.

*Las formas de aplicación del Principio de Oportunidad son:*

**1. Principio de oportunidad extra proceso.-** Se verifica en la etapa fiscal, requiriéndose un supuesto previsto en la Ley, documentación, sustentatoria suficiente, causa probable de la imputación, consentimiento expreso del imputado y, en su caso, que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido.

tado y, en su caso, que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido.

**2. Principio de oportunidad intraproceso.-** Se verifica en la etapa de investigación preparatoria, requiriéndose un supuesto previsto en la Ley, el expediente penal con la realidad del delito y la vinculación del autor a él, la solicitud del imputado y/o el dictamen del fiscal proponiendo al juez la aplicación del referido principio y, en su caso, la reparación del daño causado, que ha de estar sustentada en un acuerdo entre las partes y con la participación del representante del Ministerio Público.

El principio de oportunidad, realmente no es un principio sino un **instituto de derecho procesal penal** que significa la posibilidad de que ante la presencia de un delito y la identificación de su autor, no se ejercite la acción penal, por la abstención que disponga el Ministerio Público, pero para llegar a tal objetivo, se tiene que cumplir con un procedimiento, cuyo reglamento de aplicación del principio de oportunidad ha sido determinado y dispuesto por la Fiscalía de la Nación, y habiéndose emitido varios reglamentos de aplicación del principio de oportunidad, se ha incurrido en la omisión de la derogación de los dos primeros reglamentos, resulta que en la actualidad tenemos en aplicación vigente tres reglamentos, pues cabe precisar que la derogación se hace de manera genérica, esto es se indica: «Derógense todas las disposiciones que se opongan a la presente resolución», lo que significaría que algunas normas de los anteriores reglamentos se mantienen vigentes, en tanto no se opongan a la última; por tanto se tiene como reglamento del principio de oportunidad el aprobado por Resolución del consejo transitorio del Ministerio Público Nro. 200-2001-CT-MP del 20 de abril del 2001, modificado por la Resolución CTMP Nro. 266-2001-CT-MP del 27 de abril del 2001, el Reglamento aprobado por resolución 1072-95-FN del 15 de noviembre de 1995 y el Reglamento aprobado por la Resolución Nro. 1470-2005-MP-FN del 08 de junio del 2005. Si bien es cierto el Ministerio Público es el que tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, consideramos que en el caso del principio de oportunidad, se debió establecer como requisito

la opinión favorable de la víctima, pues es quien no debe tener únicamente en este caso, sólo el derecho de proteger sus intereses de la reparación civil, sino también de decidir como afectado que si considera o no la decisión de darse por resarcido cuando el sujeto activo del delito reciba la sanción penal que contempla el Código Penal, pero en una decisión poco equitativa, solo se ha regulado que el imputado tenga la posibilidad de aceptar o no la aplicación del principio de oportunidad, claro entendiéndose así, por el irrestricto respeto al derecho de defensa y de inocencia, pues la aplicación del principio de oportunidad, implica necesariamente una aplicación y reconocimiento de la culpabilidad del imputado; pero en el reglamento de aplicación del principio de oportunidad, existe un contrasentido por un lado regula para que proceda la citación a la audiencia, se obtenga la conformidad del imputado y por otro lado regula que el Fiscal Provincial ordene continuar con el trámite de la investigación si una de las partes no asiste a la audiencia, significando que si el agraviado no asiste, con su incomparecencia a la audiencia estaría obligando al Fiscal Provincial a proseguir con la investigación, cuando el número 1 del artículo 2 del CPP solo determina el requisito del consentimiento del imputado para la aplicación del principio de oportunidad.

Es necesario relevar que en el Principio de Oportunidad existe la **taxatividad**, que implica que los Fiscales no podrán aplicar libérrimamente la oportunidad sino que lo efectuarán sólo ante la apari-

ción de casos concretos en los que se presenten las condiciones que indica el artículo 2 del CPP; la taxatividad supone que los fiscales no pueden inventar por sí mismo criterios, ni aplicar aquellos en ilícitos que no cumplieran con las condiciones referidas en la norma; así también debemos tener presente que la resolución final de los fiscales en este tema, es una disposición final equivalente a la **cosa decidida**, lo que significa, que cualquier otro Fiscal queda impedido de promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos.

Finalmente es preciso relevar que el principio de oportunidad, es uno de los medios que el nuevo Código Procesal Penal ha previsto para lograr la terminación de un proceso penal, sin generar el desarrollo de todo lo que implica un proceso penal, hasta la emisión de la sentencia final, pues el movimiento de todo el sistema judicial penal, al margen de significar todo un despliegue logístico y de recursos humanos, obviamente se traduce en un costo económico al Estado, pero lo fundamental es evitar que el justiciable obtenga un resultado final que inclusive al ser satisfactorio a sus intereses podría resultar injusto, por cuanto **justicia que tarda no es justicia**; por otro lado uno de los objetivos del nuevo sistema procesal penal peruano es que las causas concluyan de manera rápida, eficiente y justa tanto para la víctima como para el imputado, procurando que sólo un mínimo porcentaje de procesos penales llegue a la etapa final del juzgamiento.

## EL AMPARO COMO PROCESO RESIDUAL

Vicente Zeballos Salinas \*

*«El Código Procesal Constitucional en vigencia desde el 1 de diciembre de 2004, introduce la figura del amparo residual (también llamado subsidiario), el cual implica que, en el caso de existir otras vías igualmente satisfactorias, el agraviado deberá recurrir a ellas en lugar de acudir al amparo».*

\* Profesor Asociado de la Universidad Privada de Tacna.

## EL AMPARO COMO PROCESO RESIDUAL

Ley N° 23237, Código Procesal Constitucional. Artículo 5.- Causales de Improcedencia (Proceso de Amparo):

Inciso 2.- "Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas Corpus"

### I.- DEFINICIONES PREVIAS.-

Las vías paralelas que eran válidas hasta antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional vigente, permitían que el justiciable pudiera optar por cualquier proceso sea ordinario o constitucional, a su entera discreción, lo que ya no serán posible.

El Código Procesal Constitucional en vigencia desde el 1 de diciembre de 2004, introduce la figura del amparo residual (también llamado subsidiario), el cual implica que, en el caso de existir otras vías igualmente satisfactorias, el agraviado deberá recurrir a ellas en lugar de acudir al amparo. Se elimina el carácter alternativo del amparo, tal cual había sido la característica de nuestro modelo, y estatuye uno de carácter residual, es decir, en donde la posibilidad de interponer un proceso amparo, hábeas data, o de cumplimiento, solo es posible en tanto no haya otras vías igualmente satisfactorias.

Clementina Rodríguez Fuente, nos señala que *"no podrá acudirse al amparo para la defensa de cualquier derecho constitucional, si esa misma defensa puede lograrse a través de algún proceso en la vía judicial ordinaria. Al amparo sólo se podrá acudir residualmente, cuando la defensa del derecho constitucional no ha sido conseguida a través de otros medios judiciales»*.<sup>(1)</sup>

## II.-LA LEY 23506 Y EL AMPARO ALTERNATIVO

No está en tela de juicio la institucionalidad constitucional del Proceso de Amparo, desde su incorporación en la Carta de 1979, ha permitido al igual que el Proceso de Hábeas Corpus una defensa férrea de los derechos y libertades constitucionales; más se observa su indebida aplicación, que incluso a motivado su desnaturalización, "tanto por obra del desconocimiento o la inescrupulosidad de muchos abogados y litigantes, como por la permisividad o, no pocas veces, corrupción del aparato judicial, que han hecho proliferar la interposición y admisión de demandas de amparo que resultaban manifiestamente improcedentes o inapropiadas para tramitarse por esta vía, a pesar de lo cual muchas de ellas obtuvieron sentencias favorables" <sup>(2)</sup>.

La ley N.° 23506, vigente desde 1983, disponía en el inciso 3 de su artículo 6° que el amparo resultaba improcedente "cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". Esta causal de improcedencia operaba cuando el accionante del amparo, por propia decisión, había acudido previamente a interponer una acción judicial por una "vía paralela", lo que imposibilitaba recurrir posteriormente el amparo.

Durante la vigencia de la legislación que regulaba el amparo alternativo se cometieron muchos abusos con respecto a esta figura, así lo anota Clementina Rodríguez Fuentes, pues se empleaba este proceso constitucional aun para defender derechos de configuración legal, cuya amenaza o vulneración no justificaban poner en marcha un proceso de tutela urgente.

### III.- DERECHO COMPARADO

En el Derecho Comparado encontramos fuentes inmediatas que sustentan la incorporación del Amparo residual, muy al margen de la propia

---

(1) CLEMENTINA RODRIGUEZ FUENTES: "La Residualidad del Amparo en el Código Procesal Constitucional". Actualidad Jurídica. Tomo 170. Enero 2008. Pág. 167 a 172

(2) FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI: "La opción por un amparo estricto y residual en el Perú". Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca (Chile), Año 4, N° 2, 2006, pp. 67-85

necesidad procesal del amparo, para evitar su "ordinarización".

La Constitución de Argentina (artículo 43) como la Constitución de Colombia (artículo 83) establecen que el amparo - o la tutela en el caso colombiano - solo procederán cuando no exista otro medio o recurso judicial de defensa de los derechos fundamentales.

En la Constitución argentina se regula al amparo como una "acción rápida y expedita" que deberá ser utilizada "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo" y que procede "contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley". Asimismo, el amparo se encuentra regulado legalmente por la Ley N° 16.986, Ley de Amparo, que data de 18 de octubre de 1966.

El destacado constitucionalista Néstor Pedro Sagues manifiesta: *"La acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional residual o heroico [...] Únicamente es admisible el amparo, entonces ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente al problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo".*<sup>(3)</sup> En el caso colombiano, la acción de tutela, denominación con la que se conoce en Colombia a la acción de amparo, tiene en la Constitución una regulación bastante precisa para su ejercicio, aspecto que los hace por sí relevante para su mayor efectividad. Su regulación legal se encuentra en el Decreto N° 2591 de 1991.

La acción de tutela, pese a su carácter subsidiario frente a los procesos ordinarios se ha constituido en "el principal y más efectivo medio de protección de los derechos fundamentales".

Esta acción de tutela colombiana se caracteriza por su residualidad, lo que implica que será el último medio al que podrá recurrir el justiciable

en caso de no existir otra vía judicial que tutele su derecho vulnerado en la misma forma en que lo haría el referido proceso constitucional; resultará procedente únicamente cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial. Sin embargo, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, así exista una determinada vía judicial se podrá utilizar la acción de tutela cuando aquella vía no sea idónea o eficaz para atender a las especiales circunstancias del accionante, debiendo evaluarse con especial cuidado la irreparabilidad del daño al derecho en juego.

Y en el caso peruano, si bien nos hemos nutrido del sistema argentino y colombiano, es de este último que con toda propiedad se toma la discrecionalidad del juez; pues, la jurisprudencia ha contribuido a que no se rechace una demanda por el simple hecho de existir una vía judicial ordinaria que puede proteger los derechos vulnerados de la misma forma que la tutela, sino que ha establecido excepciones para los casos en que no obstante existir vías paralelas, estas puedan conllevar a la irreparabilidad del perjuicio ocasionado a los derechos fundamentales del justiciable.

#### IV.- CONFIGURACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL AMPARO COMO PROCESO RESIDUAL

Con la cláusula de residualidad adoptada por el Código Procesal Constitucional se ha incorporado un requisito de procedencia ex novo, conforme al cual, es deber del recurrente demostrar que de un análisis sustancial de los hechos que rodean su caso, se deriva la necesidad de una resolución pronta a efectos de garantizar la adecuada protección de su derecho constitucional.

La circunstancia de institucionalizar la residualidad del amparo no implica conferir una carta blanca a la administración de justicia para vulnerar los derechos constitucionales de las personas, la que se da en la actualidad con el uso errado de artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, al proceder los jueces de manera mecánica a desentenderse de las acciones de amparo alegando sin mayor argumentación la existencia de otras vías.

(3) CLEMENTINA RODRIGUEZ FUENTES, Ob. Cit.

Es decir, que no es suficiente que existan "otros" procesos disponibles, en los ámbitos civil, laboral, comercial o administrativo, para que deban ser utilizados y quede cerrado el acceso al amparo. Dichos procesos tendrán que resultar, en el caso concreto, igualmente satisfactorios, lo que implica que no habrá mayor perjuicio ni riesgo de indefensión para el demandante. Es el juez de la Constitución quien tendrá que analizar caso por caso, para determinar si existe otro procedimiento adecuado.

A este respecto Francisco Eguiguren Priale, manifiesta: "cierto es que la aplicación de este criterio disminuirá el número de amparos que se admitan, limitando significativamente su acceso y procedencia, pero ello pretende circunscribir la utilización de este proceso a asuntos que se estima propios de la tutela de urgencia de derechos fundamentales, evitando que los tribunales se abarrotan de procesos de amparo que carecen de verdadera relevancia o urgencia, incrementando la carga procesal y afectando la celeridad y el carácter sumario que debe caracterizar al amparo, pese a que existan otras vías igualmente satisfactorias hacia las que deben ser reconducidas tales pretensiones".<sup>(4)</sup>

Los procesos constitucionales sólo actúan ante la ausencia de otros mecanismos procedimentales eficaces para la tutela del derecho. La expresión "si existen otras vías procedimentales específicas" hace mención no sólo a las judiciales sino también a las administrativas que sean aptas para resolver idónea y eficazmente la protección del derecho.<sup>(5)</sup>

A mayor claridad: si existe una vía ordinaria idónea y capaz de satisfacer los derechos constitucionales reclamados, se debe optar por esta alternativa, dejando vigente el carácter residual de los procesos constitucionales. Pero, en el caso que la vía ordinaria no resulte adecuada o devenga en ineficaz por razones de tiempo, el proceso constitucional se halla expedito.

Los artículos 5.1 y 38. del Código Procesal Constitucional establecen un "primer filtro" de control para la procedencia del amparo; la viabilidad de la acción dependerá de que los hechos invocados y las pretensiones de la demanda estén directamente referidos a la protección de un derecho constitucional y del contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho.<sup>(6)</sup>

Poniéndonos en un ángulo práctico, si el demandante se determinó por la vía del amparo, ello le resultará perjudicial, pues su pretensión será a la postre desestimada, dado que no podrá acreditar la afectación de su derecho sin el concurso de una etapa probatoria o de debates técnicos engorrosos, impropios e inexistentes en materia de un proceso constitucional de tutela de urgencia como el Amparo. Podemos ir centralizando conceptos:

A.- El amparo es viable, aún habiendo otros procedimientos legalmente previstos o cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina, tornándose así ilusoria la resolución que en definitiva se dicte.<sup>(7)</sup>

B.- El magistrado interviniente está obligado a realizar un cuidadoso análisis: se trata de averiguar, como requisito para admitir una acción de amparo, si los procedimientos regulares (sean judiciales o administrativos) resultan idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender el problema planteado. No basta pues, que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo; hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría hartamente fácil (y a la vez farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplarán el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales

(4) (6) (7) FRANCISCO EGUIGUREN, Ob. Cit.

(5) CARLOS MESIA: "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica. Lima, 2005.



camino son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantía <sup>(9)</sup>.

C.- No es suficiente con alegar la situación de desamparo, sino que hay que acreditarla, pero esta acreditación debe darse con medios probatorios que permitan deducir que para el caso en concreto no existe otra vía igualmente satisfactoria. Citando a Roger Rodríguez, expresa Francisco Eguiguren que lo que en estricto debe pesar sobre los hombros del justiciable es quien deba sustentar la inexistencia en el ordenamiento procesal de vías idóneas para satisfacer su pretensión, significa invertir la presunción que da lugar al principio *iura novit curia*- [...] conforme al cual el juez debe aplicar el derecho (procesal o sustantivo) que corresponda al proceso, "*aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente*" (Art. VIII Título Preliminar).<sup>(9)</sup> Sin embargo, en la doctrina se encuentra otro parecer en cuanto quién debiera acreditar o probar la inexistencia de otra vía igualmente satisfactoria, pues, en estos casos, la carga de la prueba recae en el demandante, es él quien se encargará de demostrar tal situación. Ahora bien, no debería exigirse, en nuestra opinión, una prueba concluyente para tal efecto, sino *prima facie*. En otros términos, no es suficiente con alegar la situación de desamparo, sino que hay que acreditarla, pero esta acreditación debe darse con medios probatorios que permitan deducir que, para el caso en concreto, no existe otra vía igualmente satisfactoria, sino solo, el amparo. Exigirle al demandante pruebas concluyentes en esta materia puede conducir, en muchos casos, a situaciones de indefensión o desamparo y, en buena cuenta, a la inutilización de este proceso constitucional por parte de los justiciables que legítimamente invocan su procedencia. Corresponderá, finalmente, al juez decidir objetivamente este asunto.

D.- Ante un caso de duda razonable respecto de la procedencia del amparo, en aplicación del principio *pro actione*, la demanda de amparo debe ser admitida.

## V.-INCONSTITUCIONALIDAD DEL

## AMPARO RESIDUAL

La enmarcación jurídica del Amparo Residual ha despertado objeciones, así es considerada inconstitucional por el profesor Luis Castillo Córdova, "quien sostiene que, a partir de lo prescrito en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200° del texto constitucional, es posible afirmar que: 1) las garantías constitucionales únicamente proceden para la defensa de derechos fundamentales, y 2) todos tienen a su disposición dichos mecanismos constitucionales, a fin de lograr la defensa y salvaguarda de sus derechos fundamentales. Por ello, concluye que el carácter alternativo del proceso de Amparo fluye de lo prescrito en la Carta Política; de allí que "incurrirá en inconstitucionalidad toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a estos mecanismos procesales frente a la afectación real y manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental".

Por ello estima Castillo Córdova que el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional vulnera las dimensiones subjetiva y objetiva del contenido constitucional del mencionado derecho, en tanto niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional del derecho que se pretende tutelar es manifiesta (dimensión subjetiva), y porque, lejos de promover la correcta y plena vigencia de este derecho -de acceso a los procesos constitucionales- lo restringe y dificulta de manera irrazonable (dimensión objetiva).

Sin embargo, un fuerte sector de la doctrina considera que el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional no es inconstitucional. No sólo porque el carácter de tutela de urgencia del proceso de amparo autoriza a reservarlo sólo para asuntos estrictamente constitucionales del derecho protegido, sino porque habilita a diferenciarlo de otros procesos judiciales ordinarios o especiales o procedimientos administrativos que puedan resultar igualmente satisfactorios para la protección y tutela del derecho vulnerado, conforme también hacen ordenamientos jurídicos como el argentino y el colombiano, que han inspirado a nuestro proceso de amparo o incidido en su re-

(9) NESTOR PEDRO SAGUES: "Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo", 4° Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1995. Pág. 10

gulación en el Código Procesal Constitucional.

## **VI.- EL PODER JUDICIAL Y EL AMPARO COMO PROCESO RESIDUAL**

En un sistema de justicia constitucional de competencias compartidas, como acontece en el proceso de Amparo, las instancias ineludibles para acceder vía Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional, lo es el Poder Judicial; asumiendo desde una perspectiva institucional una posición coherente y uniforme, resguardando la preeminencia de las sentencias del máximo interprete de la Constitución emitió la Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 252-2007-P-PJ el 13 de Noviembre del 2007, por la que recomienda a toda la judicatura la aplicación de ciertos criterios para la adopción del Amparo como proceso Residual.

Esta Resolución, lo observa de manera expresa, se sostiene en el Fundamento Jurídico N° 6, de la Sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, por la que Tribunal Constitucional estableció que la aplicación de esta causal de improcedencia debe ser analizada por el juez constitucional en el caso concreto, y, en ese escenario, podrá determinar si es que existe otra vía igualmente satisfactoria o idónea para lograr la protección del derecho invocado; o, en todo caso, analizar si es que el caso reviste condiciones que por la necesidad de tutela urgente o , situaciones especiales ameriten tutela por el amparo. Es decir, que el Poder judicial asume el delicado encargo normativo, de que está en su discrecionalidad ante un caso en concreto "la determinación de la vía igualmente satisfactoria o la urgencia de la atención del caso".

Sin embargo, ello conlleva a que la judicatura cuente con jueces especializados, con suficiente y vasta formación jurídico-académica, con sólida formación moral y con amplio criterio de responsabilidad y autonomía, para que actuando discrecionalmente, determine lo más apropiado ante el requerimiento de justicia constitucional.

En ese contexto, se dispone que deben evaluarse los siguientes criterios:

a.- Si al recurrir a la vía ordinaria se puede producir la irreparabilidad del daño al derecho invocado.

b.- El demandante debe probar que coexiste otra vía igualmente satisfactoria (acreditando para ello evaluaciones sobre la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado).

c.- Se debe analizar la celeridad de la tramitación de cada medio procesal.

d.- Y, por último, se evaluará la inminencia del peligro sobre el derecho invocado. También, se evaluará la adopción de medidas que procuren evitar la irreversibilidad del daño alegado o medidas sobre la anticipación con la cual torna conocimiento de una causa.

Asimismo, dispuso que en la evaluación de estos criterios se debe considerar, a su vez, lo siguiente:

a. La legitimación procesal (activa y pasiva)

b.- La capacidad de ofrecer y/o actuar pruebas. Sobre este punto es necesario precisar que el proceso de amparo no tiene etapa probatoria - artículo 9 del Código Procesal Constitucional- por lo que los medios probatorios que se deban actuar no deben representar un retardo en el mismo proceso.

c.- El derecho a ser debidamente notificado de los diferentes incidentes o incidencias que se presentan a lo largo de cada proceso. Ello obedece al respeto al derecho de defensa (Derecho de contradicción).

d.- La fluidez y duración del trámite previsto.

e.- La existencia de un escenario cautelar suficientemente garantista.

f.- El establecimiento de medios impugnatorios eficaces.

g.- El tipo de sentencia a obtenerse y las pautas dentro de las cuales pueden ejecutarse este tipo de sentencias.

## **VII.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL AMPARO COMO PROCESO RESIDUAL**

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia,

dencia, inclusive con carácter vinculante, entiéndase fuerza normativa, ha señalado que la vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo.

En la Sentencia sobre el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, en su Fundamento Jurídico 4, ha señalado "(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.° 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario".

Es decir, que sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

El Tribunal Constitucional ha sido bastante preciso, sobre todo en materia laboral, donde se han presentado la mayor incidencia de procesos de Amparo. Aquí, se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden

dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

En su función de ordenación que asume el Tribunal Constitucional, ha establecido a través de su jurisprudencia vinculante, que para los casos de materia laboral individual, privada o pública, tramitados en la vía del proceso de amparo, la aplicación de los criterios establecidos, con relación al carácter residual del proceso de amparo y de los criterios jurisprudenciales sustantivos relativos a los derechos laborales desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a fin de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expeditivo del proceso de amparo.

De no haber asumido el Tribunal Constitucional estos criterios, el proceso de amparo terminaría sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

## CONCLUSIONES

1.- Las vías paralelas que eran válidas hasta antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional vigente, permitían que el justiciable pudiera optar por cualquier proceso sea ordinario o constitucional, a su entera discreción, lo que ya no serán posible.

2.- Con el Código Procesal Constitucional se elimina el carácter alternativo del amparo, tal cual había sido la característica de nuestro modelo, y estatuye uno de carácter residual, es decir, en donde la posibilidad de interponer un proceso amparo, hábeas data, o de cumplimiento, solo es posible en tanto no haya otras vías igualmente

satisfactorias.

3.- Durante la vigencia de la legislación que regulaba el amparo alternativo se cometieron muchos abusos con respecto a esta figura, pues se empleaba este proceso constitucional aun para defender derechos de configuración legal, cuya amenaza o vulneración no justificaban poner en marcha un proceso de tutela urgente.

4.- La Constitución del Argentina (artículo 43) como la Constitución de Colombia (artículo 83) establecen que el amparo - o la tutela en el caso colombiano - sólo procederán cuando no exista otro medio o recurso judicial de defensa de los derechos fundamentales.

5.- La circunstancia de institucionalizar la residualidad del amparo no implica conferir una carta blanca a la administración de justicia para vulnerar los derechos constitucionales de las personas, la que se da en la actualidad con el uso errado de artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, al proceder los jueces de manera mecánica a desentenderse de las acciones de amparo alegando sin mayor argumentación la existencia de otras vías.

6.- El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, inclusive con carácter vinculante, entendiéndose fuerza normativa, ha señalado que la

vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- LUIS CASTILLO CORDOVA: "Comentarios al Código Procesal Constitucional". Tomo I. Palestra Editores, Lima, 2006.
- 2.- FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI: "La opción por un amparo estricto y residual en el Perú". Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca (Chile), Año 4, N° 2, 2006, pp. 67-85.
- 3.- GUSTAVO GUTIERREZ: "Todo sobre el Código Procesal Constitucional". Lima, MFC Editores, 2006.
- 4.- CARLOS MESIA: "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica. Lima, 2005.
- 5.- CLEMENTINA RODRIGUEZ FUENTES: "La Residualidad del Amparo en el Código Procesal Constitucional". Actualidad Jurídica. Tomo 170. Enero 2008. Pág. 167 a 172.
- 6.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU: "La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Diálogo con la Jurisprudencia. 1ª Edición. Agosto, 2006.
- 7.- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 02006-2005-PA/TC de fecha 28 de Noviembre del 2005.
- 8.- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 4196-2004-AA/TC de fecha 18 de Febrero del 2005.



INSTITUCIONAL

## 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**

Mag. Alberto Wenceslao Zeballos Ale

### **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

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

### **Decano:**

Mag. Alberto Zeballos Ale

### **Directora de la Escuela de Derecho**

Abog. Nora Acevedo Velásquez

### **Secretario Académico Administrativo**

Abog. Lincoln Salas Ponce

### **CONSEJO DE FACULTAD**

Mag. Alberto Zeballos Ale (decano)

Dr. Javier Peralta Andia

Abog. Luis Vargas Beltran


Abog. Jorge Monroy Macuaga

Abog. Vicente Zeballos Salinas

Abog. Lincoln Salas Ponce


Est. Elva Marina Velasquez Tejerina

Est. Lizbeth Rodríguez Villalobos




UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS


**DIPLOMADO:**  
EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL  
Y TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL



Del 19 de abril al 19 de julio



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Centro de Investigación



Instituto de Ciencias Procesal Penal

**ILINEP**  
Instituto Latinoamericano  
de Litigación y Negociación Penal



## INFORME

# DIPLOMADO: NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

Nuestra Facultad de Derecho con el objetivo de capacitar a los señores Abogados, Magistrados, Fiscales, miembros de la Policía Nacional, Bachilleres en Derecho y estudiantes del último año de la carrera de Derecho, organizó dicho Diplomado en el Nuevo Sistema Procesal Penal, comprendiendo su estructura, etapas, actores y funcionamiento, a través del conocimiento de las bases teóricas y prácticas del moderno proceso penal.

El marco normativo bajo el cual se aprobó y desarrollo fue la Resolución No. 027-2008-UPT/FADE/CF de fecha 28 de Marzo del 2008; Resolución No. 028-2008-UPT/FADE/CF de fecha 28

de Marzo del 2008; Resolución No. 057-2008-UPT/FADE/CF de fecha 5 de Septiembre del 2008; y la Resolución Rectoral No. 450-2004-UPT-R de fecha 5 de Noviembre del 2004.

Se desarrollaron 14 módulos académicos, de los cuales cuatro fueron prácticas o simulación; de acuerdo a lo programado se inicio el diplomado el 19 de Abril y culminó el 19 de Julio, con un total de 150 horas académicas, contando con la participación de un selecto grupo de profesionales, miembros de instituciones académicas relevantes y especialista en la materia procesal penal, quienes desarrollaron sus módulos en un contexto integral:

- Modulo I: 19 de Abril, **«La Constitución y el Sistema Penal Acusatorio»**  
Dr. Arsenio Oré Guardia
- Modulo II: 26 de Abril, **«La criminalística en el Nuevo Proceso Penal»**  
Dr. Jesús Fernández Alarcón
- Modulo III: 03 de Mayo, **«Recursos Impugnativos»**  
Dr. Fernando Iberico Castañeda
- Modulo IV: 10 de Mayo, **«Investigación Preliminar y Preparatoria»**  
Dr. Pedro Angulo Arana
- Modulo V: 17 de Mayo, **«Etapa Intermedia»**  
Dra. Fany Quispe Farfán
- Modulo VI: 24 de Mayo, **«Actividad Probatoria»**  
Dr. Berly Cano Suarez
- Modulo VII: 31 de Mayo, **«Juzgamiento, Sentencia. Motivación»**  
Dr. José Antonio Neyra Flores
- Modulo VIII: 07 de Junio, **«Procesos Especiales»**  
Dra. Rosa Mavila León
- Modulo IX: 14 de Junio, **«Salidas Alternativas, Principio de Oportunidad»**  
Dr. Javier Lizárraga
- Modulo X: 21 de Junio, **«Técnicas de Litigación Oral I»**  
Dr. Mario Rodríguez Hurtado
- Modulo XI: 28 de Junio, **«Técnicas de Litigación Oral II»**  
Dr. Mario Rodríguez Hurtado
- Modulo XII: 05 de Julio, **«Técnicas de Litigación Oral III»**  
Dr. Cesar Santa Cruz
- Modulo XIII: 12 de Julio, **«El Proceso Penal Chileno»**  
Docentes de la Universidad Arturo Prat - Chile
- Modulo XIV: 19 de Julio: **EVALUACION**

Participaron un total de 230 Diplomados, de los cuales 159 son estudiantes de Derecho de diversas universidades del país, 55 profesionales y 16 Docentes de nuestra Facultad de Derecho. De acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Diplomados de nuestra Universidad, para obtener el derecho a Diploma el participante deberá cumplir mínimamente con el 80 % de Asistencia y obtener una calificación final no menor de 13. Los Estudiantes que logren notas entre 10.5 y 12.49 podrán obtener una certificación de participación. En Aplicación de dicha normativa, la determinación final es:

Participantes	<b>230</b>
Aprobados (Derecho a Diploma)	<b>155</b>
Certificación de participación	<b>15</b>
Desaprobados	<b>60</b>

El Proyecto fue aprobado con el carácter de autofinanciado, sin significar gasto alguno a la FADE ni mucho menos a la UPT.

El Proyecto inicial fue modificado, dado la escasa receptividad que se percibió a través de las inscripciones. En tal sentido los costos fueron disminuidos severamente para permitir una mayor participación, lo que finalmente aconteció. El Proyecto inicial considero una participación de sólo 120 participantes, pero a costos de 450.00 Profesionales y 380.00 Estudiantes. Con la modifi-

cación al Proyecto inicial se incremento el numero de participantes a 230, pero a costos menores, cual es el caso de estudiantes que fueron la gran mayoría a S/. 200.00. Es decir, que con mayores participantes se tendría casi los mismos ingresos. En lo que respecta a los gastos, estos con la modificación al proyecto inicial se incrementaron casi por el doble.

El Coordinador y el auxiliar administrativo son los responsables designados por la FADE; sin embargo, la cantidad de participantes requirieron de un apoyo logístico mayor, en tal sentido se conto con la participación de los señores alumnos: Brenda Gabriela Saga Coarite; Sally Karla Mayta Soria; André Jesús Castañeda Hidalgo; Luis Alfredo Kocfu Perez; Nelson Hugo Maquera Calliri.

El evento se desarrollo dentro de los parámetros administrativos y académicos, con una audiencia de participantes bastante considerable y respetable, entre alumnos, abogados fiscales vocales y Docentes Universitarios; siendo su procedencia de Ilo, Moquegua, Arequipa y Tacna.

Al tratarse del primer Diplomado que de manera directa y autofinanciado organiza nuestra Facultad de Derecho, consideramos calificarlo como aceptable, aunque la determinación final la deben brindar las participantes con los conocimientos adquiridos.

# PROYECTO DE LEY QUE PROTEGE EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MEJORANDO LA CALIDAD EN LA FORMACIÓN DE LOS ABOGADOS

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Considerando:

Que el sistema de administración de justicia es un servicio público básico que, junto con los sistemas de salud y de educación, determinan la calidad de vida del ciudadano; y que, en tal sentido, el Estado está obligado a garantizar su acceso así como su eficiencia.

Que el sistema de administración de justicia nacional se encuentra en una situación crítica, originada por distintas causas, una de las cuales es la pauperización de la enseñanza y la masificación de la profesión de abogado, generadas por la proliferación de facultades de Derecho y de filiales que no prestan una adecuada formación en Derecho con estándares mínimos que aseguren un servicio de justicia idóneo.

Que actualmente existen cerca de 94,000 abogados y 82,000 estudiantes de Derecho en el país, y aproximadamente 80 centros de enseñanza del Derecho a nivel universitario, entre facultades, filiales y programas de educación a distancia. Sin embargo, no existen criterios básicos de enseñanza ni la infraestructura educativa requerida, que aseguren la idoneidad académica y profesional de los estudiantes y egresados. Culminados sus estudios, los profesionales del Derecho ingresan a instituciones públicas o privadas que requieren de una correcta y ética aplicación del ordenamiento jurídico nacional, lo que no queda garantizado por la actual formación universitaria recibida.

Que debe tenerse en cuenta el rol profesional de los abogados en una sociedad en proceso de cambio, que busca modernizarse y cuya economía está en pleno crecimiento. Asimismo, que los

operadores del Derecho son responsables de coadyuvar a dar seguridad jurídica, generar confianza en las diversas actividades económicas, contribuir a la eficiencia de las transacciones y resolver de manera idónea los conflictos que pueden presentarse.

Que una de las consecuencias de la crisis del sistema de justicia, así como de la pauperización del ejercicio profesional del Derecho, es el uso inadecuado de los recursos públicos destinados al sistema de administración de justicia, lo que a su turno genera que no se brinde un servicio de justicia de calidad que garantice la seguridad jurídica y que promueva las transacciones económicas. Esta situación contribuye a consolidar una cultura de la informalidad y de la ilegalidad en las diversas actividades que requieren la aplicación del ordenamiento y el empleo de las instituciones jurídicas.

Que es deber del Estado garantizar la idoneidad del sistema de administración de justicia y, en tal sentido, supervisar a los distintos actores de este sistema, en especial los abogados, en lo relativo a su formación y al ejercicio profesional.

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

## **LEY QUE PROTEGE EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MEJORANDO LA CALIDAD EN LA FORMACIÓN DE LOS ABOGADOS**

### **Artículo 1.- Suspensión de autorización de funcionamiento y de creación de nuevas facultades de Derecho**

El Consejo Nacional para la Autorización de Fun-

cionamiento de Universidades (CONAFU) suspenderá el otorgamiento de la autorización de funcionamiento de nuevas facultades de Derecho, filiales, programas y otros que conduzcan a la obtención de título profesional de abogado en los proyectos de nuevas universidades presentados para su evaluación. Esta medida mantendrá vigencia en tanto no se establezcan los criterios, indicadores y estándares de acreditación de las facultades de Derecho que aprobará el Consejo de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad de la Educación Superior Universitaria (CONEAU), órgano operador del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE) creado por Ley N° 28740.

### **Artículo 2.- Acreditación de facultades de Derecho existentes**

Las facultades o escuelas de Derecho, filiales, programas y otros que conduzcan a la obtención del título profesional de abogado en universidades ya institucionalizadas con asambleas universitarias o su equivalente según ley, requerirán acreditación del CONEAU. Este requisito será también de aplicación para las universidades en proceso de institucionalización y las que se encuentren en proceso de reorganización bajo la supervisión de la Asamblea Nacional de Rectores (ANR).

El SINEACE, el CONEAU y los órganos de consulta previstos en el artículo 3 de la presente norma tienen un plazo de 180 días para implementar los criterios, indicadores y estándares de acreditación. Las facultades o escuelas de Derecho, filiales, programas y otros tienen el plazo máximo de un año para someterse al proceso de acreditación del CONEAU. La pérdida o falta de acreditación, así como la negativa a someterse al proceso, acarrearán la suspensión de la autorización de funcionamiento por parte del CONAFU.

### **Artículo 3.- Órgano de consulta**

La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú (JDCAP) y el Colegio de Abogados de Lima (CAL) participarán como órganos consultivos en lo referido a las políticas de evaluación y a los criterios de acreditación que adopte el CONEAU, en relación a la formación profesio-

nal en Derecho.

### **Artículo 4.- Educación a distancia en la formación jurídica**

Para que las universidades públicas y privadas ofrezcan educación a distancia relacionada con la formación profesional en Derecho, así como cualquier otro programa no regular que conduzca a la obtención del título profesional de abogado, deberán obtener la acreditación del CONEAU. Queda suspendido el ingreso a los programas de educación a distancia ya existentes, hasta que estos obtengan la referida acreditación.

### **Artículo 5.- Requisitos para la expedición del grado académico de bachiller y del título profesional**

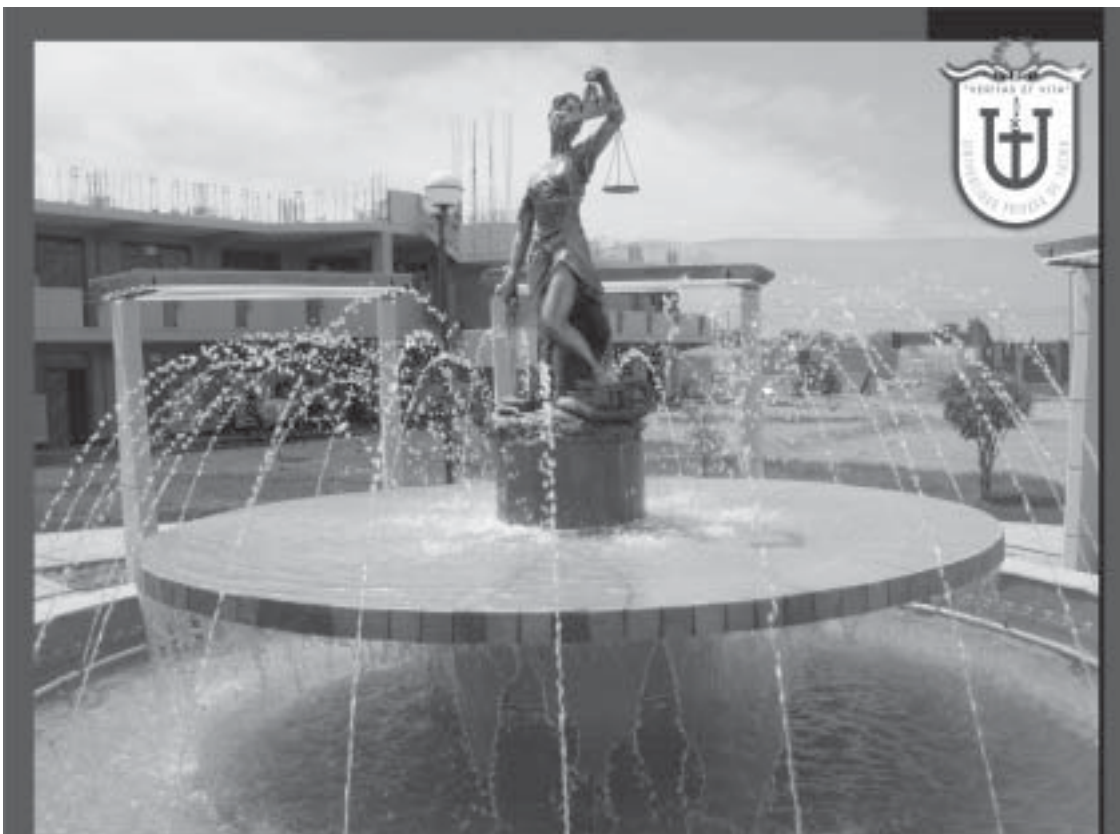
Para el caso de la obtención del grado académico de bachiller en Derecho, o sus equivalentes, es requisito indispensable la sustentación y aprobación de la tesis respectiva. De igual modo, el título profesional de abogado se obtiene con la aprobación de un examen de suficiencia profesional, así como certificando la prestación de servicios pre-profesionales durante un año, en labores propias de la carrera que acrediten una vivencia laboral relevante a criterio de la universidad.

### **Artículo 6.- Suspensión de titulación automática y de cursos de actualización destinados a obtener el título profesional de abogado.**

Queda suspendida la tramitación de toda forma de graduación académica o titulación profesional automáticas, referidas a la carrera profesional de Derecho o a la obtención del título profesional de abogado. Asimismo, queda suspendido todo curso de actualización y similares, orientados a la adquisición del título profesional sin cumplir con los requisitos previstos en el artículo precedente. A través de Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Justicia y Educación, previa opinión de los órganos de consulta previstos en el artículo 3 de esta norma, se establecerán los requisitos y las exigencias mínimas que deben tener los exámenes de suficiencia profesional y académica orientados a la obtención del título profesional de abogado.



Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna



Pileta de la Justicia. Al fondo pabellón donde se construirá un tercer piso para brindar mejores servicios académicos.



Estudiantes Elva Marina Velasquez Tejerina y Lizbeth Rodríguez Villalobos Integrantes del Consejo de Facultad



Abog. Vicente Zevallos Salinas  
Director del Centro de Investigación,  
Cultura y Derechos Humanos

## Personal Administrativo



Sra. Alejandra Gómez Quispe

Lic. Angel Berrios Llerena



Abog. Rina Gómez Rodríguez

Abog. Ana Cornejo Berrios  
Of. de Prácticas Pre-profesionales  
y Secigra



## Nueva infraestructura



Campus de la Facultad



Sala de catedráticos

Cafetería de la Facultad







TESIS

# CÓMO DESARROLLAR EL CARÁCTER TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA DEFINICIÓN DE MERCADO\*

Boris Igor Espinoza Beltrán\*\*

Quizás la expresión más usada, en nuestros tiempos, para opinar sobre el atractivo de una ciudad, región o nación –en relación a la inversión por ejemplo– es evaluarlos en términos de mercado. Últimamente hemos oído por los medios de comunicación una frase que ya suena a cliché: «El mercado peruano es atractivo y emergente». Al margen que esta afirmación sea cierta o no, esta investigación pretende especular sobre el papel del derecho, el rol que juega, la importancia que tiene en la consolidación de un mercado eficiente. Es decir, un mercado competitivo, dinámico, veloz, plural, eficaz, ético, etc. En otras palabras, el mercado y las bondades que podamos rescatar de él. Un común denominador en casi toda definición de mercado es más o menos la siguiente idea: que éste, el mercado, es un proceso en el cual se realizan una serie infinita de transacciones entre vendedores (oferta) y consumidores (demanda). De esta generalidad en la definición quiero rescatar una palabra: TRANSACCIÓN.

Si asumimos como cierto que las transacciones son para el mercado lo que las neuronas significan para el cerebro, fácilmente advertiremos que el contenido que nos preocupa, el Derecho, podría ser, si ya no lo es, el elemento principal a trabajar para conseguir el objetivo deseado: un mercado eficiente.

Ahora bien, si todo en esta vida se mide en términos económicos («todo es plata») a través de transacciones jurídicas novedosas, atendiendo, claro está a la importancia de la transacción, fácilmente deduciremos que un mercado eficiente va necesariamente de la mano con un sistema jurídico eficiente. Suponer lo contrario, mercado eficiente con sistema jurídico ineficiente, es imposible e ilusorio. De allí, la importancia del derecho en el funcionamiento del mercado. Ya Alfredo Bullard lo advirtió claramente: «En términos sencillos, el modelo de

Derecho Moderno es aquel que contribuye al desarrollo de la sociedad de mercado». Esta evaporación de las fronteras que separan a la economía del derecho crea una fusión que trae como consecuencia que el mundo del derecho, ya sea en la actividad académica o profesional, se vea sumamente alterado por el influjo de la economía hasta en sus más recónditos dominios.

Ya para nadie es novedad que hay muchas normas en nuestro país que deben de ser derogadas y otras reformadas con el argumento de que no responden a las exigencias del mercado; tampoco es novedad que Ronald Coase, Nobel de economía, ganó el mismo estudiando los costos de transacción y su reducción para abaratar el uso del mercado por los consumidores; nada de novedad tiene que uno de los conocimientos que cada día cobra más importancia en el mundo jurídico es el Análisis Económico del Derecho curso en el cual tiene protagonismo el estudio del mercado. Es por estos motivos, por citar algunos, que pretendo proponer un tema que al parecer en el ámbito académico y profesional del derecho que nos rodea (Tacna) no ha sido advertido en toda dimensión; «La importancia del Mercado en el conocimiento del Derecho».

Los cambios que se vienen produciendo en el planeta, sobre todo en el aspecto económico y político sin dejar de lado la ciencia y la tecnología, -que también trastocan lo jurídico-, justifican nuevas formas de especular y abordar el conocimiento del derecho. Y ésta «metodología realista», debe tener como eje el dinámico e impredecible mercado.

Es por este motivo que hemos desarrollado un método que trate de hacer comprender en forma didáctica como el derecho, a través del carácter de la Teoría Tridimensional, se puede relacionar de

---

\* El presente es un extracto de la Tesis de Pre-Grado sustentada por el autor en 1998.

\*\* Abogado por la Universidad Privada de Tacna. Actualmente radica en los EE.UU.

una manera sencilla y clara con la definición de mercado tratando de identificar los rasgos fundamentales de éste y haciéndolos interactuar con los elementos del derecho según la Tridimensionalidad.

## 7. EL MERCADO Y LOS HECHOS

### 7.1. LA SOCIEDAD DE MERCADO

*«Pero en esa clase del doctor Gulman el derecho parecía más profundo e importante que lo meramente asociado a los litigios: una puerta abierta a la filosofía, a la economía, a todas las ciencias sociales».*

Mario Vargas Llosa (El pez en el agua).

Dado que en el mundo se están dando cambios en el aspecto político, económico, social, etc. Estos cambios que se están dando en todos los rincones del planeta, en algunos más en otros menos. En todo caso, los pensadores de hoy, han manifestado cierto consenso: Vivimos una época interesante. Algunos la identifican con la caída del socialismo, otro con una gran Revolución Científica, los más apasionados la llaman triunfo de la libertad, y por allí se ha dicho que es el «fin de la historia»<sup>(1)</sup>, los economistas siempre más pragmáticos proclaman el triunfo del mercado.

Lo cierto es que están cayendo las fronteras, el mundo se globaliza cada día más. La amenaza comunista sólo se manifiesta a través de estertores y los nacionalismos, aunque subsisten, no logran progresar. Al contrario, el consenso mundial es sancionarlos a través del aislamiento, y es por todos sabido –sino díganlos a nosotros- que país aislado, es país condenado al fracaso.

Comencemos verificando en que consisten esos cambios: La sociedad hoy en día se acelera cada día más, el conocimiento crece rápidamente. Hoy vivimos con una obsesión de la inmediatez casi insostenible. Políticamente es muy difícil de apostar por algo ya que esta sociedad, no termina de digerir algo cuando ya lo está vomitando. Los países comienzan a integrarse en varios mercados:

NAFTA, CEE, Mercado Asiático, entre otros. La globalización económica es ya una realidad y la economía, que rige el mundo actual, cada vez tumba más fronteras. Esta interacción trae consigo una serie de consecuencias: crea una serie de relaciones jurídicas entre personas de diferentes culturas y valores; posteriormente cuando esta integración se consolide más, arrastrará consigo ya no a lo netamente económico, sino a todo lo que uno pueda imaginar (conflictos comerciales, laborales, penales, familiares, etc., etc.); la inmigración<sup>(2)</sup> constante traerá consigo la aparición de minorías étnicas que se van a ubicar en territorios y culturas que no son el de su origen. Los grandes mercados serán lugares de mayor atractivo para emigrar. Los gobiernos ya no podrán aplicar leyes de modelo único para todos los que están bajo su autoridad. Al mismo tiempo la liberalización de los mercados conlleva a que la sociedad elimine trabas y por consiguiente las relaciones entre los individuos sean más rápidas; no por que ellos así lo exijan, sino por que el mundo de la competencia así lo requiere.

Es la muerte del estado moderno aquel que nos legó la Revolución Francesa. El concepto clásico de nación pasa a la historia para dar paso a uno nuevo en que el ingrediente básico es el mercado,<sup>(3)</sup> pero este debe ser ágil, competitivo, atractivo. Es allí donde radica el futuro de los países en integrar sólidos mercados.

«El actual desencanto con el Socialismo y otras formas de colectivismo no es sino un aspecto de la gran crisis de fe en la posibilidad del Estado, como agente benefactor. El Estado fue el gran actor del siglo XX y su peor fracaso».<sup>(4)</sup>

Los nuevos actores de los países ya no son los Estados, la paquidermia estatal se encuentra en retirada. Hay un nuevo concepto de nación el cual sea más democrático, estimula más la integración y la globalización, el gran protagonista para alcanzar la modernidad y vivir a la altura de los tiempos es «La Sociedad Civil». Una sociedad de Mercado, es el reconocimiento del individuo como

1 Término utilizado por el catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad de Harvard. Francis Fukuyama.

2 Alentada por la economía en aquellos lugares donde existen mercados eficientes.

3 Ludwig Von Mises, La Acción Humana, cuarta edición, Madrid, Unión Editorial S.A., 1986, Capítulo XV (El Mercado), pag. 397-488.

4 Felipe Ortiz de Cevallos, op. Cit. Pag. 19.

el agente principal que le da fuerza, dinámica y vitalidad, al mercado; es también el interactuar de las sociedades económica, cultural, social, y artísticamente.

*«El concepto de nación se metamorfosea para ganar en libertad de opciones lo que pierde en autodeterminación fijada por fronteras estrictas. Se teje de paso una mayor interdependencia entre países y bloques, la cultura deviene heterogénea y sincrónica, local y globalmente».*<sup>(5)</sup>

Pero todo este infinito mosaico de realidades, de culturas y valores; armonizaran sinfónicamente a través de un conocimiento que a todos nos concierne: El Derecho. Dejamos planteada así la reflexión sobre la delicada y difícil tarea que tiene el derecho en el buen funcionamiento de una sociedad de Mercado. La economía juega un papel muy importante en el mundo de hoy. Constantemente van cayendo las barreras económicas que dividen al mundo. Esta transformación acelerada de la economía trae profundas consecuencias jurídicas las cuales debemos identificar para así dar una respuesta jurídica a la cada día más exigente sociedad de hoy.

*«La globalización económica es ya un hecho. Superada la fase de la Integración de los mercados, se enfrenta ahora el desafío de los **cambios institucionales necesarios** para asegurar una efectiva coordinación macroeconómica entre los grandes bloques: NAFTA, la Unión Europea y el Bloque Asiático. Esos cambios producen un profundo impacto transformador en la estructura de los sistemas políticos que fueron forjados a partir de algunos principios básicos del Estado Moderno tales como: soberanía nacional, poder político centralizado y monismo jurídico».*<sup>(6)</sup>

**¿Qué papel juega lo jurídico en una sociedad tan diversa?** Obviamente que el Derecho, dada su riqueza, seguirá teniendo sus mismas características: sancionar, ordenar, regular, prevenir, y

todas aquéllas que se le atribuyen. Pero mientras más progrese la globalización, más fuerte e importante se irá haciendo una de las ideas del Derecho que hasta hoy no ha tenido un rol protagónico: El papel que juega en el buen funcionamiento del mercado. Este conocimiento, el Derecho, será el arma política que nos lleve a vivir en una comunidad cada vez más grande, pero a la vez más heterogénea de una riqueza cultural para todos los gustos, de un pluralismo tolerante y armonioso; donde el derecho toma en cuenta todas las perspectivas sin imponer ninguna sobre otra; donde la ley no represente un acto de autoridad que exija obediencia sino, más bien, un acuerdo negociado a partir de concesiones recíprocas.<sup>(7)</sup>

Las fronteras del mundo están desapareciendo, la economía va a la vanguardia. Ahora más que nunca, hay que repensar el Derecho. Pluralismo jurídico significa, entre otras cosas, que cada sociedad haga su derecho. Si queremos hacer nuestros valores y costumbres en una sociedad cada día más compleja comencemos por encontrarnos con nosotros mismos, repasemos nuestras costumbres, ubiquemos nuestros valores, identifiquemos nuestra singularidad y hagámosla valer ante la diversidad. El derecho ya no viene del cielo, el Estado ya no quiere ser papá. Ha llegado la hora de nosotros, los hombres como protagonistas del cambio. Si queremos un mercado eficiente tendremos que ayudar a que éste pueda serlo. El mercado somos todos. A todos nos corresponde una responsabilidad y esta la cumpliremos en el ámbito de nuestra vida diaria. Es allí haciendo eficazmente lo que nos corresponde, sea lo que sea, que daremos nuestro aporte. El futuro ya no depende de la iglesia y sus dogmas, tampoco del Estado y sus leyes. El progreso dependerá de lo que nosotros podamos hacer. Cada pueblo tiene su derecho, sus costumbres y su destino. Construyamos el nuestro, vayamos de la mano con los tiempos. Tengamos un derecho «efervescente y dinámico»<sup>(8)</sup> que se transforme con la vida de los pueblos.

---

<sup>5</sup> Luis Bolaños. En el Umbral de la Utopía. Diario el Peruano-Revista Cultural. 17 de Julio de 1995.

<sup>6</sup> José Eduardo Faria (Profesor del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho – Universidad de Sao Paulo Brasil). «Necesidad de Repensar la Política». Diario la Republica, 17 de mayo de 1995, pag. 21. Los subrayados son nuestros.

<sup>7</sup> James M. Buchanan y Gordon Tullock. El Cálculo del Consenso. Edit. Espasa Calpa S.A., Madrid, 1980.

<sup>8</sup> El término es utilizado por el Dr. Fernando de Trazegnies para referirse a un derecho creativo y plástico.

# EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO Y LA TEORÍA DEL CAOS\*

Percy Javier Maquera Lupaca\*\*

## LA TEORÍA DEL CAOS COMO PARADIGMA JURÍDICO

*«El desorden aumenta con el tiempo porque nosotros medimos el tiempo en la dirección en que el desorden crece. ¡No se puede hacer una apuesta más segura que ésta!.»*

STEPHEN W. HAWKING

*«Nadie puede corregir la injusticia de Dios y de los hombres: todo acto no es más que un caso especial, aparentemente organizado, del Caos original. Somos arrastrados por un torbellino que se remonta a la aurora de los tiempos; y si ese torbellino ha tomado el aspecto del orden sólo es para arrastrarnos mejor...»*

E. M. CIORAN

## LA TEORÍA DEL CAOS Y EL DERECHO:

### 1.1.- Antecedentes.-

El paradigma ciencia mediante sus profetas Kepler, Laplace, Galileo y Newton, hicieron creer que las leyes naturales son mecánicas y determinables, sobre la cual se hizo el modelo de toda organización humana, toda filosofía, todo derecho y toda política posible, llegando a considerar a la socie-

dad misma como una máquina a motor al que había que poner a funcionar con la precisión, uniformidad y rigor de un reloj. Incluso las matemáticas han servido para reducir el misterio social a un conjunto de fórmulas apoyadas en las estadísticas. Desde la década de los años veinte del siglo pasado la historia de los paradigmas científicos darían un vuelco radical con Erwing Schringer y Werner Heisemberg respecto a la mecánica cuántica al postular el «Principio de Incertidumbre» en la metodología, dejando de lado, o más propiamente dicho, abandonando y poniendo en duda la antigua metodología de la ciencia experimental y científica postulada por Isaac Newton y seguidores.

### 1.2.- Conceptualización de la Teoría del Caos.-

G. Sorman, en su libro, *Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo*, sostiene que «El universo ya no es un reloj<sup>(1)</sup>, sino un caos». Esto quiere decir, que la teoría del caos evidencia que hay otras dimensiones subyacentes al mundo ordenado de Kepler y Newton; dimensiones que se configuran en la sociedad y sus valores como espacios de incertidumbre, probabilidad, impredecibilidad, no-linealidad, complejidad, irreversibilidad o bifurcación. Pues el atributo más

<sup>1</sup> Ejemplo de las ciencias modernas, al describir que el universo es un todo ordenado como un reloj. Esto es el determinismo.

<sup>2</sup> En pleno siglo XX, en el prefacio de *Las palabras y las cosas*, escribe Michel Foucault: «Este libro nació de un texto de Borges... Este texto [el de Borges] cita 'cierta enciclopedia china' donde está escrito que 'los animales se dividen en: a) pertenecientes al emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos, h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con pincel finísimo de pelo de camello, l) etc., m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas... '[...] Este texto de Borges –asegura Foucault- me ha hecho reír durante mucho tiempo, no sin un malestar cierto y difícil de vencer. Quizá porque entre sus surcos nació la sospecha de que existe un desorden peor que el de lo incongruente y el acercamiento de lo que no se conviene; sería el desorden que hace centellar los fragmentos de un gran número de posibles órdenes en la dimensión, sin ley ni geometría, de lo heteróclito... Las cosas están ahí 'ubicadas', 'puestas', 'dispuestas', en sitios a tal punto diferentes que es imposible encontrarles un lugar de acogimiento, definir un lugar común.» [...] la realidad es todo lo que es, pero ese todo lo que es, y que está ahí, no tiene principio, ni orden, ni fin, ni conexión alguna. Desde la perspectiva de Foucault, podemos percibir cuán grande fue la revolución de Hume al atacar las ficciones que la mente construye sobre la realidad para tenerla ordenada y coordinada [como la gran construcción moderna], es decir, dominada. (Tomado de: Op. Cit. Barylko, La filosofía, p. 148-149).

\* Resumen de la Tesis de Pre-Grado sustentada por el autor en el 2001.

\*\* Abogado por la Universidad Privada de Tacna.

notorio del mundo –como diría Borges<sup>(2)</sup>- es la complejidad y el desorden. «La teoría del caos se relaciona directamente con las ‘ciencias del devenir’ y la física de no equilibrio, históricamente relegadas por la ciencia [moderna].»<sup>(3)</sup> Por lo tanto, podemos decir que la Teoría del Caos es el estudio de los procesos inestables, de la incertidumbre y la impredecibilidad de los hechos sociales y naturales que alteran estados aparentemente estables como los sistemas; se define como el estudio del comportamiento estocástico que ocurre en un sistema determinístico. Esencialmente, su objeto de estudio está conformado por fenómenos dinámicos fuera de equilibrio, rico en evoluciones impredecibles, lleno de formas complejas y flujos turbulentos, caracterizado por relaciones no lineales entre causas y efectos, y fracturado en escalas de largo múltiple. Sin embargo, es preciso aclarar que el concepto sobre la Teoría del Caos, por ser una concepción filosófica nueva y en pleno desarrollo hasta el día de hoy ha sido mal comprendido. Caos «no» es sinónimo de anarquía, o a esa concepción de Caos vulgar, sino por el contrario, *es sinónimo del desorden y el orden sublime (el orden es inseparable del desorden), del más perfecto al que se pueda aspirar, tan perfecto que sólo es comprensible dentro de la complejidad y la abstracción.*

La Teoría del Caos es el estudio de la interconexión subyacente que se manifiesta en acontecimientos aparentemente aleatorios. Donde todo está influido por todo, todo está interconectado con todo. Incorpora el devenir del tiempo, en la que, por medio de desorganizaciones y reorganizaciones sucesivas, la creación del orden pueda proceder del desorden. Es el estudio de la incertidumbre y la impredecibilidad en las ciencias naturales y las actividades humanas, definidos como el estudio de los comportamientos evolutivos que ocurre en los aparentemente sistemas determinísticos. Cuyo objeto de estudio está conformado por fenómenos dinámicos fuera de equi-

librio, ricos en evoluciones impredecibles, lleno de formas complejas y flujos turbulentos, caracterizados por relaciones no lineales entre causas y efectos, y fracturados en escalas de largo múltiple. Es decir, la teoría del caos es el de los fenómenos y procesos sociales. Así, el estudio del comportamiento errático, impredecible y caótico [del Derecho], de la Bolsa [de valores], de los flujos financieros, así como el de los periodos de transición política [y social], adquieren nuevas dimensiones para el análisis y la investigación económica, social y política.<sup>(4)</sup> En la Teoría del Caos se integran tres temas subyacentes, una primera referido al control, donde el sueño de dominar la naturaleza es una ilusión, segundo, que la creatividad es inherente al caos, y tercero, la sutileza donde los intentos por controlar y definir la realidad se extienden al infinito reino de la sutileza y la ambigüedad. La idea fundamental de la Teoría del Caos es la que nos indica que todo sistema viable es por propia naturaleza indescriptible en su totalidad. Esto se deduce del hecho de que nunca podemos conocer un sistema cultural o natural en su totalidad, puesto que si bien podemos identificar sus partes (elementos) o subsistemas, jamás podremos observar el conjunto total de interacciones entre sus subsistemas o partes componentes. Por ejemplo, si analizamos una empresa podemos estudiar sus diferentes subsistemas (áreas) por separado (finanzas, personal, marketing, operaciones, clientes, accionistas, etc.) pero jamás podremos tener un cuadro completo de la organización puesto que no estamos considerando las múltiples interacciones entre sus diferentes subsistemas.

Asimismo, si tuviéramos que hacer un recuento o estructurar todos los sistemas y subsistemas que integran el sistema jurídico peruano, nunca lo lograríamos. Ni siquiera tenemos un control adecuado de cuantas leyes tenemos, cuantas son vigentes, cuantas han sido derogadas y cuantas están en desuso. El desorden se vuelve destructor

---

<sup>3</sup> Ilya Prigogine, *Las leyes del caos*, Critica, Barcelona, 1997, p. 8. Prigogine ataca la visión mecanicista y cartesiano-newtoniana del siglo XVII, por constituir teorías superadas (según Sorman), no hay reloj (metáfora de la Ilustración para un mundo que se consideraba escrito matemáticamente y ordenado), ni relojero, sólo una sucesión imprevisible de acontecimientos. La propia ciencia queda reducida a su faceta creativa, artística; de la misma manera que visiones filosóficas como el pragmatismo reducen la Verdad a verdades contingentes (que puede suceder o no). Prigogine rechaza el concepto de que la ciencia nos ofrezca de modo taxativo «las leyes ocultas del Universo».

<sup>4</sup> Moreno Pérez, «El caos en las ciencias sociales», la teoría del caos, [www.elcaos.tripod.com](http://www.elcaos.tripod.com)

cuando hay pérdida de orden, cuando los elementos se disocian, y tienden a no constituir más una estructura, una organización, una simple suma. El desorden se vuelve creador cuando produce una pérdida de orden acompañada de una ganancia de orden, que es generador de un orden nuevo reemplazante del antiguo y puede ser superior a él. El proceso de complejización opera según esta lógica, no por adición, sino por sustitución a un nivel más elevado. En un caso, la realidad queda amputada de las formas de orden que desaparecen sin compensación; en el otro, es enriquecida por formas nuevas de orden.<sup>(5)</sup> El más importante mecanismo para alcanzar la autoconsistencia es la selección natural y socio/cultural. Si la dinámica de un organismo individual o ciudadano no es congruente con la estabilidad (uniformidad) del ecosistema o al sistema jurídico como un todo, será inevitable que la selección natural y social lo elimine o por lo menos lo distorsione -o como decimos los peruanos lo vuelve «chicha»- en su evolución hacia estados que le permitan seguir funcionando.

Es decir, que el ciudadano debe estar adaptado al sistema y viceversa, caso contrario será eliminado, negado en todo sus principios culturales y humanos. Así, en un paralelo, para una aplicación en las ciencias naturales, Conrad nos dice cuáles son las posibles funciones que pueden tener el caos; revisémoslas brevemente:

- Búsqueda de nuevos procesos.- En esta categoría se genera y ponen a prueba un conjunto de posibilidades nuevas. Entre ellas, la más importante sería la diversificación genética a través de la mutación y otras operaciones genéticas. Con ello se crearían nuevos genotipos sobre los cuales actuaría la selección natural. Aún no hay evidencia directa de que las dinámicas caóticas actúen directamente en el nivel genético.

- Defensa.- Los mecanismos caóticos pueden ser empleados para evadir a los predadores. Por ejemplo, un animal que se mueve de manera azarosa (por ejemplo mariposa) es más difícil de atrapar que aquel que posee movimientos predecibles.

En este caso se podría pensar que el caos está en el nivel neuronal.

- Previene al sistema biológico de la «burocracia».- En ausencia del caos, la actividad del sistema se anquilosaría de tal manera que les sería difícil responder en forma dinámica a un estímulo que la acecha. El éxito de la adaptabilidad será más eficiente en un sistema cuyas partes están más descentralizadas, más independientes.<sup>(6)</sup>

1.3.- La Teoría del Caos como paradigma jurídico.-

Los paradigmas en la ciencia ya se contraponían mucho tiempo antes, como lo es el sistema tolemaico adoptado por la Iglesia, frente al sistema copernicano, presentado por Galileo como una certeza físico/astronómica. Al que la Iglesia trató de impedirlo políticamente, sin lograrlo. Así, el sistema copernicano/galileano se convirtió en un nuevo paradigma teórico de la ciencia que habría de regir la modernidad. De lo que se deduce que un paradigma es una constelación de creencias, valores, técnicas, etc., como modelo teórico enfocado al planteamiento y la resolución de problemas, el cual es compartido por los miembros de una determinada comunidad filosófica o científica, según la disciplina que desarrollen. Cuando este patrón muestra su incontestable capacidad para solucionar problemas adquiere el estatus de dominante, es decir, de paradigma que suministra instrumentos y métodos de investigación. Y cuando este llamado paradigma no resuelve los enigmas e interrogantes planteados se convierte en una anomalía. Sin embargo, los paradigmas de las ciencias tradicionales son universalizantes y únicas, que casi nunca presenta anomalías ni podrían presentarlas, ya que su justificación radica en que se ha mal empleado o aplicado el método científico que es un instrumento científico. Justamente el neopositivismo se sustenta en este paradigma científico llevándolo a extremos. A la cuestión de los paradigmas universalizantes, Kuhn propone que también son pluralistas, rompiendo así con la concepción tradicional de ciencia. Así, el paradigma neopositivista

<sup>5</sup> G. Balandier, *El desorden*, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 44-45.

<sup>6</sup> Op. Cit. *La ciencia del caos*, Cap. III.

kelseniano es universalizante, o mejor, monista de verdad absoluta, donde la ley es la ley. Desde este planteamiento del pluralismo metódico de la ciencias, la epistemología tradicional entró en quiebra antes de la década de los cincuenta del siglo XX, en buena parte debido a la imposibilidad de aplicar sus rígidos aparatos formales a grandes sectores de disciplinas científicas reales y no reales como el Derecho y otras disciplinas del saber humano.

Debido a que se había creado una ciencia exageradamente ideal que ellos mismos forjaron a imagen y semejanza de sus más bajos deseos lógico/formales. Así se inaugura con Kuhn y Feyerabend (en la epistemología) un nuevo enfoque de perspectiva histórica y mayor énfasis en la dinámica de la ciencia. Había que superar el afán de atrapar la ciencia en moldes del análisis lógico recurriendo a consideraciones históricas y caológicas. El mito de la ciencia en su desarrollo lineal y acumulativo de conocimientos, así como la separación entre ciencia pura y ciencia aplicada o tecnología habrían de ser superadas. El seminal trabajo de Tomas S. Kuhn ofrece una imagen de la ciencia en devenir histórico, consistente en periodos de ciencia normal y periodos de ciencia revolucionaria. La primera es acumulativa, se centra en ampliar y perfeccionar el aparato teórico y conceptual, aplicándolo a la experiencia, ajustándose y refinándose la base teórica, pero sin cuestionar los supuestos y fundamentos que guían la investigación. En el otro periodo, los saltos revolucionarios que sustituyen un paradigma científico por otro, con periodos intermedios de ciencia normal. En los periodos de salto de paradigma se asiste a una reconstrucción del campo científico sobre nuevos presupuestos (nuevos paradigmas), tanto desde el punto de vista teórico como desde el observacional.

El cambio de paradigma científico se produce cuando tras una controversia todos los científicos de un área incorporan un determinado modo de ver y explicar los problemas, que viene a sustituir al viejo paradigma no sólo recurriendo a valores epistemológicos, sino también de factores externos a la propia ciencia. Kuhn supuso un mazazo

definitivo contra el neopositivismo científico y tuvo la virtud de espolear a las ciencias desde las ciencias sociales, por lo que es imposible dejar de lado los aspectos históricos y sociales de la ciencia a la hora de entenderlo. Desde esta perspectiva podemos concluir que las nuevas ciencias se traducen en lo siguiente:

- La ciencia ya no es el único modo de conocimiento que describe la realidad del mundo.
- La ciencia ya no es nítidamente separable de otras formas de conocimiento.
- Las teorías científicas no siempre tienen estructura deductiva, ni pueden distinguirse de los datos de observación.
- La ciencia ya no es unitaria, ni todas las ramas podrán ser reducidas a la física.
- La ciencia no es neutra ni está libre de valores.

Esto indica el nacimiento y la necesidad de un nuevo paradigma, esto es la Teoría del Caos, que cuestiona directamente la imagen académica de la llamada «ciencia del derecho» que se deriva del neopositivismo que establece los criterios demarcadores que distinguen la ciencia de otras formas de conocimiento. A la pretensión de elaborar un programa de una ciencia unificada, formalizada y axiomatizada por el análisis lógico/formal de K. Gödel, A.N. Whitehead y B. Russell, que conducían al abandono total de la metafísica y al rechazo de todo lenguaje no científico.

Ante la crisis de la llamada «ciencia del derecho» que no supo estar a la altura del ser humano, se sucede otra, como lo plantea Fernández Sessarego,<sup>7)</sup> diciendo, «la crisis actual emerge como un proceso continuo, a menudo contradictorio y conflictivo. Los cuestionamientos, las rupturas, las transformaciones se suceden a gran velocidad.» Y más adelante agrega que «es para todos evidente que en este siglo (finales del XX) se advierte una aceleración significativa, constante y sostenida del proceso de evolución permanente, lo que hace que nuestro tiempo esté

---

<sup>7</sup> «La Crisis del Derecho», en Gaceta Jurídica, t. VIII, W.G Editor, Agosto de 1994, p. 24-A.



signado por la novedad, la movilidad y la incertidumbre.» Lo cual hace necesario un replanteamiento de la teoría y la metodología del derecho para sobrellevar la nueva realidad. Ante esto la filosofía del Caos propone la variedad metodológica y teoría autoorganizativa, contrarrestando así la complejidad planteada por la globalización jurídica, porque, esta situación no resulta ajeno al derecho, que antes podía manejarse en forma empírica y cuasi intuitiva, sobre la base de la tradición y la costumbre y que (ahora) se ha vuelto enormemente complejo y amplio. Los sistemas jurídicos están inextricablemente entrelazados. Ya no existen, prácticamente, los sistemas jurídicos nacionales como entidades discretas. La actividad legiferante ha asumido proporciones antes inimaginables. La masa de jurisprudencia ha tomado dimensiones colosales, han nacido nuevas 'ramas' como

el derecho espacial y el derecho ambiental, nuevas instituciones supranacionales como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, el MERCOSUR, etc. Todo ello hace que deba verse la forma de enfocar lo jurídico y su relación con otros sistemas, especialmente el social, el económico, el político y el ecológico, y para ello entendemos que será útil tanto la filosofía de sistemas como la teoría general de sistemas, ya que ellas al implicar una visión totalizadora y holística, enfocan la realidad desde distintos ángulos y permiten trabajar inter y trasdisciplinariamente, posibilitando de esta manera que el jurista descienda de ese paraíso de los conceptos, del cual hablaba ya Ihering irónicamente en el siglo pasado, y piense, investigue y actúe en consonancia y en relación con científicos y técnicos de otras disciplinas.<sup>(8)</sup> Es hora del enfoque caótico de las creaciones culturales y naturales.

---

<sup>8</sup> Idem, «Una visión sistémica...

# UNA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA INFORMÁTICA\*

Grover Bernardo Mayta Macedo \*\*

## 1. DIALÉCTICA DE LA INCERTIDUMBRE

*«Sepa usted que no destruyo nada: anoto, anoto lo inminente, la sed de un mundo que se anula y que, sobre la ruina de sus evidencias, corre hacia lo insólito y lo inconmensurable, hacia un estilo espasmódico.»*

**Cloran «La Tentación de Existir»**

El sentido de libertad que se practica en Internet es absoluto. Desde la perspectiva de un navegante de Internet diríamos que ya no interesan tanto las teorías, los sistemas éticos, los sistemas de verdades, las estructuras conceptuales y todo ese discurso dominante en la modernidad. Ahora, importa más, aumentar los niveles de información y la metabolización de ésta, para transformarlo en conocimiento. Si consideramos que la velocidad de innovación que opera en la *tecnología* informática es vertiginosa, entonces el caudal de información que circula por la *red*, el desarrollo en los *software*, la facilidad de acceso y la libertad con que la información se expone; nos indica que esta tecnología ha superado toda nuestra capacidad de asimilación, ha desarrollado otros niveles de interacción humana. Pero, en este mundo de dígitos y *ventas* no bastará conocer más, sino saber identificar o distinguir la información o el conocimiento más consistente que permita construir un conocimiento coherente: un conocimiento conveniente.

El acontecimiento del fin del milenio se sintetiza en ese enigma: *de la rueda a la computadora*. Del hombre racional, al hombre tecnológico, deshumanizado. Desde esta perspectiva, la certeza de la digitalización de la civilización humana, le plantea al Derecho desafíos inéditos ante tecnolo-

gías como, la realidad virtual, los algoritmos genéticos, la tecnología nanotecnológica, etc. El Derecho, más que un conocimiento de las formas o las sustancias positivas, necesita elevar su conciencia a la altura de los tiempos, potenciar la inexorable afectación en las percepciones colectivas, en la consistencia de la transvaloración emergente de toda la tradición progresista.

## 2. EL DERECHO Y LA INFORMÁTICA

*«Paren el mundo que quiero bajar.»*

Mafalda.

En medio de esta sensación a vértigo de revolución tecnológica, la estructura conceptual moderna del Derecho y el discurso jurídico positivista se desintegra irremediablemente, a un más, con el positivismo que se practica en casi todo Latinoamérica, su adormecimiento es inevitable.

Desde este enfoque, los principios del conocimiento jurídico clásico se hacen fundamentales. El conocimiento jurídico primigenio expone los principios para encontrar la mejor manera de organizar la civilización digitalizada, la lógica jurídica que tiene como médula, la ética. Esto implica un aumento de conciencia en el hombre de hoy. No olvidemos que el hombre cuenta, como nunca, con el poder ilimitado de una tecnología que se ha constituido, en poco tiempo, en una necesidad básica. Una tecnología que ha superado toda nuestra capacidad de asimilación.

El *planeta del milagro* será posible gracias a la tecnología como computadoras atómicas, constituidas por moléculas. La *utopía del planeta digital* es el siguiente paso. Estamos padeciendo el decaimiento de las

---

\* Resumen de la Tesis de Pre-Grado sustentada por el autor en 1995.

\*\* Abogado por la Universidad Privada de Tacna. Docente Universitario en Filosofía del Derecho.

formas jurídicas modernas y el debut de una era radicalmente diferente. El impacto de la informática nos ha lanzado al hemisferio de los dígitos y su poder se multiplica asombrosamente.

La práctica jurídica actual se transformará hacia las nuevas formas de interacción virtual. De ahí las fisuras en las estructuras teóricas y conceptuales en el Derecho civil, penal, constitucional, etc., las *condiciones de culpabilidad*, la tipificación penal, las categorías contractuales, los actos comerciales, los derechos fundamentales, se desmaterializan con los modos de interacción digital. Hechos como: robo de dinero por satélite, ciudades virtuales, las estafas en cuentas bancarias, la intimidad y confidencialidad en el correo electrónico, la intervención del Estado, la disponibilidad de datos personales en bases de datos privados, y la liberalidad de información como principio, son hechos que la práctica jurídica está asimilando intempestivamente.

No es azar que, el discurso criminológico moderno aún no entienda la filosofía de un *hacker*. La cultura *ciberpunk* constituye valores más radicales como la libertad de información como principio. El menor de los *hacker* tiene 13 años y cuenta con una habilidad especial para navegar en el *ciberespacio*, su curiosidad que lo mueve a constituir un poder inédito; cuenta con un conocimiento «privilegiado» para operar sistemas operativos complejos como el UNIX, domina lenguajes de programación de alta complejidad, repara en conocimientos de análisis matemáticos de elevada dificultad. En fin, cuenta con el poder real de acceder desde cualquier lugar del mundo a sistemas digitales que operen con súper-computadoras desde una computadora *personal* equipada con una pila *Duracel*, con un sistema de tarjetas telefónicas *digitales* (o simplemente robar línea telefónica), integrando con un sistema satelital y conectado a la red: *Internet*. ***Es el poder de la inteligencia contra la ley.***

**Los tipos penales** de *control social* han degenerado en arcaicos, no funcionan: el 4 de enero de 1995, después de un mutismo absoluto se filtró una información alarmante: un joven inglés, de apenas 16 años de edad, quien desde marzo de 1994 hasta junio de ese mismo año había logrado ingresar a la red secreta de comunicaciones del Pentágono, y tras leer una importante información

que contenía planos de ubicación de misiles, inteligencia de campo y planes estratégicos sobre una reciente tensión bélica con Corea, la copió y luego introdujo en uno de los foros de Internet. Los expertos informáticos del servicio secreto norteamericano creyeron en un principio que se trataba de un acto de espionaje y después de un seguimiento de varios meses el confiado joven fue puesto al descubierto en julio de 1994 al quedarse dormido con su terminal encendido y conectado al computador principal del Ministerio de Defensa estadounidense. La policía británica arrestó inmediatamente a quien en los correos electrónicos era conocido con el seudónimo de «Data Streaan», el mismo que admitió ser un «craker» y haber actuado únicamente por diversión. Es un hecho que su poder se incrementará a la par con la evolución de la tecnología de la *autopista de la información*. ¿Qué otras posibilidades se articularán en el ciberespacio cuando contemos con todo el poder de Internet en una sociedad que se digitaliza?; ¿Con cuánto poder digital contará el *hacker* cuando esa sociedad sea real?; ¿Qué pasará con los dominios de la ***imagen del pensamiento penal moderno?***; ¿Qué tipo de conocimiento jurídico será el que organice esa sociedad digital?.

### 3. DISCURSO INFORMÁTICO

No se sabe lo que significa el Derecho informático. La conceptualización de las cosas es un acto del conocimiento moderno. El contenido del acontecimiento informático está más allá de las sistematizaciones tradicionales. Se ha convertido en hecho que configura, no sólo relaciones jurídicas inéditas, sino un discurso inédito.

Plantearnos las *formaciones discursivas* que se dan en la informática. Esto es observar como se crean las nociones, las definiciones, como ciertos patrones valorativos se convierten en dominios de pensamiento. Implica una tarea de relojero, y esta tarea va en contra de muchas visiones ortodoxas, respecto de la visión del Derecho.

Si tomamos el prisma de Michel Foucault, nos plantearíamos una desacostumbrada interpretación: ¿cómo se forman las nociones, los conceptos, las categorías oficiales, las clasificaciones, los sistemas de verdades?; ¿Qué discurso está inventando el Estado informatizado para controlar la información?;

¿Cómo se están constituyendo los dominios de pensamientos virtuales?

No olvidemos que la formación de los conceptos, nociones, es un proceso, por lo que sólo conocemos, de su formación discursiva y su ordenación sistemática, «la fase última, el resultado en última instancia de una elaboración largo tiempo sinuosa en la que están en juego la lengua y el pensamiento, la experiencia empírica y las categorías, lo vivido y las necesidades ideales, la contingencia de los acontecimientos y el juego de las compulsiones formales. Detrás de la fachada visible del sistema se supone la rica incertidumbre del desorden; y bajo la tenue superficie del discurso, toda la masa de un devenir por una parte silencioso: un «presistemático» que no es del orden del sistema; un *prediscursivo* que proviene de un esencial mutismo.»

#### 4. ARQUEOLOGÍA NANOLÓGICA

*«La calle no era la misma, todo era penumbras, todo olía a enfermedad: la música de Mozart había desaparecido de la faz de la tierra, el hombre no era más.»*

Luis Vincent

La nanotecnología consiste en el desarrollo de tecnología en miniatura. Si esta tecnología se desarrolla a los niveles de los sistemas de información digital se logrará construir –lo que los nanoarquitectos llaman– el «planeta de los milagros». Trabajar a nivel molecular con tecnología digital constituirá un poder inédito que estará a disposición del ser humano. Esta tecnología contara con el poder y la capacidad de diseñar todos los objetos necesarios e inimaginados. Habrá programas que permitirán diseñar cualquier cosa. En el mundo nanológico los estilos más populares serán los del pasado lejano: la nanosíntesis sabe imitar materiales que se han vuelto rarísimos como la madera, la tela o el cuero. En esta época, en los mundos encapsulados del espacio, se divierten haciendo surgir una ciudad entera en dos días que será reciclada a la semana siguiente. Es un deporte colectivo en el que participan decenas de millares de jugadores adeptos de la nanotextura o arquitectura nanológica. La tierra se convierte en un parque planetario ancestral protegido. Continentes enteros son devueltos a la naturaleza, otros fun-

cionan como museo de milenios pasados. Los nanotextos tienen la tarea de la resurrección de todos los monumentos antiguos como si acabaran de ser construidos. Todos los estragos del tiempo pueden ser borrados. El nuevo lema es que la tierra debe convertirse en el planeta de los milagros. El deseo de recrear ya no conoce límites, los nanoartistas se sueltan, el público exige siempre más color, relieve, volumen. Los árboles sintéticos se encargan de la descontaminación. Su follaje filtra y oxigena el aire, sus raíces absorben las sustancias tóxicas del suelo y del agua. Casi ninguna persona vive sobre la superficie de la tierra, los habitantes viven en el fondo de los mares. Seres humanos nanomodificados, dotados de branquias artificiales para respirar, practican la agricultura subacuática. Aquí las ciudades se disimulan en los paisajes submarinos. Están unidos por túneles transparentes por donde hay vehículos en levitación magnética.

En el siglo XXVI la nanotextura visionaria alcanza su edad de diamante. Los palacios y los parques de diversiones desafían a las leyes de la gravedad. Ellos materializan los sueños de los niños y las fantasías de los poetas. Se puede visitar la ciudad de geometrías suspendidas. En el último tercio del milenio la nanotecnología engendra al androide, criatura sintética, autónoma e inteligente a imagen humana creada para servir al hombre. Se entabla un enorme debate: ¿los hombres y los androides tienen los mismos derechos? ¿Tienen conciencia propia? Antes de los androides el hombre fabricaba robots cada vez más perfectos, pero estos sólo eran mecánicos. Año 2610: una nueva criatura nace en los recipientes de la nanosíntesis: el androide. Los progresos de los tejidos nanoplásticos y autoprogramados le dan la apariencia exacta de lo viviente, el androide es un ser sensible, pero ¿está dotado de conciencia? En el origen es un esclavo, su obediencia es perfecta. Pero ¿quién podría predecir si esa producción en serie no daría origen a una segunda humanidad?

#### 5. ¿QUÉ ES UN VIRUS INFORMÁTICO?

A diferencia de los virus biológicos, el virus informático está hecho por el hombre, básicamente es un pequeño programa o *software* escrito para que realice, destruya, altere, reviente, distorsione destrucción y alteración. ¿Quién los escribe?

hackers, bromistas o individuos con objetivos específicos: dañar base de datos, depredar la información de una empresa, etc.

Un virus digital es un pequeño *software* o programa diseñado con el único propósito de introducirse en un sistema de cómputo (memoria del ordenador) para ejecutarse y reproducirse. Lleva ese nombre porque tiene características semejantes a un virus biológico. Para que un programa dañino o nocivo infecte un sistema, debe ser ejecutado, no puede infectar un sistema si sólo ha sido copiado.

Una variante de los virus se llama «caballo de troya», porque están disfrazados de programas útiles. El poder de multiplicación hace a un virus diferente de un gusano de computadora. Los programas gratuitos, que son *bajados* desde Internet pudieran ser Caballos de Troya. Un gusano o un Caballo de Troya realiza daño una sola vez, pero la habilidad del virus es, reproducirse y esparcirse impredeciblemente. Existen los macro virus escritos en lenguaje de macro de Word o Excel. Puede esconderse en los documentos escritos en estos programas y surge la pregunta si se desea ejecutar los macros, hay que decirle que no. Así su sistema no será infectado, aunque el documento lo esté.

## 6. ¿CÓMO PIENSA UN HACKER?

Lo que motiva a un *hacker* reventar sistemas son variadas, he aquí algunas expresiones que se dieron en una reunión informal de piratas cibernéticos realizada en San Francisco, un joven de 14 años de los Altos, California, que se identifica sólo como Undrgrnd, explica: «Uno lo hace a manera de broma o para vengarse. Yo lo hago para divertirme».

Su amigo, CMD, un joven de 17 años de Newark, California, afirma: «Yo sólo quiero ver en cuantas páginas me puedo colar». Un hacker que tuvo acceso a los sistemas de la sociedad de Psicoanalistas del gobierno británico insistió en que sólo trataba «de impresionar a su novia».

En diciembre de 1994, cinco minutos después que el gobierno británico pusiera en línea su página en la Web, un estudiante de la Universidad de Edimburgo, Escocia, «la abrió, no le gustó y modificó el diseño», recuerda Robert G. Hughes, en-

tonces ministro de Ciencias.

«La dirección de comunicaciones del gobierno estudió los cambios, decidió que el estudiante tenía razón y lo contactó. Desde entonces ayuda a la entidad en el diseño de su página», explicó Hughes.

«Yuyo», un hacker argentino que accedió a conceder una larga entrevista televisiva protegiendo su identidad bajo un pasa montaña, que hacía un curioso contraste con su atuendo yuppie, penetraba los sistemas informáticos de las líneas aéreas británicas saboteándolas con acciones tan elaboradas como contratar el avión a Suiza, para luego hacer que desviarán su ruta en pleno vuelo, o gestionar aeropuertos londinenses, confundiendo los turnos de vuelo. Al provocar millones de dólares en pérdidas a la aviación civil británica, «Yuyo» actuaba por un impulso nacionalista: vengar la derrota argentina en la guerra de las Malvinas.

Los hackers tienen sus héroes, lo cual no es de extrañar, cuando se sabe que es habitual que las grandes corporaciones de la industria informática, e inclusive los gobiernos, contraten a los mejores de ellos para encargarles el manejo de sus sistemas de seguridad. Uno de los casos más célebres sucedió cuando un joven hacker berlinés, detenido en 1990 por vender información sobre programas militares de la OTAN a la URSS, fue contratado por los servicios de los Estados Unidos tras purgar unos meses de prisión. Como en la mejor tradición del western clásico, el forajido terminó convertido en sheriff.

La alternativa de convertirse en un respetable miembro del *stablishment* no es atractiva para los más duros entre los hackers. Ellos valoran su quehacer como eminentemente político y abiertamente antisistemático. Así lo han proclamado en la declaración de principios que aprobaron en la «Convención Galáctica» realizada en Ámsterdam en 1989, que reunió a hackers de todo el mundo. Sus teóricos señalan los riesgos que supone la sociedad que se vive con las nuevas tecnologías de la información y la llaman a oponerse al vandalismo de los derechos personales por estados que tienen en las tecnologías de manejo de información una poderosa herramienta de control social. La consignan «¡No a la sociedad de información, sí a una sociedad informada» resume bien el sentido de su ideario.

# NECESIDAD DE POSTMODERNIZAR LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE LA CIUDAD DE TACNA\*

ALEX RICARDO ZAMBRANO TORRES \*

## 1. LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA

Frente al panorama de la Modernidad que logró varios avances para desarrollar la organización jurídica de la sociedad, pero que resultaba, en la práctica, insuficiente para resolver los conflictos de intereses, pues dejaba de lado algunos aspectos fundamentales del ser humano, surge una nueva concepción, la Postmodernidad, que como un desencanto crítico se propone como un fenómeno tonificante de la vida.

### 1.1. LA GENEALOGÍA DE LA POSTMODERNIDAD. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Podemos encontrar la genealogía de la Postmodernidad entre la primera y segunda guerra mundial. Teoría mediante la cual la razón es criticada y también la época de la historia que habría usado como paradigma. La edad de la razón (la Edad Moderna) es puesta en tela de juicio. Surgen teorizaciones como la de Sengler con su libro «La decadencia de occidente»; asimismo como la obra de Ortega y Gasset con «*La rebelión de las masas*»; resalta la escuela de Frankfurt; se produce la caída de Berlín, todo como un desencanto crítico del anterior régimen.

### 1.2. EL DESENCANTO POSTMODERNO (CRÍTICA DE LA MODERNIDAD)

Este desencanto postmoderno propone nada de universalismos, nada de racionalismos; existe una irritación por la desaparición de las particularidades, entre en análisis la metanarrativa, el metalenguaje, y comienza un nuevo derecho vital,

a partir de la crisis de la modernidad y crisis de la sociedad. Esta crisis se da en los saberes, en la filosofía, en la economía, en el arte, la ciencia, la política, las relaciones sociales. Todo entra en un nuevo análisis, incluso se critica los mecanismos del progreso, la visión bidimensional.

Surgen autores que tratan de la modernidad en decadencia, como Nietzsche, Heidegger, Foucault, Derrida, Lyotard, Habermas. La crisis de la modernidad trae el fin de la historia y de los metarrelatos, el fin de la verdad universal, del sentido unívoco. Frente a esto nace la postmodernidad que sustituye la cultura por multiculturalidad, la universalidad por la pluralidad, el monosentido por el multisentido.

### 1.3. ¿QUÉ ES POSTMODERNIDAD?

La Postmodernidad plantea una crítica de la razón ilustrada, de la universalización, del objetivismo, de los metarrelatos, de los dogmas modernos, así como de los sistemas cerrados, y hasta de la verdad objetiva.

La Postmodernidad cuestiona todo; es una rebelión contra una razón demasiado rígida; no es una vuelta al atomismo, individualismo egoísta; hay preocupación por el todo, pero desde la parte; se cree en un orden, pero diferente al racional (matemático y rígido), que no sacrifica la diversidad. Se cree en una razón que respeta lo complejo, lo diverso; no se trata de un anarquismo intelectual; ni de una condena a todo sistema; no reivindica indiscriminadamente los particularismos, ni dignifica a priori lo irracional; no se refugia en el relativismo, ni pretende confundir sino solucionar; se cree en

---

\* Resumen de la Tesis de Pre-Grado sustentada por el autor en el 2000

\* Abogado por la Universidad Privada de Tacna. Actualmente se desempeña como Asesor del Distrito Judicial de Tacna y Docente Universitario.

el riesgo y el azar dentro de su sistema de operaciones; se trata más bien de una especie de revolución del cerebro, que no se queda en una etapa histórica, sino que es un movimiento intelectual; una forma de cambiar el mundo, de comprender el mundo; de explicar los fenómenos dominantes, y creer en la aldea global; así como creer en el caos como consustancial al orden; creer también en la hiperrealidad, en la realidad virtual, en el ciberespacio, en la realidad artificial.

Jean- Francois Lyotard, en su libro «La condición postmoderna» delinea los argumentos que ayudan a definir a la postmodernidad; explicando que el post no significa retroceso, sino un fenómeno crítico; una cierta desconfianza en el progreso por la tecnología; y la ruptura con las verdades modernas; ruptura también con las verdades universales. La Postmodernidad para este autor, es una actitud, aptitud, ideología.

Sin embargo, la Postmodernidad se muestra en dos sentidos, como crítica de la modernidad, negación total de los contenidos de la modernidad criticada; y en segundo lugar la Postmodernidad como continuación de la modernidad,

Por otro lado, se considera a la Postmodernidad como aquella continuación de la modernidad. Y con Habermas, se explica que es la reinención de la modernidad, o una secuencia e impulso de los elementos esenciales de la modernidad, donde se exalta al individuo, la organización social, la democracia política, la liberación económica, la diversidad cultural, y la aceptación de las diferencias.

#### **1.4. RASGOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA**

Dentro de los rasgos más saltantes de la Postmodernidad de pueden vislumbrar:

##### **a. EL SENTIDO POLISÉMICO DEL DERECHO Y LA EXTINCIÓN DEL MONOSENTIDO EN LOS ASPECTOS APLICATIVOS DE LA NORMATIVIDAD**

Que significa que el mundo, la vida social y jurídica tiene varias significaciones,; esto no significa que la concepción del Derecho se vaya a desestructurar o desorganizar, sino que debe existir cierta con-

fluencia temporal de criterios de decisión.

##### **b. EL FIN DE LA HISTORIA. CRISIS DEL PENSAMIENTO POLÍTICO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD**

El fin de la historia, como elemento de la Postmodernidad, significa que ha llegado el fin de la historia unitaria, y se cree más bien en la validez de historias diversas, variadas, rescatando el carácter local y particular de la realidad. Sucélese el fin de los fundamentos de la modernidad, y la negación de los proyectos de esta, así como el fin de la experiencia como conocimiento válido; e incluso se considera que el progreso y la superación ya no significarían necesariamente el desarrollo.

##### **c. NIHILISMO. PÉRDIDA DE VALIDEZ Y LEGITIMIDAD DE LOS VALORES JURÍDICO SUPREMOS DE LA MODERNIDAD**

Otra característica de la Postmodernidad es que ésta se concibe como la negación total de todo conocimiento, pero también como punto de partida para salir de los errores cognoscitivos; punto para la no inflexión para crear un nuevo tipo de pensamiento; donde los valores supremos pierden validez; y hay una nueva percepción de que formas sociales, culturales y tradiciones y jurídicas se van desintegrando. Se revela la vida política y jurídica deformada, de los valores jurídicos tradicionales. Así el ser humano es puesto dentro de un proceso que estaba desintegrado. La Postmodernidad como nihilismos concebido como negación total de todo conocimiento, pero también como punto de partida para salir de los errores cognoscitivos.

#### **2. ELEMENTOS DEL DERECHO POSTMODERNO**

##### **2.1. EL INDIVIDUALISMO COMO INTERÉS SUPREMO. ARMONIZACIÓN ENTRE LOS INTERESES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y LOS INTERESES COLECTIVOS, ENTRE INDIVIDUO Y ESTADO**

Dentro de los Elementos que postula el Derecho Postmoderno tenemos al interés del individuo, es decir, lo que en este mundo importaría sería el

interés individual, y puesto que en último término lo que el ser humano hace es perseguir sus intereses independientemente de las justificaciones que para ello hayan dado.

Maximizar los intereses individuales sin minimizar los intereses de los demás es el punto eje de un derecho postmoderno.

Así, si todos están enfrentados los unos con los otros (Hobbes) el orden jurídico sólo existiría para regular los intereses, para encuadrarlos dentro de un marco general, pero no específico, que permita el juego y la creación de los propios medios del hombre a llegar a sus máximos intereses.

La postmodernidad no cree en la justicia como ideal del bien común, sino de bien particular; de igual forma el hombre cree en la justicia o la igualdad sólo por ser la defensa de sus intereses, no por amor al pueblo; así como busca la justicia, sólo porque le es necesario para proteger sus intereses. En conclusión el hombre ya no requiere del ESTADO para que lo dirija, sino sólo para que proteja sus intereses; el hombre decide qué es bueno y qué malo.

Las soluciones jurídicas habrían de crearse por los propios hombres necesitados, para evitar engorrosos procesos judiciales, como por ejemplo, los medios alternativos de solución. Y la ley debe concretarse y reforzar su expresión en los derechos individuales, para prestarle la máxima garantía a estos intereses individuales.

## **2.2. LA RACIONALIDAD JURÍDICA COMO PROCESO PARA UN ORDENAMIENTO JURÍDICO CON INTERNA COHERENCIA**

Otro de los elementos del Derecho Postmoderno es la Razón operativa. El problema consiste en que quien crece con la razón describe el mundo tal cual es, y desde allí intenta comunicar a los otros como deben pensar y actuar correctamente.

La Razón Operativa, es más bien, un cálculo de las posibilidades de realización de nuestros interés antes que un sistema ideológico que se impone desde arriba y que determina cuales deben ser nuestros intereses y pasiones; la racionalidad, así enten-

dida, es más que un dato, una aspiración y un propósito; la racionalidad se dirige a obtener cierta coherencia interna; permite que el ordenamiento tenga cierta coherencia interna, de tal forma que la razón ya no sería una ideología salvadora.

## **2.3. INVALIDEZ DE LOS DISCURSOS E IDEOLOGÍAS TOTALIZANTES Y NUEVOS SISTEMAS DE METARRELATOS DE LA VERDAD JURÍDICA**

Este elemento consiste en que la ideología como principio universalizante ya no es aceptada; promoviendo la libertad sin moldes, sin ideologías totalizantes. Así no hay lugar para viejos discursos que se pretendía como absolutos, plenos, y más bien se pretende deshacerse de viejos discursos, deshacerse de clasificaciones cuadradas. Se forma un mundo donde la verdad pasa a ser una noción con historia, y sale en evidencia el fin de los discursos ciertos como las ideologías, una libertad sin ideologías dogmas, puesto que el dogma supone creer tener un conocimiento verdadero y absoluto.

## **2.4. REIVINDICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS. EL ESTADO Y EL DERECHO HORIZONTAL. ABANDONO DEL MONOPOLIO DE LA SANCIÓN**

El Derecho Postmoderno propone la aceptación de las diferencias, y por lo tal la necesidad de articular esas diferencias; y puesto que no hay centros, sino simultaneidad de presencias, de creencias y valores sociales y jurídicos.

Articular las diferencias significa también que el ESTADO deberá disminuir, para coordinar los intereses individuales, y lo hará a través de la educación; asimismo el derecho se estructurará más mediante contratos (Derecho horizontal) que verticalmente mediante normas generales; el Estado no tendrá así el monopolio de la sanción, sino que las reglas surgirán de común acuerdo de las partes que verán la necesidad de no hacer trampa para negociar; las reglas surgirán del juego entre las partes; las reglas se cumplirán para que el juego no se frustre. El Estado, entonces, debe perder parte de poder para dárselo al individuo; sin embargo cabe anotar que el Estado es una amenaza constante porque para ser tal tiene que tener más poder que



cada uno de sus ciudadanos; lo que supone que al parecer siempre tendremos que pagar un precio por la protección del Estado, sin embargo, en la postmodernidad será mínima

El derecho postmoderno debe articular el orden dentro de la diversidad y viceversa, rescatando la diversidad cultural y normativa; abandonando las urgencias universalistas; articulando diferentes manifestaciones de lo múltiple. En este Derecho postmoderno existe una referencia al interés general, pero articulándolo con el interés personal, individual; es pues una totalidad abierta.

### **2.5. LA TEORÍA PERSPECTIVISTA EN EL DERECHO Y EL DERRUMBE DE LA ESTABILIDAD Y PERMANENCIA DE LA NOCIÓN DE PLANIFICACIÓN**

El Derecho Postmoderno plantea el problema que las planificaciones a largo plazo son el resultado de la soberbia generacional que intenta imponer sus ideas y sus metas sobre las generaciones siguientes; intentando encasillar el futuro dentro de ciertas líneas. Sin embargo existen particularismos que hacen del Derecho una diferenciación, un acto de diferenciación; así existen tantas realidades como puntos de vistas; y hay variedad de criterios frente a esta multiplicidad de puntos de vista

### **2.6. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LA PERSONA MEDIANTE EL CONTRASTE CON LA REALIDAD (DERECHOS RECONOCIDOS AUN SIN LEY)**

En el nuevo Derecho Postmoderno los derechos serán reconocidos aún sin ley, pues los conocimientos sobre la validez de los hechos deben plantearse de nuevo; así mismo los particulares pueden crear reglas de conducta y reglamentar sus respectivas relaciones jurídicas.

Dorwkin escribe que los derechos pueden ser reconocidos aún sin ley, aún contraponiéndose a la ley positiva si es que se compone de acuerdo a ciertos principios morales que justifiquen el reco-

nocimiento de tales derechos. ¿Cuál sería el exponente fundamental?

El derecho no se puede subsumir, excusar ante la realidad; y el nuevo requisito para la aplicación o no de la ley deberá ser su contraste con La Realidad como condición. Así la teorización sobre la Relación jurídica se pone en alto relieve, pues la simple existencia de dos personas en relación produciría una relación jurídica.

### **2.7. CRÍTICA AL PRINCIPIO MODERNO DE UNIVERSALIZACIÓN DE LAS NORMAS, E ILEGITIMIDAD DE LAS CONCEPCIONES SOBRE LA RAZÓN ESPECULATIVA O TEÓRICA**

Este nuevo Derecho Postmoderno renuncia al principio moderno de universalización de las normas y por lo tanto del Derecho. Hay una revelación más sobre el Estado de Derecho, pues debe hablarse ahora antes de un Estado de Justicia, donde exista Seguridad Jurídica. Esto producido por que se camina más bien al cambio constante de todo, sin regla superior permanente alguna, salvo la del constante cambio o variación.

### **2.8. SEGURIDAD DINÁMICA VS. SEGURIDAD ESTÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Otra realidad del Derecho Postmoderno es afianzar la Seguridad Jurídica Dinámica, frente a la Seguridad Jurídica Estática, ésta última pedía que las normas sean estables y no cambiantes, con las cuales se podría predecir el futuro de sus actos jurídicos; sin embargo, con los cambios sociales, se requiere cierta flexibilidad, cierto reamoldamiento; esto revela que un Derecho rígido no se adecuado a las necesidades y entonces el hombre exige que este derecho se adecue a sus necesidades; así incluso el nuevo arte del abogado sería el arte de las modificaciones legales; y la Seguridad Estática (preservación de los antiguos derechos establecidos) se confrontaría con la Seguridad Dinámica (protección de personas comprometidas en nuevas actividades).





## CONFERENCIAS

## Del diagnóstico a la perspectiva\*

Ing. León Trahtemberg\*\*

Les agradezco esta oportunidad para compartir algunas reflexiones con respecto al desarrollo del país y la estrecha vinculación que hay con la educación, quisiera empezar recordando que todas las encuestas de opinión cuando se pregunta cuáles son los problemas de país señalan cuatro: desempleo, pobreza, inseguridad y corrupción, generalmente ninguno de los cuatro se tratan ni en los colegios ni en las universidades, hacemos de cuenta que no existen esos problemas y formamos a los niños y los jóvenes universitarios un poco desconectados de lo que pasa a su alrededor y de su responsabilidad frente a estos temas en el momento que les toque actuar profesionalmente, por qué quiénes son los corruptos, quiénes son los pobres, quiénes son los desempleados, los criminales o las víctimas de los criminales, son gente como ustedes, profesionales como ustedes, de manera que tratar estos temas tiene una relevancia social enorme y es un primer elemento sobre el cual vale la pena reflexionar.

En segundo lugar, cada vez más que me piden hablar de educación hablo de empleo, y por una razón muy sencilla, el sistema educativo es el gran proveedor de los recursos humanos calificados que después tendrán que insertarse en el mercado laboral, el sistema educativo forma ciudadanos por un lado, pero también personas productivas por otro lado, y estas personas que han sido calificadas para ser productivas tienen que insertarse en un mercado laboral que consume esta mano de obra calificada, académico, profesional, técnico; y los países que mejor funcionan, son aquellos en los cuales hay un empate entre lo que provee el sistema educativo y lo que consume el mercado laboral y el mundo empresarial. Países como el Perú donde hay un divorcio entre

el sistema educativo que marcha por un lado y el sistema laboral que marcha por otro, evidentemente son mucho más ineficientes y mucho más inefectivos que los países donde sí hay este diálogo entre el mundo de la educación y el mundo de la empresa. Y esto tiene un correlato en términos reales que se puede evaluar en distintos espacios, pero voy a tomar uno. En este momento hay tres millones de peruanos viviendo en el extranjero, si le quitamos a estos tres millones los niños y los ancianos, quedan dos millones de peruanos que trabajan en el extranjero, ¿pero en qué trabajan?, con la excepción de pequeños porcentajes de distinguidos médicos, abogados, economistas, arquitectos, la gran mayoría trabaja en puestos de calificación media y baja, la gran mayoría trabaja de chóferes, lavaplatos, enfermeras, empleadas domésticas y empresarios pequeños que tratan formal o informalmente ganarse la vida.

Ahora veamos al revés, en el Perú hay más o menos 300 mil extranjeros que trabajan, la pregunta es en qué trabajan, hay como dos segmentos: los latinoamericanos, chilenos, argentinos, bolivianos y demás, también los vamos a encontrar en toda la escala, entre los más calificados y los menos calificados; y los europeos, los asiáticos, norteamericanos, casi todos están en el segmento superior, son los que dirigen las empresas, son los ejecutivos, son los ingenieros, son los planificadores, son los evaluadores de proyectos, las grandes transnacionales y no pocas empresas nacionales, contratan profesionales, técnicos, ejecutivos y gerentes del extranjero, del primer mundo para operar sus empresas en Lima, en parte porque una empresa transnacional tiene una cierta fidelidad con los profesionales de su país de origen, pero también en parte porque no encuentran en el Perú a las personas calificadas al mismo

---

\* Conferencia dictada en la apertura del año académico 2008, en la UPT.

\*\* Especialista en Educación

estándar como lo tendría un sueco, un alemán, un inglés o un japonés, entonces buscan en el extranjero porque no encuentran acá. Entonces lo que vemos es que el Perú provee recursos humanos hasta un cierto techo de calificación, mando medio para abajo y los extranjeros que vienen al Perú más bien ocupan mando medios y altos, con los mejores sueldos por supuesto, y con una educación que les da ventaja frente a los nuestros y esto ocurre porque el mundo está globalizado porque la tierra está plana porque no hay fronteras en el mercado laboral y cada vez va a ver menos.

Ahora veamos qué pasa en el planeta, porque a veces cuando estamos en un país como el Perú o en una región como en Tacna, perdemos la perspectiva de cuál es el mundo en el que estamos insertados, estamos insertados en un mundo que tiene 6 mil quinientos millones de habitantes, de esa cantidad, más o menos 2 mil millones son menores de 15 años o de tercera edad que no están en condiciones de trabajar, quedan 4 mil quinientos millones en edad de trabajar, de esos 4 mil, 2 mil ganan menos de dos dólares diarios, 500 millones de esos 2 mil ganan un dólar diario, esos son los pobres extremos del planeta. De los dos mil millones todos quisieran trabajar, quisieran tener un trabajo para ganar 10, 20 ó 50 dólares diarios, pero no hay, no están calificados, no tienen la educación ni las condiciones culturales para poder competir con los que ganan más de dos dólares diarios, entonces están resignados a estar excluidos del planeta, sobreviven con uno a dos dólares diarios.

Nos quedan entonces 2 mil 500 millones de personas que están ocupadas parcial o totalmente, de manera continúa o por épocas, en el mundo del empleo donde ganan más de dos dólares diarios, digamos entre 3 dólares y todos los millones que se imaginen, en ese grupo hay 2 mil 500 millones, a grosso modo. De ese grupo que trabaja, cada vez menos tienen beneficios sociales, seguro de salud, seguro de desempleo y jubilación, en el Perú por ejemplo, sólo el 25% de la PEA tienen derechos sociales, el resto son trabajadores eventuales, pequeños empresarios informales o trabajadores por honorarios que tienen empleo pero no están en planilla, uno de cada 4 en el Perú y esa es la tendencia en el mundo.

Ahora qué ha pasado en el mundo, lo que ocurre es lo siguiente, todo aquello que puede ser mecanizado o automatizado, se automatiza, todo lo que puede ser hecho por robots se traslada a los robots, entonces los trabajos rutinarios que implican una rutina predecible y preestablecida paulatinamente pasan a convertirse en un software de un robot, exceptuando los que cuestan menos que un robot, esos son los campesinos pobres que ni siquiera justifican un robot, porque lo que ganan es tan poco, porque es preferible tener a 500 personas trabajando a un dólar diario que comprar una maquinaria automatizada, pero también eso va a ir desapareciendo.

Veamos cómo es que algunas actividades si sobreviven y cómo es que están impactando en el mercado laboral planetario. El mundo antes de entrar a esta globalización ha tenido dos sub globalizaciones, la primera globalización era la del mundo comunista, un mundo de economía cerrada en la que todos los bienes y servicios que se producían se comerciaban entre sí solamente, el otro era el sub mundo capitalista, globalizado crecientemente, donde todos los bienes y servicios que producían circulaban por todos los países capitalistas. Entonces teníamos, a grosso modo, entre China, India, Rusia y los países comunistas, más o menos unos 3 mil millones de habitantes, de los cuales 1,500 millones producían los bienes para todos ellos y al otro lado teníamos 3,500 millones de habitantes y otros 1,500 millones de trabajadores que producían para el mundo capitalista, entonces en suma teníamos 3 mil millones de trabajadores de ambos sub mundos. Cuando en el año 90 en adelante se abren las fronteras de China, de Rusia, de los países comunistas y de India, lo que ocurre es que los 3,000 millones de trabajadores del mundo se mezclan y producen los bienes y servicios para todo el planeta, pero hay una diferencia, la diferencia es que el ingeniero electrónico formado en Estados Unidos ganaba 120 mil dólares al año y el ingeniero electrónico formado en China ganaba 20 mil dólares al año, ¿entonces que ocurre con el mercado laboral? paulatinamente los empresarios norteamericanos y europeos empiezan a darse cuenta que pueden reducir significativamente sus costos si colocan sus plantas en China, entonces viene un corrimiento de

la instalación de las empresas hacia ese país y a nivel de servicios ocurre lo mismo con India, donde hay buenos profesionales formados en ingeniería, informática, programación, telecomunicaciones y además todos hablan inglés. Entonces China se vuelve el lugar donde en el que se produce los bienes que necesita todo el planeta e India se convierte en el principal lugar donde se producen los servicios a distancia para todo el planeta, pero eso tiene un efecto en la ocupación y remuneración, porque si en Estados Unidos costaba 120 mil dólares al año un ingeniero y en China e India 20 mil dólares, el traslado de las plantas a esos países hace que la remuneración tradicional de los norteamericanos y europeos se caiga y empiece a subir la remuneración de los chinos e indios. Pero no sólo cae la remuneración, sino también cae el empleo, porque si más y más empresas se colocan en China e India, el empleo está allá, entonces empieza a haber una migración de profesionales y técnicos hacia esos países.

Lo que tenemos hoy es un mundo en el cual ser un profesional tiene una remuneración decreciente, empleo más escaso, mucha competencia por los pocos empleos mejor remunerados, porque la cantidad de chinos, indios, rusos, ahora polacos, rumanos, irlandeses, etc., que van produciéndose a un altísimo nivel profesional, académico técnico, es tal que ya ni siquiera Estados Unidos, Canadá y Europa pueden sostenerse frente a esa competencia y empiezan a caer los empleos y remuneraciones en el primer mundo. Cuando empezamos a ver eso en el primer mundo, uno se pregunta ¿qué nos queda a nosotros?, ¿dónde vamos a encontrar espacio nosotros, cuando esto está ocurriendo en el primer mundo con tendencia a crecer inclusive?, cada vez los ingenieros y los técnicos que producen China e India son de nivel más alto. Había una época que los chinos solamente eran conocidos porque producían juguetes, rompecabezas, objetos de plástico, hoy en día están produciendo satélites que van al cosmos, tecnología de automóviles, informática, electrónica, de primera línea, hay productos donde todavía son malos y están aprendiendo, pero hay otros donde están de igual a igual con lo mejor de Europa y Estados Unidos. Ese es el mundo en el que tienen que entrar los estudiantes de esta Universidad y del Perú, y ese

es el mundo para el cual hay que formar a los alumnos señores docentes y catedráticos. Sino tenemos presente y visible ese mundo estamos fuera de juego.

Quiero darles dos ejemplos de cómo esto ha golpeado duramente a algunas de las economías más importantes del mundo, como es la francesa. Francia es la quinta potencia económica del mundo, en Francia actualmente hay un 10% de la población desempleada pero entre los jóvenes de 19 a 25 años sube a 25% el desempleo, la gran potencia francesa tiene a 1 de 4 jóvenes menores de 25 años desempleados. Hace algunos años cuando Sarkozy, el actual presidente, era ministro del Interior, sugirió dos reformas al mercado laboral, la primera fue rebajar la jornada laboral de 45 a 39 horas de los que tenían trabajo, ¿cuál era la idea detrás de eso? con las 6 horas ahorradas por cada trabajador se lograba que por cada 6 trabajadores se generara un puesto de trabajo, teóricamente. La idea era, si reduzco las 6 horas entonces voy a producir un nuevo trabajador, que ocurrió en la práctica, se redujo el número de horas, pero no aumento los puestos de trabajo, por la sencilla razón que las empresas por eficiencias y por desarrollo tecnológico no necesitan más gente, al contrario, si pudieran reducirían más. Entonces se le ocurrió una segunda fórmula, permitir que los contratos de primer empleo, que en Francia tienen una duración máxima de seis meses, pudieran durar dos años, durante este primer empleo el trabajador francés es calificado de aprendiz no tiene los beneficios sociales que tiene el estable, tiene un ingreso menor, entonces dijo si prolongo a dos años el empleo temporal es un incentivo a las empresas para contratar jóvenes, porque les va a costar menos, y además les resolverá un problema: la capacitación de los nuevos trabajadores, porque hoy día un practicante tiene que aprender a manejar un máquina de uno a cinco millones de dólares requiere todo un proceso de instrucción y nadie se arriesga a colocarla a cargo de un principiante, en cambio una persona que va a estar dos años por lo menos justificaba la instrucción.

¿Pero que sucedió?, salieron a protestar dos sectores, en primer lugar los jóvenes que en lugar de decir esto me va a dar una oportunidad de empleo, dijeron tenemos derecho a un empleo

estable a partir del sexto mes, no aceptamos que nos conviertan en mano de obra barata; y los mayores que ya tenían empleo estable, que vieron una amenaza que se quisiera contratar jóvenes y deshacerse de los mayores dijeron no de ninguna manera, tanto los jóvenes como los mayores dijeron que no y con estas negativas lo que ha ocurrido es que Francia está atracada con una altísima tasa de desempleo y no la puede resolver, y estamos hablando de Francia, por analogía también Alemania, Inglaterra, etc., que son grandes potencias con enorme industria, gran tecnología, con producto bruto interno envidiable, un ingreso per capita muy alto y no pueden resolver el desempleo de sus profesionales y académicos. **¿Si eso pasa en Francia qué cosa es lo que nos espera acá en el Perú?**

Quiero agregar una dimensión más, que es la dimensión de India, como está jugando India su rol en este mercado laboral. India ha formado desde la época que era colonia inglesa excelentes institutos de formación de ingenieros, técnicos e informáticos, no se han especializado en bienes sino más bien en servicios. Les doy un par de ejemplos para que vean de lo que se trata. Si ustedes llaman a un call center, que es un centro de llamadas para consultas telefónicas, para averiguar el estado de su tarjeta de crédito o cuenta bancaria en Estados Unidos, ustedes creen que están hablando con alguien que está en Estados Unidos, resulta que quienes les contestan están en India en la ciudad de Bangalore, desde ahí manejan todos los centros de atención telefónica en inglés se manejan desde ahí. Otro ejemplo, en Estados Unidos más de medio millón de estados contables de empresas y personas individuales norteamericanas son llevadas en India donde se ha creado un centro de especialización de contabilidad norteamericana, inclusive diferenciando con las leyes de cada estado, de tal manera que las empresas tienen un contador indio que maneja su contabilidad. Otro ejemplo, estoy hablando de ejemplos de Estados Unidos porque todo esto está descrito en el libro de Milton Friedman, «La tierra es plana», ahí hay ejemplos muy ilustrativos; por ejemplo en Estados Unidos si va a un hospital de tamaño medio y de pronto viene una persona en la noche que ha tenido un accidente, no está el médico de turno hay que hacerle una radiografía un ecografía, se le hace y se manda la informa-

ción vía correo electrónico a contrapartes a India o Australia para que interpreten el problema y manden las sugerencias de cómo tratar al paciente y pronto será a través de video; médicos a distancia. Les pongo un ejemplo personal que me pasó hace 15 años cuando estaba de viaje por Israel, tenía mi seguro para casos de enfermedad y una noche me vino una taquicardia intensa, llame al medico, me observó, sacó una cajita y con unos sensores grabó mi frecuencia cardiaca y a través del teléfono envió los datos, la central decodificó y envió por fax el electrocardiograma al hotel y el médico pudo revisar el electro y las indicaciones de un cardiólogo especializado que estaba a 250 kilómetros de donde estábamos.

¿Qué quiere decir esto? Que todos los servicios que se puedan proveer a distancia se van a tercerizar y trasladar a aquel lugar donde lo hagan bien, rápido, barato, no importando donde, pueda ser Finlandia, Tailandia, Australia, Zimbawe, no interesa donde, los bienes los voy a comprar de aquel país que garantice calidad y menor costo, ese es el mercado laboral de estos tiempos y hacia eso estamos yendo todos incluyendo el Perú. Ahora viene la gran pregunta ¿qué hacemos en el Perú para enfrentar esa situación?

En mi opinión no hay más remedio que ser altamente creativos, originales, para plantearnos algunos retos y algunas posibilidades que permitan que a pesar que el Perú tiene todas las desventajas que conocemos, en algunas cosas pueda estar a la vanguardia en el mundo. Por ejemplo, el Perú es el país número uno en biodiversidad en el mundo, ¿Por qué no podemos tener en el Perú la mejor facultad de estudios de biodiversidad del mundo? Instalada en nuestra selva. Las principales industrias y negocios se mueven en tres grandes campos: alimentos, medicinas y cosméticos, ahí se juega más de la mitad del negocio de bienes en el mundo, aparte de los bienes informáticos. ¿De qué se hacen los alimentos, los cosméticos y las medicinas?, en buena parte de los desarrollos que surgen de las plantas de las cuales el Perú es el gran reservorio mundial, por qué no podemos tener en el Perú la mejor Facultad de investigación de biodiversidad.

Dos, el Perú es uno de los grandes exportadores de materias primas en el mundo. Oro, somos

segundos ó terceros, ¿pero qué exportamos? Exportamos lingotes que van a otros países donde sus artesanos, sus joyeros, los convierten en joyas, entonces todo el valor agregado lo ponen otros, nosotros mandamos las piedras y los otros se llevan la tajada gruesa que produce la mano de obra especializada que le da valor agregado al oro y hace que algo que puede costar mil dólares se transforme en 15 mil. Por qué no puede tener el Perú los mejores talleres del planeta en la formación de artesanos de oro y plata, y que las joyas se hagan en el Perú, quedando el valor agregado y el empleo, y se exporte el producto terminado. Lo mismo podríamos decir respecto a la pesca, somos gran país pesquero, pero qué producimos en valor agregado en pescado, más allá de algunas conservas, pudiendo tener acá facultades de todo tipo de estudios, oceanográficos, pesqueros, de nuevos productos alimenticios, en base a la riqueza pesquera.

Lo que nos falta es esa visión de decir en qué podemos ser los primeros, en qué podemos ser vanguardia, en qué podemos enseñarle al mundo que nosotros somos el número uno y aquí se produce según el número uno, y que vengan los japoneses, los ingleses y los chinos para acá, más que nosotros para allá y frente a una visión de ese tipo qué le queda a una Universidad como esta por ejemplo, la de Tacna, para ir colocándose en una estrategia de vanguardia. Conversaba con su rectora sobre este tema decíamos **¿cómo ponemos a la Universidad Privada de Tacna en el mapa del mundo?** Hay que ir por etapas, la primera etapa podría tener como objetivo ser la más reconocida de la región, más adelante del país y así sucesivamente, pero no se puede ser la mejor en todo, no se puede, no hay universidad que sea la mejor en todo. El MIT es en ingeniería, Harvard en Derecho y así. Lo que si se puede es que a partir de ser la mejor en algo esa imagen de vanguardia corra al resto. Por ejemplo cuando uno habla de la Universidad Cayetano de Lima y su Facultad de Medicina, el hecho de ser de esa universidad la imagen le corre la Facultad de Psicología, Veterinaria, Nutrición, inclusive cuando tenían un bachillerato escolar, como era Cayetano, era bueno. Es decir, la imagen de éxito de un Facultad termina corriendo al resto en términos de prestigio y a su vez termina convirtiéndose en una especie de

succionador para arriba de todas las otras.

Es doloroso que se junten todos los decanos de las facultades para que se pongan de acuerdo sobre cuál de ellas tiene las mejores posibilidades para que se convierta en esa vanguardia, en la que hay que invertir en edificios, en laboratorios, en equipo, en traer expertos, para levantarla y con ella levantar a todo el resto de la universidad. Es doloroso porque el decano de Derecho dirá Derecho, el decano de Medicina dirá su facultad, cada uno dirá la mía, pero ahí hay que ser realistas y con el mayor sentido de responsabilidad colectiva decir bueno en el mercado educacional de Tacna en qué somos fuertes, en qué somos reconocidos y en qué podemos rápidamente seguir creciendo, si la respuesta es Medicina será Medicina, si la respuesta es Derecho será Derecho.

Pero este efecto de vanguardias, que yo creo que debe aplicarse en todo el Perú en todos los terrenos, es un tema que tiene una profunda carga ideológica negativa, en el Perú cuando se habla de vanguardia se piensa en una elite que va a tener privilegios, lo que no se entiende es que si no hacemos una vanguardia organizada, premeditada, para que la gente más talentosa, aunque no tenga dinero, pueda estar ahí, lo que va a ocurrir es que se va a formar vanguardias naturales y las vanguardias naturales están conformadas por quienes tienen dinero y quienes pueden pagar determinados servicios, es decir, si dejamos que las cosas estén como están, van a ver vanguardias, pero van a ser vanguardias de los privilegiados, en cambio si premeditadamente construimos una vanguardia podemos asegurarnos que toda persona con talento, aunque no tenga dinero esté ahí, y eso tiene un valor social, hay que intervenir y desideologizar, porque algunos dicen que las vanguardias son élites y el Perú no puede formar élites, todos somos iguales, y se empieza una discusión que no tiene sentido de la que los únicos beneficiados son los asistentes de las instituciones privadas de mayor paga, que de manera natural como tienen más recursos logran mejores resultados, eso es lo único que logramos y no podemos competir.

Algunos de ustedes habrá escuchado sobre PISA, que es un prueba internacional que se toma en



Europa y ahora se ha extendido para los países que quieran participar y en el año 2003 participaron 41 países y en el 2006 57 países. En el 2003 lamentablemente el Perú salió último en ciencias, matemáticas y lenguaje, pruebas tomadas a alumnos de 15 años, en el 2006 el Perú no participó, pero participaron otros países latinoamericanos parecidos al Perú, entre ellos Chile, Argentina, Brasil, Uruguay, México, Colombia y todos ellos salen en los puestos del tercio inferior. A pesar que muchos hablan de Chile como una potencia en educación, Chile está en el puesto 37, está en el tercio inferior ¿quiénes están arriba? Corea, Finlandia, Noruega, Nueva Zelanda, Australia, Canadá. En el caso de ciencias igual, los latinoamericanos los mejor ubicados están en el puesto 40 para abajo, los mejores son Estonia, Hong Kong, Canadá, etc., en matemáticas los mejores Taipei, Finlandia, Hong Kong, Corea, etc., y los latinoamericanos del puesto 40 para abajo, es decir, en el mundo nuestros alumnos anda bastante bajos.

Pero este cuadro es importantísimo también porque nos dice que si dividimos los resultados obtenidos por los alumnos en tres tercios, los que tienen menos de 200 puntos, los que tienen entre 200 y 400 puntos y los que tienen más de 600 puntos, encontramos lo siguiente: los países con mejores puntajes tienen muy poquitos que están bajos, un muy grande grupo medio y un importante número de alumnos muy altos, esto es lo que llamaríamos de vanguardia. Ahora dónde está Perú, el Perú tiene un enorme grupo de muy bajos, un pequeño grupo a nivel medio y no tiene vanguardia. Lo que esto nos dice es que para que los países mejoren, simultáneamente tengo que achicar la cantidad de rezagados y aumentar mi vanguardia, son dos efectos simultáneos, reduzco los que están bajos, aumento los medios y hago aparecer mi vanguardia, es la fórmula de éxito de los que están arriba, esa simultaneidad en el sistema educativo peruano no ocurre, en el sistema peruano las medidas que toman los gobiernos todas son para tratar que los están muy bajos mejoren un poquito, pero no hay medidas para levantar o crear instituciones de élite, que estén en la punta, que estén arriba, no se hace eso. Entonces, no tenemos nadie que nos jale, cuando uno tiene alguien que está muy arriba ese automáticamente va jalando al resto, es como los deportistas, digamos el mejor corredor peruano

de los 100 metros hace 11 segundos, en el momento que le ponen a un cubano o jamaicano queda 50 metros atrás, la primera vez, después poco a poco empieza a correr y correr y se empieza a acercar a los mejores tiempos, por qué, porque cuando a uno le ponen adelante uno que nos supera tendemos a esforzarnos o generar técnicas que nos ayudan a acercarnos, ese efecto de tener adelante a alguien y el resto adelantarse, no es una estrategia usual de los gobiernos del Perú, alguna vez se ha escuchado «vamos a invertir en estas tres universidades y estos cuatro institutos porque van a ser los líderes del país y ellos van a jalar al resto de instituciones», eso nunca se ha visto.

Esa estrategia que da éxito en otros países en el Perú todavía no está instalada y por eso yo decía que unas de las cosas que teníamos que lograr es: mejorar un poquito de los que están abajo, pero a empezar a crear la vanguardia de los que están arriba.

En el ranking inglés de universidades en el mundo no hay una universidad peruana dentro de las primeras 50 y no hay una universidad peruana entre las primeras 500 del ranking chino, es como si las universidades peruanas no existieran y por lo tanto sus egresados cuando están buscando colocarse laboralmente no los consideran, se consideran profesionales de segunda o tercera categoría y entonces que hacer de inmediato, primero trabajar en dos frentes, levantar el piso común, creo que las estrategias que está siguiendo el gobierno no son las adecuadas, lo que hay que hacer es levantar el techo, levantar, colocar algunas instituciones arriba para que jalen más arriba.

Por ejemplo examinemos las estrategias de 3 países distintos. ¿Qué hace Corea del Sur?, Corea tiene una muy fuerte clase media homogénea hablando de desempeño de estudiantes, una gran cantidad de estudiantes que rinde bien y parejo, muy pocos adelante y muy pocos atrás, han logrado una cosa muy uniforme. En cambio cuál es el caso de Perú, que tiene una gran cantidad de rezagados atrás, muy pocos en el grupo medio de desempeño aceptable y casi nadie en los puntajes más altos. En el caso de EE.UU., no tiene tanta población homogénea como Corea en el rendimiento parejo medio, pero tiene un fuer-

te grupo adelante y un importante grupo rezagado, ósea lo que hace EE.UU. es invertir una parte del dinero que Corea invertiría en tener un grupo homogéneo EE.UU. lo invierte asimétricamente para asegurar tener una vanguardia para asegurar, que tiene un grupo adelante que va a empujar al país en su desarrollo y eso se nota particularmente en las universidades, las primeras 50 universidades norteamericanas en todos los ranking del mundo están adelante lejos y esas jalan toda la ciencia y tecnología de las patentes que produce EE.UU., no las producen las 5 mil universidades que ellos tienen, hay unas 100 universidades que son las que producen la mayor cantidad de la investigación y las patentes en el mundo en EE.UU., ellos desde mucho tiempo atrás han desarrollado esta idea de tener una vanguardia en su educación escolar no tanto, pero sí a nivel de educación superior. Entonces que cosa es lo que yo creo que podemos hacer en el caso peruano, en lo inmediato creo que tenemos que buscar estrategias para levantar un poco el piso de lo que tenemos, que todo niño peruano esté en manos de profesores, que por lo menos sepan matemáticas y lenguaje para poder alfabetizarse ese es el piso mínimo que hay que levantarse, hoy en día no lo tenemos; pero junto con eso es muy importante agarrar a la cabeza de la educación peruana, instituciones y personas que están arriba y levantarlos más rápidamente y constituir una vanguardia que alcance los estándares internacionales a nivel de colegio y a nivel de universidades, de manera que ocurra el proceso de que al levantar el techo éste succiona a todo lo que está abajo, cuando pongo paradigmas adelante van jalando a todos el resto, como se ve por ejemplo en el mundo comercial, no se cuántas de estas empresas hay en Tacna, son ejemplos que he tomado en Lima, pero por ejemplo cuando la Shell por ejemplo empezó a mejorar sus grifos y darles una pinta más simpática inmediatamente después siguió Repsol después Petro Perú y después todos los grifos han tomado el estándar de Shell o cuando el banco de Crédito empezó a mejorar sus instalaciones sus oficinas, sus logotipos, los sistemas de atención al cliente numerado, automáticamente todos los otros bancos siguieron con lo mismo.

En Lima, en Tacna creo que no hay Wong, pero en Lima Wong marcó un estándar de calidad en

el servicio que obligó a Santa Isabel y a todos los otros a repetir el estándar de servicio que tenía Wong en Lima de atención personalizada, cordial, antes ustedes saben para que le carguen las bolsitas había que dar propina en Wong está prohibido a los chicos recibir propina, están obligados a dar un excelente servicio sin nada a cambio y esto se convirtió en un estándar que tuvo que copiar Santa Isabel, Plaza Veja y todos los demás.

Entonces lo que vemos es cómo cuando uno desarrolla un producto estrella, un producto de vanguardia que se prestigia socialmente, todos los otros se ven obligados a mejorar en función de lo que manda el líder y el reto para el Perú como decía antes a nivel de las universidades es que por lo menos una universidad o por lo menos una facultad llegue a tener un estándar que no sólo prestigie a la universidad toda, sino que prestigie la capacidad del Perú de producir ciencia, tecnología y demás a nivel internacional y esto es lo que yo quería plantear como reto para la Universidad Privada de Tacna: discutir entre ustedes en la comunidad universitaria, los catedráticos, los decanos y demás, cómo construyen su propia vanguardia, cómo se ubica como vanguardia dentro de la región, no solamente en Tacna, sino dentro del país, cómo hacen que la UPT sea conocida por todos, primero en el Perú y después también en otros países a partir de qué logros en qué áreas donde están sus fortalezas, dónde están sus ventajas actuales dónde está ya un prestigio acumulado para poder hacer de eso su gran ancla que jale a todo el resto.

Creo que en la medida que lo discutan con honestidad, con compromiso, con sentido solidario con un criterio institucional paulatinamente van a poder ver que a la universidad, a los logros que ya tienen, empiecen agregarle otros logros.

Hay que ser muy ambiciosos, muy audaces, muy osados, el mundo no espera, el mundo no se compadece de los pobres, eso que el Perú digamos «bueno en el Perú se hace lo que podemos, bueno las pensiones que pagamos son de 200 dólares al mes y en Harvard cuesta 4 mil dólares mensuales». Al mundo no le interesa eso, que el Perú tiene 60% de pobres, el mundo no se mueve por compasión, el mundo no se mueve por sentimientos de solidaridad con los pobres, «está

bien son pobres les mandaré 100 toneladas de arroz». Los negocios mundiales, los empleos mundiales, la ciencia mundial se mueve por calidad, por menor costo, por éxito y no por compasión o por decir: «bueno pobrecito son del tercer mundo, han tenido épocas malas, han tenido Sendero Luminoso» ¿a quién le interesa? cuando van a contratar un ingeniero ustedes creen que a alguien le interesa la historia del Perú, lo que quieren es alguien comparable con el japonés, el finlandés o el canadiense que están en el mercado, lo tiene el contrato, no lo tienen, no lo contrato, así funciona. Así que dejemos de creer que los profesionales que producimos en el Perú van a tener buenas posibilidades aunque no sean tan competitivos, no, eso ya se acabó.

En un mundo crecientemente globalizado así como hay peruanos que van a trabajar afuera con el mismo derecho podrán venir alemanes, ingleses, canadienses, japoneses a trabajar acá por que así son las reglas, no solamente los peruanos pueden trabajar afuera, también los extranjeros pueden trabajar acá. Nuestro problema es que mientras que no seamos competitivos los que van a venir se van a llevar la tajada buena y a nosotros nos va a tocar la tajada mala. El reto es complicado, pero si lo queremos creo que podemos hacerlo. Esto obliga a romper algunos esquemas, salirse de algunos convencionalismos,

romper con ciertas estructuras ideológica obsoletas, pero o nos colocamos en el escenario ganador o seguimos lamentándonos «de que bueno hacemos lo que podemos, pero no se puede más».

A qué me refiero yo cuando digo salirnos de las formulas convencionales para meternos en las formulas originales que tienen más posibilidades de ser ganadoras, les voy graficar. Acá tienen ustedes la imagen de una señora, la abuelita parece de ese niño, que está tejiendo un ropón, el niño está curioso y la señora está trabajando, el niño de manera natural empieza a agarrar, a mirar ve movimiento, ve color, quiere tocar, es su naturaleza, la abuela se empieza a incomodar un poco y entonces apela a la solución convencional ¿cual es la solución convencional? meter al niño al corralito, «no fastidies déjame tejer, tu métete al corralito», esa es la solución convencional, lo único que hace es reprimir a ese niño. ¿Cuál es la solución más inteligente? meter a la abuelita en el corralito, por qué quien quiere estar tranquila y que no la molesten es la viejita, más bien quien necesita moverse, tocar, mirar, es el niño, entonces denle espacio al niño y la abuelita que quiere quedarse en su lugar, pues protéjanla. Eso es lo que significa salirse del escenario convencional, romper paradigmas y colocarse en uno que sea ganador.

## PANEL

# Delimitación marítima entre el Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya

## Argumentación jurídica de la demanda

Dr. Samuel Lozada Tamayo \*

Al cabo de un cuarto de siglo de infructuosas gestiones diplomáticas, fallidos contactos presidenciales y desechadas diversas proposiciones de Cancillería en busca de un arreglo directo, el gobierno del Perú interpuso demanda formal contra la República de Chile ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya, el 16 de enero del presente año, abriendo un caso concerniente a la delimitación marítima entre ambos países.

De acuerdo con el estatuto y al reglamento de la Corte, tal demanda ha puesto en marcha la etapa inicial descrita de ese procedimiento judicial internacional, cabe anotar que este instrumento, la demanda, no reviste el carácter ni la forma de lo que en derecho procesal denominamos los abogados la demanda, es un simple request, que no es otra cosa que una supersíntesis ( tiene sólo 3 hojas), una supersíntesis del verdadero recurso cabeza del proceso que se debe presentar posteriormente.

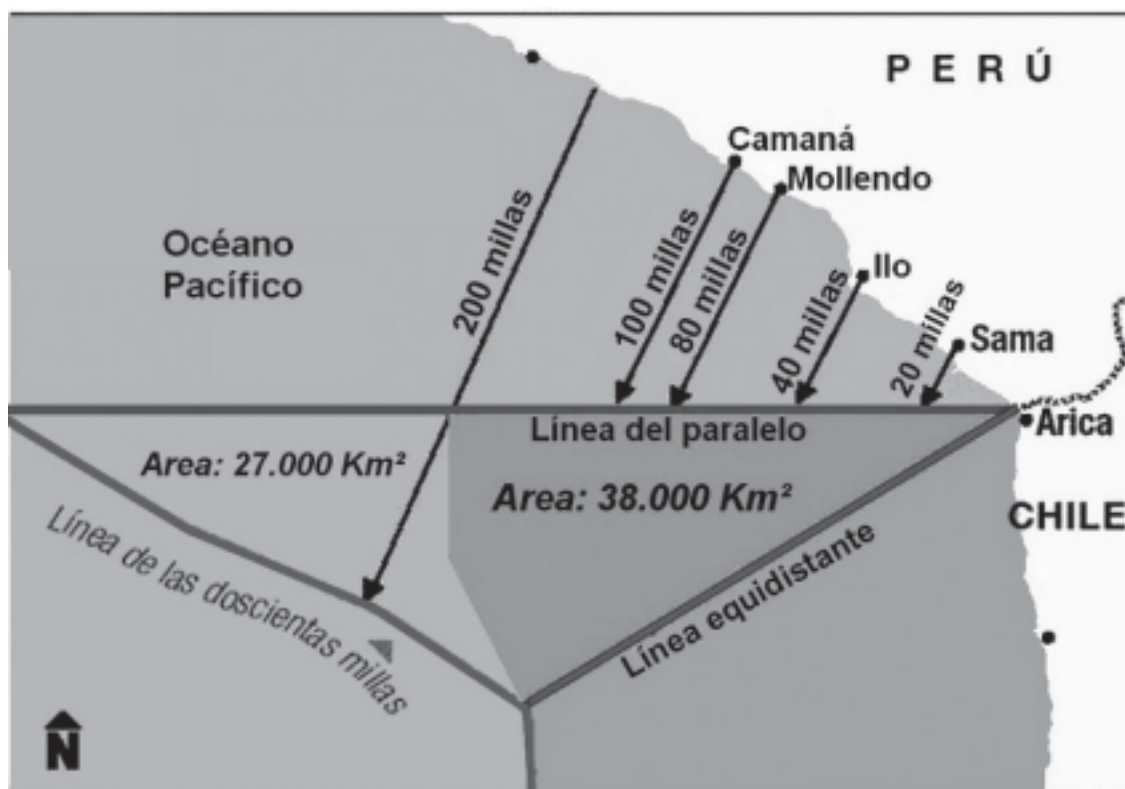
En tal recurso se ha consignado muy brevemente un petitorio, los fundamentos de hecho y de derecho y otras cuestiones referidas a la competencia de la Corte para dirimir la contienda, el verdadero cuerpo de la acción, la demanda propiamente dicha estará contenida en un escrito o documento que dentro de la terminología de la Corte se denomina la memoria, memoria que se ha obligado a presentar el actor, en este caso el Perú, dentro de un término que vence en marzo del próximo año. Una vez que la presidenta de la Corte recibe esta demanda en

forma. ¿Qué significa esta demanda en forma?, es la demanda con todas sus probanzas, expresiones doctrinarias, expresiones jurisprudenciales, documentación cartografía, es decir, es un documento tremendamente voluminoso, esa es la verdadera demanda, eso es la memoria.

Frente a la memoria, ¿qué cosa hace la presidenta de la Corte?, que maneja todo esta mecánica del procesamiento judicial de la Corte, recibe la memoria, y como en todo orden procesal corre traslado de la misma, en este caso a Chile, y **nuestro vecino tiene dos alternativas frente a esta gran demanda que se le notifica en la vía del traslado, o deduce excepciones que admite el procedimiento de la Corte, o contesta la demanda en el fondo y abre el caso totalmente a la jurisdicción de la Corte**, las excepciones que puede presentar en este caso Chile son de dos categorías, una inicial que puede ser la excepción de incompetencia de la Corte, en ese caso le dice Chile a la Corte: «señores ustedes no son competentes para juzgar este caso».

La segunda alternativa que tiene Chile, es que consciente de que la competencia va a funcionar, presente por ejemplo una segunda excepción: «señor esta demanda es inadmisibles»; así lo ha dejado entender Chile en múltiples declaraciones oficiales y extraoficiales, **Chile van a sostener que la demanda es inadmisibles porque cuanto no existe un caso controversial entre las par-**

\* Doctor en Derecho, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional



Mapa donde consta el recorte de las 200 millas peruanas por la línea del paralelo y la posición peruana de delimitar la frontera marítima por una línea equidistante.

tes, ¿por qué? como todos saben, Chile viene sosteniendo «señores yo no tengo ningún problema con el Perú en materia de límites marítimos», ¿por qué?, porque existen tratados o acuerdos con valor de tratados que este asunto lo han resuelto definitivamente, ellos se refieren a dos instrumentos fundamentalmente: a la existencia de la llamada Declaración de Santiago, según la cual al crear ese gran parámetro que es las doscientas millas marinas como mar territorial del Perú Chile y Ecuador, estableció límites, estableció delimitación, dentro de la cual se encuentra Perú, Ecuador y de paso Chile, esa es una.

La otra tiene que ver, ya no con la existencia de un tratado, la inadmisibilidad que hemos visto, que se refiere a que no hay caso porque hay tratado, la de incompetencia es «señor usted alega que la Corte es competente en virtud del Pacto de Bogota, pero ese no es el caso, porque yo no he aceptado la competencia de la Corte de la Haya en consecuencia no puede funcionar el Pacto de Bogota que me obligaba».

Pero sigamos con el request, la demanda preliminar que ya está presentada, el request, está organizado en cinco partes, la primera referida a la materia de la controversia que en este caso es textualmente la delimitación del límite, no hay tautología, entre las zonas marítimas de los dos estados, en el océano Pacífico, que según el Perú y el tenor del request, comienza en un punto de la costa denominado Concordia, conforme al Tratado del 3 de junio de 1929 y dentro de lo que se viene denominado como el «trapecio de la controversia» entre paréntesis digamos que este trapecio tiene un área de 37 900 km<sup>2</sup> en cifras redondas.

Además en el request se plantea como otra parte del petitorio el reconocimiento a favor del Perú de una vasta zona marítima que se sitúa en el extremo de las doscientas millas que corresponde al Perú, que Chile está considerando como territorio de altamar y que además, haciendo una digresión, está sosteniendo que este territorio que no le corresponde y que tiene una extensión aproximada de 27 mil km<sup>2</sup> es mar presencial de Chile. Esta digresión viene al cuento porque la actitud expansionista de

Chile no se detiene en que no quiere aceptar que existe un mar fronterizo indefinido con el Perú sino que además quiere extender en una forma superdimensional su dominio marítimo, llegando a establecer, ustedes comprenderán si han visto el mapa de América del Sur, que una de las puntas en que va a cerrar un paralelogramo irregular, es la isla de Pascua que está en medio del mar, hasta ahí llega la aspiración dominial de Chile en este sentido. Y ha denominado a ese triángulo exterior, de 27 mil 600 y pico de kilómetros, mar presencial de Chile categoría que no existe en los usos del derecho internacional no existe por supuesto en la gradación que estableció la Convención del Mar ni en ningún otro instrumento, no tiene reconocimiento en el derecho vigente.

De esta manera se ha fijado dentro de la demanda primeriza o request un extremo del proceso, el que corresponde a la apertura del mismo, sin que ello signifique, como en el procedimiento privado que manejamos, que con la demanda se cerró toda pretensión que tenga el actor en la causa, en el derecho internacional y en los procedimientos de la Corte Internacional la demanda no termina nunca, porque presentada la demanda puede ser modificada, alterada, cambiada, ampliada en cualquier momento hasta antes de que los 15 jueces de la Corte más el juez que cada país que designe como ya veremos, entren a deliberar sobre la materia, entonces es posible que esta demanda del Perú se modifique o se amplíe, por ejemplo tal ampliación podría quedar referida al área de tierra firme, que se establece en la proyección del hito uno y el punto de la Concordia que hace un pequeño triángulo que ha dado mucho que hablar recientemente entre los medios de comunicación y las autoridades de ambos países que Chile ha pretendido legalizar no solamente hablaba del mar, sino ahora está hablando de ese pedacito de tierra como propia, ahí en esa área donde puso la caseta hace unos dos ó tres años y que se vio obligada a retirar frente a la protesta del Perú. Esa parte por decir por ejemplo, puede ser materia de una ampliación.

La segunda parte del request, en la primera está el petitório, en la segunda se precisa los hechos en que la demanda del Perú se funda explicando que las zonas marítimas entre Perú y Chile que nunca han sido delimitadas ni por acuerdo ni de alguna otra forma procesal o directa o informal en ningún modo,

por lo que sostiene que tal delimitación deberá ser determinada por la Corte conforme al derecho internacional.

La demanda señala por otro lado, que Chile sostiene la existencia de acuerdo de ambas partes en la delimitación que se inicia en la costa y continúa a lo largo del paralelo que corta el mar territorial del Perú y desconoce sus derechos soberanos más allá de la zona económica exclusiva. Hagamos una digresión ¿qué cosa es zona económica exclusiva?, es lo que nosotros consideramos a partir del año 47 como el mar territorial del Perú, son las 200 millas.

La Convención del mar al hablar de esta zona económica exclusiva ya anota las características en favor del país que tiene el territorio litoral terrestre que la asemejan a una soberanía plena, pero sin mencionar el término soberanía, sino habla de dominio y disposición de todo lo que se encuentre en la superficie, en la media agua y en los fondos marinos.

**Una vez que el Perú ha señalado la inexistencia de acuerdo, establece en esta demanda previa, un hecho fundamental. Este hecho es que hace 25 años, desde el año 86 está tratando de negociar infructuosamente las diversas cuestiones incluidas de la controversia hasta que Chile, dice el texto de la demanda, cerró firmemente la puerta a cualquier negociación, decimos que esta precisión fáctica es importante porque con ella y su prueba se pone atajo a la tesis de existencia de un uso internacional de área marina no discutida y tácitamente aceptada, que independientemente o con prueba de existencia de tratado, estaría determinando una posesión pacífica e indiscutida a la que se le otorga posibilidad inclusive titulizadora, además por supuesto de las áreas en disputa.**

Por otro lado, esta pre demanda fija la competencia jurisdiccional de la Corte, apuntando que la Corte es competente, porque existe el llamado tratado americano sobre de solución pacífica de controversias, firmado prácticamente por la totalidad de países del continente americano el 30 de abril de 1948, mejor conocido como el Pacto de Bogotá, este tratado suscrito no fue observado por las partes y ha sido ratificado por todos los firmantes, entre los que

se encuentra Chile y el Perú. ¿Y qué dice este tratado en su artículo décimo primero? Que las partes que lo suscriben y ratifican, aceptan *ipso facto* la jurisdicción de la Corte Internacional de la Haya sin necesidad de ningún convenio especial en materias de cualquier controversia, cualquiera que fuera o cuestión de derecho internacional que pudiera surgir entre las partes, es preciso destacar que el acápite A del artículo citado hace competente al Tribunal de la Haya en materia de diferencias relacionadas con la interpretación de tratados, habida cuenta que dentro de los intercambios oficiales entre cancillerías y en declaraciones presidenciales, Chile ha venido sosteniendo que determinados acuerdos o convenios han resuelto definitivamente la determinación de la línea de frontera marítima, por lo que no hay un caso ventilable ante la Corte, esa es la posición chilena.

Nos parece necesario hacer un deslinde jurídico para determinar los tipos de competencia que implican la acción. El primer tipo de competencia esta referido a la jurisdicción general de la Corte frente a una demanda de justiciables habilitados o de partes legitimadas y la segunda es materia que respeta a la cuestión precisa en debate, en este caso la calificación e interpretación de determinados acuerdos, esto viene al caso porque si Chile sostiene que los acuerdos constituyen el límite, que la Corte examine si eso es cierto, si un examen de esos acuerdos revelan que eso es un tratado de límites, por esa razón se abre la calificación que debe hacer vía interpretación del tratado la Corte, para lo que es competente su materia en forma específica.

Chile en principio ha admitido la competencia general ¿por qué?, porque no se ha negado a concurrir a la Corte, citado por la presidenta del Tribunal para recibir el request, se ha apersonado, ha presentado sus poderes, se ha hecho parte ya de la instancia y ha recibido el request y está en espera que el Perú presente la gran memoria para saber como va a reaccionar.

Para qué Chile haya admitido tener personería, aparentemente y con el examen de declaraciones oficiales, expresiones de juristas chilenos y muchas manifestaciones de la Cancillería de Chile, se puede intuir que esta presentación ante la Corte persigue un doble objetivo alternativo, primero, plantear que la Corte es incompetente, decir: «señor el artículo

trigésimo primero dice que la competencia es *ipso facto* entre las partes, pero en todo caso la Corte Internacional de Justicia tiene en su estatuto un requisito para poder concurrir en vía de acción, ¿cuál es?, que las partes acepten la competencia de la Corte», ese es el mecanismo normal en la Corte Internacional de la Haya, a eso se podría acoger Chile para decir que «si es cierto que existe el Pacto de Bogota por el cual nos obligamos a someter cualquier diferencia por denuncia unilateral, ante la Corte nos sometemos, la verdad es que ante la Corte no he aceptado participar en esta contienda». Este planteamiento que aparentemente tiene una razón de ser, es absolutamente deleznable, porque ya la Corte ha visto un caso exactamente igual, en procedimiento, no en el fondo, suscitado entre Nicaragua y Honduras, hace unos dos ó tres años, en el que se le planteó lo mismo, Honduras le dijo a la Corte, «no señor, usted no es competente, no aceptó la demanda que me está haciendo Nicaragua», ¿y qué pasó? La Corte le dijo automáticamente: Pacto de Bogota, es automático y no admite otro tipo de acciones que lo puedan inhabilitar, de tal suerte que el primer paso en vía de excepción, que es el de incompetencia, se puede afirmar que es un paso en falso y que no va a tener ningún efecto jurídico, la Corte va a repetir su línea de conducta, su orientación jurisprudencial en el sentido que es competente y va entrar a decidir.

Pero ahí viene la otra alternativa que **Chile puede presentar, y que va a presentar, según el cálculo que nos hacemos muchos, dirá usted es competente, pero la demanda es inadmisibles porque para que haya demanda tiene que haber materia judicial y no hay materia judicial porque «yo ya he resuelto mi problema con el Perú, estos son los dos instrumentos fundamentales que resuelven los límites con el Perú, el primer instrumento es el relacionado con la Declaración de Santiago que establece las doscientas millas», se hace referencia a un límite del paralelo, pero reservado para el Ecuador, como vamos a ver. Entonces se dice esos límites también sirven para Chile y «en consecuencia mi frontera está determinada por el paralelo como se dice para el Ecuador por existir islas».**

Además va a decir «yo tengo otro tratado», el famo-

so Convenio de Zona Especial que se estableció para dirimir un asunto, que los tacneños conocen perfectamente y que fue todo este problema que creó la pesca artesanal en relación con el pase de la línea de frontera y que creó múltiples problemas, para resolver ese problema específico de la pesca artesanal, es que se suscribe ese convenio al que Chile pretende otorgarle valor de tratado límites.

¿Ahora qué pasa después que se plantean las excepciones?, se plantean incompetencia y paralelamente se plantea inadmisibilidad la competencia la va a sacar de puro derecho y rápidamente la Corte asumiendo el caso diciendo soy competente, la otra es la que ya va hacer materia de interpretación, materia de prueba, la otra es el nudo del gran debate que es la que se refiere a la existencia de acuerdos limítrofes y aquí llegamos a la fundamentación jurídica de la reclamación incoada por el Perú. Anotaremos previamente que la demanda contiene una presunción juris tantum, remarcada en los censos de la misma cuando se refieren a la inexistencia de delimitación marítima como dijimos entre ambos países por ninguno de los medios admitidos en el derecho internacional tales hechos se constituye, sin embargo en *factos ad probationem* es decir que tiene que ser probados, analizaremos cada uno de los fundamentos legales que contiene la demanda.

### La inconveniencia de la Convemar

El primero, inicial y matriz del derecho sostenido por el Perú es el de la aplicabilidad al caso de los principios y normas de derecho internacional consuetudinario sobre delimitación marítima tal como se encuentran reflejados en las disposiciones relevantes contenidas en la convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar la Convemar de 1982 y desarrolladas dice la demanda por la jurisprudencia de la Corte Internacional y de otros tribunales.

Aquí hay que hacer una referencia sutil, hay gente que esta sosteniendo que lo que ha hecho el Perú es agarrarse de la Convención del mar y exigir que en aplicación de la Convención del Mar se resuelva el problema, pero ese no es el planteamiento del Perú, porque sabemos que lamentablemente no somos parte de la Convención del Mar, no la hemos ratificado, no la queremos ratificar por la oposición de grandes sectores de opinión, no obstante que el mundo entero ya tiene ese código del mar, y

no deberíamos ser ajenos a estas normas, pero ese es otro tema.

Decíamos que **el Perú funda su demanda en el derecho consuetudinario procesal en lo que se ha resuelto como precedentes y sólo hace referencia a la Convención del Mar cuando dice este derecho consuetudinario en que yo amparo mi demanda está reflejado en lo que dice la Convención del Mar, en lo que establece este gran código mundial del mar, ósea que no nos amparamos en la Convención, por que ahí se cae nuestra demanda por que ni somos parte, ni hemos aceptado la jurisdicción**, ahí sí funciona que las partes acepten la jurisdicción previamente, no lo hemos hecho, entonces ahí si entraríamos dando un paso falso, pero no es así, nosotros nos amparamos en el derecho procesal consuetudinario en los precedentes en lo que se ha resuelto en el mundo en materia de delimitación de mares adyacentes, esto está reflejado dice referencialmente la demanda en la Convención del mar, por eso es que, vale la decisión de examinar lo que dice la Convención del Mar para hacer de estas decisiones en base a este código mundial, una parte que sustente un fallo favorable a nuestro país.

Por lo demás es ampliamente conocido que en materia de litigios internacionales sobre las fronteras marítimas la Convención del Mar, vuelvo a insistir por que es muy importante, ha recogido en sus disposiciones la casuística de diferendos resueltos anteriormente por tribunales arbitrales y tribunales ad hoc, estableciendo principios por ejemplo como los de equidad y el de la línea bisectriz cuando existan diferencias o cruces o solapamientos como se dice en las proyecciones territoriales sobre los mares adyacentes, es por ello que con muy adecuado criterio, el Perú insisto, al formular la demanda, se funda similarmente en los principios y normas consuetudinarias que se han reflejado en las disposiciones de la Convemar. Remarco el Perú no fija su demanda en los dispositivos de la Convemar, sino en el derecho consuetudinario que ella ha recogido, nada más. Bueno tal codificación y ahora hablando de la Convención, es muy precisa en las materias esenciales del request, según se remarca en el propio request cuando se refiere a la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental entre estados de mares adyacentes, los



artículos 74 y 83 de la Convención establecen que la definición limitrofe en el caso de cruces de mares adyacentes se efectuaran por acuerdo entre los estados concernidos sobre la base del derecho internacional al que hace referencia el artículo 38 del estatuto de la Corte, recordemos que las fuentes de derecho internacional están comprendidas en el Art. 38 del Estatuto de la Corte, cuando dicen son fuentes del derecho internacional: los convenios, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y la doctrina de los juristas como fuente auxiliar, eso es lo que cabe utilizar como fuente de derecho para el caso *sub litis* y en este caso es dentro Art. 38, como fuente consuetudinaria, a la que ha apelado el Perú como fundamento.

La excepción que considera el Art 74 de la Convemar en el apartado 4, en el sentido de que cuando exista un acuerdo en vigor entre los estados interesados, las cuestiones relativas a la delimitación de la zona económica exclusiva se resolverán de acuerdo con ese o de conformidad con ese acuerdo en nuestro caso en esta litis no resulta aplicable por que insistimos no ha mediado ningún acuerdo válido como delimitación frontera marina entre Perú y Chile, no existe. Igualmente el Art. 83 de la Convemar que ya no se refiere a la zona económica exclusiva sino más bien a la plataforma continental que está más allá, en el límite de las 200 millas cuando exista un litigio, en este caso por países que tienen costas adyacentes o enfrentadas establecen que el diferendo se resolverá: Primero por acuerdo de las partes y sobre la base del derecho internacional cuyas fuentes ya hemos señalado y en 2do lugar establece que de no llegarse a un acuerdo, con muy adecuado criterio, que la demanda del Perú debe canalizarse dentro de los principios y normas consuetudinarias.

Dentro de la normativa que trae la Convemar que está referencialmente citada en apoyo de la demanda del Perú en el request, existe el artículo décimo quinto que todos Uds. deben permanentemente recordar y comunicar, el texto de este artículo que es fundamental para orientar el fallo que habrá de pronunciarse en la Corte es el siguiente, el título es delimitación del mar territorial entre estados con costas adyacentes o situados frente a frente, el primer caso es exactamente el del Perú y Chile, «cuando las costas de los estados sean adyacentes o sean hallan situadas frente a frente, ninguno de ambos esta-

dos tendrán derecho, salvo acuerdo establecido de extender su mar territorial más allá de una línea media, la bisectriz, cuyos puntos sean equidistantes entre los más próximos a las líneas de base, a partir de las cuales se miden la anchura del mar territorial», no obstante esta disposición, dice el Art. 15, no será aplicable cuando por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales sea necesario delimitar el mar territorial de ambos estados en otra forma, esto significa que en primer término cuando hay mares adyacentes y hay disputa, la línea bisectriz, la línea media, la línea transaccional es obligatoriamente aplicable y con una salvedad, salvo que hubiera circunstancias históricas u otros hechos que invaliden eso, en este caso podría ser esos acuerdos que Chile cree que son la delimitación marítima.

Dentro del espíritu de este numeral es que la Corte ha resuelto varios casos de superposiciones de mares adyacentes aplicando este principio de la bisectriz, las diferencias que han dado lugar a la controversia son evidentes y derivan de la distinta configuración geográfica que exhiben los litorales de Perú y Chile de tal suerte que al proyectar sobre el mar los respectivos territorios desde sus líneas de base se producen o se produzcan una superposición de jurisdicciones que de no haber acuerdos sobre la materia, como que no lo hay, reclaman una solución de equidad, la excepción que considera el Art. 74 como lo hemos dicho, no funciona por que no existe ningún acuerdo o tratado entre las partes en materia de límite fronterizo.

La puntualización que el Perú realiza en el request analizado sobre la existencia de la superposición de áreas marinas constituye evidencia procesal válida desde que se constituye un hecho objetivo indiscutible haber tenido en cuenta necesariamente entre las consideraciones fundamentales del fallo.

La cuestión crucial en la fijación del punto de partida desde el cual se mide la frontera terrestre y la frontera marina ha sido resuelto por acuerdo perfectamente claro y sencillo como dice el ex canciller Rodríguez Cuadros en el Tratado de Lima del 03 de junio de 1929, tal punto de partida no es otro que la Concordia, así figura expresamente en tal instrumento, de tal manera que por su rango categorial no admite cuestionamiento alguno, ya sabemos que Chile está manifestando que el límite de su compe-

tencia territorial arranca no de la Concordia sino del hito numero 1, en una línea sesgada de 180 mts que determina una pérdida adicional de un pequeño triángulo del territorio nacional, la fundamentación que hace el Perú de sus derechos sobre los espacios marítimos ubicados dentro de las 200 millas marinas a partir de las líneas de base, es decir, sobre las áreas del denominado triángulo exterior es plena considerando que se alinea con la proyección del perfil de su litoral hasta la distancia ubicada fuera de las 200 millas que corresponde a Chile como proyección de sus propias líneas de base; esta es, en síntesis la fundamentación jurídica de la demanda del Perú la que de acuerdo con los trámites y usos procesales observados en la Corte, insisto va hacer ampliada, modificada o reafirmada.

Una confrontación se imponen, si hablamos de la documentación que está sosteniendo el Perú para establecer en lo que podríamos llamar una prueba ácida, su valor tiene que confrontarse con lo que Chile está contraponiendo como argumentación jurídica propia, pero antes de ensayarla, es precisar advertir que es actitud cantada, que Chile no presentará una contra memoria, que es la contestación de la demanda de fondo, sino que se va aferrar a las excepciones, ósea a una excepción que se conoce en la lengua procesal clásica como la *legis advicata*, dirá «aquí todo está resuelto, en los convenios del 52 y 54, ya terminó nuestra disputa por el límite marino no tengo nada que ver», en consecuencia no debemos esperar una gran contestación de demanda, sino un ejercicio inicial de excepciones, ¿y qué va a pasar? las excepciones van a paralizar, como en ciertos procedimientos procesales normales, van a paralizar la vista del fondo, y la excepción va a llevar un buen tiempo, por ello nosotros y todo el mundo calcula que el juicio durará de 8 a 10 años.

Cuál es el armamento jurídico que tiene Chile para contraponerse a la argumentación peruana, para Chile tales definiciones quedaron plasmados en dos instrumentos, los acuerdos de 1952 y 1954, suscritos por los representantes de ambos estados, el primero de 1952 en el marco de las conferencias sobre explotación y conservación de riquezas marítimas y el segundo dentro del acuerdo pesquero de zona especial, a ellos, Chile, con evidente desborde interpretativo califica como tratados de límites, señalando que las cosas en Derecho, lo que es cierto,

no son lo que les llaman, sino que son lo que a su naturaleza les corresponde, sabemos perfectamente que en nuestros ordenamientos procesales cuando se cita una disposición equivocada, la capacidad del juez es para enderezarle y darle el sentido procesal que tiene, una corrección que tiende a ayudar al sentido de equidad entre las partes, que ambas tengas las mismas posibilidad de acceso a derecho, en este caso, también Chile sostiene que aunque no se hable estrictamente de un tratado de límites, ha funcionado como tal y así debe ser interpretado, pero se olvida de otro principio gravital en Derecho, cuando la letra de un tratado es clara, no cabe acudir a ningún genero de hermenéutica jurídica.

Porque las disposiciones son tan claras que evidencian que no hubo tal acuerdo de límites, bien vista la Declaración de zona marítima de 1952, la Declaración de Santiago, suscrita por Perú, Chile y Ecuador, proclamó fundamentalmente la soberanía y jurisdicción que a cada uno de estos estados corresponden sobre el mar que baña sus costas hasta una distancia de 200 millas, cito textualmente, ese es el objeto de este acuerdo, adicionalmente y sólo para el caso estricto de la existencia de territorio insular, porque está Ecuador con sus islas al frente, cito «a menos de 200 millas, si existiera un grupo de islas o una isla o un desarrollo insular, la zona marítima de esta isla o grupo quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre, esto dice textualmente la Declaración, de tal suerte que pretender extender este límite en el paralelo hecho solo para el Ecuador, dentro de esta gran Declaración, no permite que Chile diga que este es un principio general de las 200 millas, porque Chile no tiene islas en el intermedio de sus 200 millas. Se ha alegado por ahí, la presencia de la isla de Alacran, que es un pequeño islote de Arica, que desde 1964 forma parte de tierra firme, el Alacrán sería esa isla, pero esto no ha pasado de ser una especie de amargo falso que nunca se llegó a concretar como una posición de derecho o de litigio.

Dicho esto, no fue pues, esta Declaración de Santiago destinada a iluminar lo que llamamos el universo de los derechos del mar, con una nueva posición jurídica que es la 200 millas, no fue un tratado de límites sin duda alguna, tampoco lo es el segundo instrumento que esgrime Chile en su defensa, que es la del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza, este convenio del año 1954, que se firmó para

resolver las interferencias de pesca artesanal alrededor del límite marino indefinido.

En suma diremos que pretender que con estas premisas fundamentales: la Declaración de Santiago y Convenio sobre Zona Especial Fronteriza constituyan frontera marítima entre Perú y Chile, constituyen en nuestro concepto y otros tratadistas un mayúsculo despropósito porque tal trazo se reservó única y exclusivamente para el país, de los tres, que tenía territorio insular, que era Ecuador. Una de las normas de interpretación básicas en el Derecho Internacional, es que no es lícito apartarse del texto, como les decía cuando el texto es claro y en este sentido la Declaración de Santiago no tiene ninguna afirmación que constituya verdadero tratado límite marítimo entre los dos países.

En segundo lugar, en el extremo negado, como decimos los que presentamos recursos en la Corte, que conviniéramos que esa interpretación pudiera ser válida, a pesar de estar traída de los cabellos, quedaría el Perú al margen de las doscientas millas que los tres han proclamado, ustedes aquí en Tacna cero millas, no tienen mar territorial y nosotros los arequipeños, en Mollendo tenemos 80 millas de mar territorial, de tal manera que esta interpretación choca con el principio de realidad, si ambos hemos ratificado las doscientas millas cómo es posible que en virtud de este tratado un país quede con mar territorial mutilado, cercenado. Ahora bien, respecto al convenio de la zona especial fronteriza marítima del 4 de diciembre de 1954, que esgrime con tanto énfasis Chile en apoyo de sus tesis, cedemos la palabra al distinguido diplomático e internacionalista peruano doctor José Miguel Bakula quien expresa respecto a este convenio que en 1954, Chile, Ecuador y Perú acordaron una Zona Especial Fronteriza marítima destinada a evitar los continuos incidentes producidos por las embarcaciones de poco porte tripuladas por gentes de mar con escasos conocimientos náuticos, a cuyo efecto se estableció una área *sui generis* a partir de las 12 millas marinas con 10 millas de ancho a cada lado, como línea de separación en una suerte de aguas de nadie, para cuyo mejor funcionamiento se acordó erigir faros de enfilamiento.

Concluye Bakula su análisis manifestando, por una parte, que esa normatividad restrictiva de excepción no podía ser, ni ser entendida con criterio ex-

tensivo para llegar a la distorsión de atribuir al paralelo o a la zona especial la función de un límite internacional propiamente dicho, por otra parte, concluye que de convertirse dicha zona especial en un límite internacional, resultaría reconociéndose la jurisdicción chilena sobre aguas tan próximas a la tierra peruana que crearía una situación inaceptable, hay un principio de realidad que desvirtúa la posición chilena. Nosotros agregamos a esa precisa fundamentación acerca de la inexistencia de un verdadero tratado de delimitación que la declaración firme e histórica de una mar territorial de 200 millas por los tres países del Pacífico sur no podría tener cumplimiento cabal dentro del paralelo, si la tesis que preconiza Chile respecto al litoral peruano, resulta aplicable por la vía del contrasentido que no resiste la menor crítica hermenéutica jurídica interpretativa, además conforme a una autoridad en materia de derecho internacional del calibre de Charles Rosseau, el profesor de la Sorbona, las delimitaciones de frontera si son convencionales deben reunir los siguientes caracteres: ser completas y aplicables en toda la extensión de la frontera, precisas y exentas de expresiones vagas y exactas en cuanto a referencias a accidentes geográficos, como se podrá advertir los acuerdos de 1952 y 1954 no cumplen ninguno de estos tres requisitos fundamentales para que estemos frente a un tratado de límites. En Chile vía el conocido diplomático Rodríguez Elizondo se ha deslizado otra apreciación en vista de la debilidad de la posición chilena, diciendo que en caso extremo el derecho de Chile está consagrado por la costumbre que es fuente de derecho internacional según el estatuto de la Corte, eso es cierto, la costumbre es fuente, pero pretender que existe una costumbre, de acuerdo con la cual ya nosotros hemos fijado un límite marino, es por completo inválida.

En este caso la norma prevalente y aplicable es la que consagra la gran Declaración de Santiago, el derecho a un mar territorial de 200 millas proclamado en 1947 a lo largo del Pacífico sur y ratificado por esta Declaración.

Es menester insistir que la casuística jurisdiccional del derecho de gentes correspondiente a la materia consagra soluciones intermedias permanentemente en caso de cruces de mares adyacentes fronterizos, como es el caso emblemático para Chile, la delimitación de la boca oriente del canal de Beagle

en el conflicto que tuvo con Argentina, ahí las partes no sostuvieron su derecho a un límite territorial inferido, deducido o existente, sino que inmediatamente entraron por la línea media o bisectriz o sea se aplicó el principio universal para resolver problemas de mares adyacentes que es la equidistancia, Chile la aceptó en ese momento y ahora no quiere aceptar.

Desde otro ángulo de la cuestión, vale la pena, en abono de esta orientación jurisprudencial, conocer la sentencia de la Corte de 20 de febrero de 1969 que resolvió un conflicto parecido porque estaba de por medio la acción de pesqueras en el mar del norte, entre Noruega e Inglaterra, en ese fallo se declaró que los actos considerados como costumbres aplicadas no solamente deben suponer la práctica constante, sino que deben realizarse en tal forma que demuestren la creencia que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de norma jurídica que la prescribe, aquí está muy claro que no existe la norma, en consecuencia es una cuestión que debe ser resuelta por la vía de la equidad.

**Es decir, las costumbres resignan frente a la existencia de tratados que norman la relación del conflicto y como evidentemente no existen convenios escritos y si más bien una norma supletoria y superior, consagradoria de las 200 millas territoriales, al Perú le asiste el derecho de sostenerla a todo lo largo de su litoral y compartir jurisdicciones cuando interfiera derecho de terceros como es el caso de la frontera marítima indefinida.**

No debe olvidarse por otro lado, para evitar aquello de la costumbre aceptada o el convencimiento tácito del Perú, que desde 1986, ósea hace más de 25 años, el Perú hace cuestión oficial permanente del problema a Chile con notas persistentes en las que se desvirtúa que existiera un uso consentido por el Perú en esa materia. Con la dación de ley que consagró las líneas de base del dominio marítimo, el año 2005, presentada a la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de la ONU en abril del presente año y del reciente registro de la cartografía correspondiente, es decir del mapa del

Perú y sus doscientas millas se ha completado la formalidad procesal previa que requería el Perú para abrir el caso y hacer acción ante la Corte. Este registro de la cartografía implica una notificación *erga omnes* de la posición del Perú, la Cancillería chilena la ha observado, como hicimos nosotros cuando ellos presentaron sus líneas de base, lo que significa que hay controversia, y si hay controversia tiene que haber resolución del Tribunal competente.

Visto con claridad la falta de sustento de Chile para decir que existe un tratado de límites, insistimos que la finalidad evidente del convenio pesquero fue el establecimiento de una zona especial destinada a resolver una problemática coyuntural y provisional y como dice Rodríguez Cuadros, de la problemática de pesca artesanal de ambos países. Por otro lado, esa frase de la que se apodera Chile, para decir eso es tratado de límites, que dice: «que constituye el límite marítimo entre ambos países», que se deslizó en una cláusula del acuerdo pesquero es meramente referencial y no positiva, si así no lo fuera, dada la importancia de un tratado de límites, se habría manifestado «esto un tratado de límites», porque un tratado de límites es un acto solemnisimo ya que tiene que ver con la integridad territorial. Hay que recordar que el Estado se compone de territorio, población, gobierno y organización jurídica, siendo el territorio una parte constitutiva del Estado, es decir que su frontera sólo puede ser definido por tratados solemnisimos que digan esto es un tratado de límites que establece que hasta aquí es la competencia territorial del país, eso no se ha hecho, en el convenio ni siquiera se formuló una cláusula para hablar de límites sino que fue cola de una expresión que tiene carácter absolutamente referencial.

**En conclusión, estimamos que la argumentación fáctica y jurídica que el Perú ha expuesto y expondrá ante la Corte es sustancialmente sólida y formalmente correcta, abona aún más en favor de ella, que en la demanda, al sostenerse soluciones de equidad, se ha hecho referencia y existen precedentes que son obligatorios para la Corte en casos similares al que se está ventilando en este momento.**

## PANEL

# Delimitación marítima entre el Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya

## Argumentación histórico - política de la demanda

Expositor Ing. Víctor Mejía Franco

Tengo una visión amplia del escenario en el cual se está desarrollando la confrontación jurídica entre el Perú y el vecino país de Chile. Esta confrontación no es nueva tiene hondas raíces fundidas en la historia de las ambas naciones desde su formación y en la Pre historia incluso, el Perú siempre fue en América del Sur un país líder, pero ese liderazgo que ejerció por mucho tiempo se está desdibujando en la nueva era que estamos viviendo, en estos momentos el país está siendo objeto de una serie de fuerzas de externas cuyo objetivo visible es limitar y hasta cierto punto manipular la soberanía que nos corresponde como un pueblo nacido independiente, este problema no es nuevo como les decía, pero necesitamos enfocarlo a la luz de la realidad y también necesitamos enfocarlo en su aspecto jurídico, ahora que tenemos esta novedad de la demanda interpuesta en La Haya.

Este es nuestro país y este es el mar de Grau, la enorme área que ocupa el mar en relación con el territorio actualmente, empíricamente podemos decir que esto representa el 40% del territorio nacional, considerando que este mar obviamente es territorial, es decir, es parte del territorio nacional, la Constitución Política lo denomina dominio marítimo pero como goza de todas las facultades y todas las características intrínsecas de un territorio sólido como del resto del país eventualmente podemos utilizar el nombre de territorio marítimo esta en una excepción legítima y generalmente aceptada.

Este mar no es sólo territorial para el país, es un mar existencial, le he bautizado con ese nombre no exactamente para oponernos o para presentar una alternativa frente al mar presencial inventado por Chile, la diferencia es que esto no es un invento, esta es la interpretación de una realidad porque el país no podría ejercer la soberanía que le corresponde sino considerara el mar como parte de su propia existencia socioeconómica, desde ese punto de vista considero que el mar es existencial y porque de su posesión debe emanar la soberanía que va a permitir que el Perú siga siendo un país independiente.

Imagínense uds. si perdiéramos el mar en manos extranjeras o en manos internacionales como ocurriría si el Perú llega a suscribir por error, omisión o por desconocimiento e ignorancia la llamada Convención del Mar

**Dejo bien dicho y bien claro, necesitamos el mar íntegramente, las 200 millas soberanas para poder garantizar que el Perú seguirá siendo un país soberano; entonces, en conjunto el territorio y su frontera configuran el hecho de que el Perú debe desarrollar una política frente a sus vecinos y esa política por tratarse de vecinos y una cuestión internacional se encuentra en la acción de la geopolítica.**

El Perú en el concierto de las naciones sudame-

\* Presidente del Comité Patriótico para la Defensa del Mar Peruano.

ricanas, éste es su ámbito geográfico y éste es su mapa histórico, el origen de la nacionalidad, en el origen de la civilización occidental está la visión antigua de la ubicación del Perú en el contexto del mundo en el año 1646, un mapa pionero, ahí se puede ver la representación del mar peruano, era el mar peruviano, este es un mapa muy valioso y el Perú era el centro de la parte occidental de Sudamérica.

Para que el Estado peruano pueda tener y mantener su espacio vital como país marítimo necesita inevitablemente gozar de las características y las atribuciones de la soberanía en todo su mar, es decir, en todo su dominio marítimo eso es lo que establece el Art 54 de la Constitución del Estado, (como un paréntesis la Convención del mar o CONVEMAR colisiona frontalmente con el Art 54, la Constitución que dice el territorio del Perú está formado por su territorio continental por su dominio marítimo que es 200 millas y su espacio aéreo, por lo tanto, cuando en el Perú se habla de soberanía estamos hablando una soberanía total, completa, absoluta sobre todo su territorio incluyendo su territorio marítimo.

Este concepto ya lo hemos visto, si el mar de Grau es un espacio vital de los peruanos entonces el Estado del Perú debe cumplir con las siguientes obligaciones:

Si el mar de Grau es el espacio vital en el cual el Perú va a ejercitar plenamente sus cualidades de país soberano va a tener la iniciativa geopolítica de proyectarse y de defenderse, el Estado debe realizar algunas acciones vitales en las cuales deben ser partícipes y actores todos los elementos que constituyen el Estado comenzando por la población y encabezado por la población culta como serían por ejemplo las universidades, en eso debe tener una clara conciencia de que es necesario planificar las acciones y el desarrollo del país y esto sólo se puede ejecutar a través de una institución especializada como es el Instituto de Planificación que el Perú tenía hace unos años pero fue abolida maliciosamente.

En 2do lugar, debe regular el uso de los recursos naturales, en este caso estamos hablando

de los recursos hidrobiológicos, hidrocarburos y minerales que contiene el rico mar que es nuestra frontera viva con el mundo, manteniendo la propiedad de los recursos, sino se mantiene la propiedad de los recursos no se puede gobernar la distribución de los recursos y si no se lo puede gobernar no se está ejercitando la soberanía que la Constitución le confiere al Estado, al gobierno, para poder administrar los recursos de la Nación, por eso es indispensable que los recursos naturales pertenezcan al Estado y esta facultad no puede delegarse no puede sustituirse ni tampoco se puede modernizar ni se puede globalizar, porque entonces el Perú se quedaría sin su esencia esencial, valga la redundancia, su identidad nacional seríamos una población flotante apátrida, es decir sin patria, absolutamente absurdo por muy moderna que sea la idea el mundo. Dicen el mundo es una aldea global ese es un concepto abstracto que no puede tener comprensión en un país tan necesitado de desarrollo como el Perú.

El tercer punto necesita pues tener, hablando del mar, una infraestructura portuaria que le permita proyectarse, si carece de infraestructura portuaria no puede proyectar sus intereses a través de su mar para beneficiar a su población. Debe poseer una marina mercante propia ¿porque tiene que ser propia? porque si es ajena los recursos que genera la marina se evaporan y no benefician al país como esta pasando ahora. Debemos poseer una Marina de Guerra disuasiva para frenar agresiones de otros países, como estamos viendo, por ejemplo, Chile que se ha atrevido a ocupar una parte del dominio marítimo peruano sin que haya una fuerza de balance que se le impida, no estamos hablando de guerra estamos hablando de disuasión contra la guerra que es diferente, deben operar servicios propios de vigilancia costera, propios no ajenos, porque tiene que vigilar en beneficio del país, en estos momentos estamos siendo observados por satélite de parte de otro Estado, pero el Estado peruano carece de facilidades para observar cualquier amenaza fronteriza, no sólo fronteriza, sino también interna, y debe operar una organización de limpieza y descontaminación del mar, porque el mar peruano sobre todo la famosa 20 millas territoriales de la Convención del Mar están cada vez más contaminadas.

¿Qué cosa es el espacio vital?, el espacio vital que representa el mar peruano?, para eso confrontémoslo con el espacio vital que todo el país necesita para desarrollarse, ustedes para vivir tranquilos necesitan tener una casa, una universidad para dictar clases se necesita un local y un país para desarrollarse necesita un espacio para albergar a sus habitantes y para desarrollar su industria, su comercio, etc., el espacio vital en el caso de tener un territorio dual ósea con características diferentes, tenemos entonces que considerar el territorio continental donde explotamos minas, sembramos tierras, cultivamos árboles, generalmente vivimos y el espacio territorial marítimo o mar de Grau el cual nos va a servir, como hemos dicho, de medio de comunicación y como centro de acopio de recursos hidrobiológicos para alimentar la población y encima otros recursos como minerales y petróleo; espacio aéreo que necesita para comunicarse vuelos, etc. y proyección del mar de Grau, el Perú se puede proyectar hacia el exterior por medio de su mar, de su marina mercante y sus recursos de contacto con el mundo.

La universidad por ejemplo no es un espacio cerrado, en la parte cerrada digamos culturizamos a nuestros alumnos, pero la universidad está llamada a ejercitar una proyección social, análogamente el mar está llamado a ejercitar una proyección hacia el mundo en beneficio del país al cual pertenece, este es el caso de un país tan rico, subrayo esto, por que es verdaderamente es el mar más rico del mundo.

Ahora veamos por qué la necesidad de proyectarse hacia el mundo, la proyección del mar de Grau es una expresión del espacio vital peruano, que se va extender, en la medida como se extienda la política de desarrollo del Estado que es exactamente lo que está haciendo nuestro adversario Chile, que ha inventado el mar presencial chileno para proyectar sus acciones, su comercio, etc., más allá de su mar cercano, de su mar adyacente, el Perú también debe proyectarse internacionalmente sobre todo por su privilegiada situación geográfica, necesita transporte cabotaje para vincular los puertos y los pueblos de sus costas para integrarlos de una forma horizontal y para complementar se necesita mano de obra y para suplir vías de trans-

porte terrestre cuando estas resultan insuficientes o se encarezcan por otro factores, como por ejemplo ahora está pasando con el alza de precios de los combustible que no pueden ser absorbidas fácilmente por la economía costera, y en ese caso languidece como la languidece ahora la economía costera en el Perú.

Terminales portuarios operativos, los terminales portuarios que son parte vital de la economía del país no pueden estar bloqueados por intereses localistas, grupales o políticos cosa que exactamente está pasando en el país, para comprar una grúa pórtico para el puerto del Callao han pasado meses de meses, las grúas pórticos se encargan en un mes se construyen en 6 meses y a los 8 meses ya están instalados, acá estamos esperando años para comprar una grúa pórtico, por que a uno no le conviene, al otro no le conviene, uno quiere coima, el otro no necesita coima, es decir estamos supeditando el desarrollo de un instrumento esencial para el progreso del puerto a consideraciones realmente muy pobres.

ENAPU, Empresa Nacional de Puertos del Perú, una gran empresa venida a menos deliberadamente y ahora con planes de liquidación contra esto obviamente hay que reaccionar, y no por ENAPU, no por los empleados de ENAPU, ni por lo que puedan decir, ni por los desocupados que se generaran, o por las cuestiones partidarias, sino por una conveniencia, por que es un instrumento, aunque sea imperfecto, pero es perfectible para mantener, ejercitar físicamente la soberanía efectiva del Perú sobre su mar.

Industria naviera nacional que tenía el Perú, en el Perú se han construido barcos de 20 ó 30 mil toneladas que eran grandes barcos, ahora sólo se construyen botes pesqueros, ha habido una involución, esa fue una muestra de manufactura nacional que no fue importada de ninguna parte se construyó en el Perú con todos los materiales nacionales que hubieron y fueron posibles conseguir, con mano de obra 100% nacional que se ha desarrollado 100% en el Perú. Por eso decimos que el Perú no es un país minusválido el Perú sólo necesita herramientas económicas y políticas para que los peruanos tengamos fe en nuestro país, y tengamos fe en el de-

sarrollo de nuestro mar y en la importancia que nuestro mar va a jugar en el futuro desarrollo del país, pero desgraciadamente todavía no está jugando.

Si los ciudadanos del Perú queremos que estas acciones se deben llevar a cabo, es necesario desarrollarlas en el marco de un plan de acción de naturaleza geopolítica, el planeamiento, el estudio y investigación de las acciones a realizar configuraría lo que podríamos llamar oceanografía política, tenemos algunos obstáculos que yo les doy un nombre muy fuerte, para mi como modesto investigador es serio, entonces le he puesto un nombre terrible, les he puesto «amenazas geopolíticas», pero hablando en un lenguaje diplomático, que yo no hablo por que no soy diplomático o un lenguaje vamos a llamarle jurídico, yo tampoco soy abogado de nadie, las amenazas que impiden el desarrollo del mar como un elemento de contribución positiva en la economía social y económica del país podría sintetizarla de esta manera: Hay una serie de hechos o circunstancias que se generan dentro del país cuya responsabilidad directa está en el gobierno o en los gobiernos que hemos tenido en los últimos años y también en el desconocimiento y la inacción de la civilidad. El Perú no tiene un plan nacional de desarrollo integral del mar, con instituto ad hoc, un instituto especializado en eso, el Perú lo requiere a gritos, no existen incentivos para las actividades marítimas con capitales nacionales para infraestructura portuaria, no existe incentivos para este desarrollo, en el Perú falta una política de actualización de las fuerza militares navales, bueno eso ya sabemos, faltan normas efectivas para el manejo de los acuíferos de las cuencas costeras ¿qué es esto? son aquellas contribuciones de los ríos de las costas que están mal administrados o no tienen ninguna administración en absoluto, pero existen otras amenazas, otros riesgos y otros problemas, en primer lugar hay un deficiente uso del territorio del litoral en cualquier parte se hecha basura se hacen rellenos sanitarios y terrenos ganados al mar sin estudios técnicos, sin ecología, sin nada, faltan normas de control para el tráfico marítimo dentro de las 200 millas, acá los barcos trafican a su buen saber y entender de la misma manera como hacen contrabando y se llevan las cosas, hay con-

taminación por barcos mercantes, pesqueros, plataformas petroleras desagües etc., recién se ha creado un ministerio del medio ambiente, menos mal que por ahí recién se podría comenzar.

Pero la amenaza que en este momento nos preocupa porque depende de voluntades muy incentivadas por los intereses internacionales es en primer lugar la amenaza de internacionalizar el mar de Grau, es decir: «señores ustedes tienen un mar muy rico» y por debajo tiene un mensaje subliminal «es demasiado rico para ustedes, no pueden aprovecharlo, entonces póngalo a disposición de la comunidad internacional, sean solidarios con el mundo globalizado y firmen la Convención de las Naciones Unidas para el derecho del mar», qué idea tan simpática y loable después veremos en que consiste.

Otra amenaza es la aplicación del capítulo primero del acuerdo TLC con Estados Unidos que limita la soberanía del mar de Grau y la supedita a consideraciones comerciales gobernada fuera del Perú, es decir cediendo soberanía.

Veamos ahora la negativa de Chile a cumplir el tratado de 1929. Este es un punto fuerte, efectivamente el Perú no fue capaz, no hubo interés político de exigir a Chile el cumplimiento integral del tratado de 1929 sobre Arica, ustedes saben por historia, lo saben mejor que yo, que el tratado de 1929 se firmó con el objeto de liquidar la confrontación militar que había tenido Perú con Chile en 1879, y a fin de integrar Arica a Chile, se convino que el Perú cedería Arica a condición de que Chile construyera para el Perú dentro los 1545 metros de la bahía de Arica un malecón de atraque para barcos que funcionaría con todas las facilidades de un puerto libre incluyendo la facultad hasta de transportar armas a través de ese puerto y libre acceso combinado con las facilidades del ferrocarril de Tacna-Arica. Chile nunca cumplió, se estuvo haciendo sucesivamente atrás para cumplir este compromiso y cuando ya no podía sostener más el incumplimiento por que era muy visible, entonces fragua un cumplimiento, discúpenme una breve interrupción yo no soy político, no soy partidista, es más estoy prohibido en pertenecer a un partido político mientras ejer-



za un cargo en la Comisión Patriótica para Defensa del Mar de Grau, de manera que yo no puedo ni elogiar ni criticar a políticos en actividad, hecha esta salvedad, si estoy obligado a calificar hechos que en nuestro concepto perjudican los intereses del país, por que nuestra función es ponernos al servicio del país, no de las personas, sino del país y de los hechos que lo afectan, y uno de los hechos más negativos ocurridos últimamente en nuestra historia es la traición de 1999, porque en 1999 el gobierno de entonces participó de la confabulación de falsificar un cumplimiento que Chile no estaba efectuando y que perjudicaba en primer lugar a Tacna, por supuesto, y hería de muerte la dignidad nacional, que fue bien remarcado acá en Tacna, las páginas de la historia revelan que en 1999 el presidente y el presidente del Congreso de esa oportunidad fueron declarados traidores a la Patria, pero esa declaración tan noble del pueblo de Tacna necesita un correlato efectivo, porque el país no puede vivir de calificaciones así tampoco puede vivir de homenajes, necesitamos hechos concretos para sacar adelante al país y un hecho concreto que más daño ha hecho en la historia y que sigue haciéndolo hasta el presente es la falsificación de 1999, entonces esta es una causa exógena que lesiona la soberanía del Perú concretamente en el mar de Grau.

**El mar de Grau y las 200 millas del mar de Grau deben ser un espacio territorial soberano quiero decir que el gobierno en representación del Estado debe estar en condiciones de dictar todo aquello que convenga al interés nacional dentro de ese espacio y este asunto del tratado de 1929 es un punto en contra y la potencia que se ha beneficiado con esa traición sigue ofendiendo al país,** vean lo que ocurre con el famoso cuento del hito fronterizo número 1, ustedes saben como esto puede traer cola en la cuestión de la demanda de La Haya. El tratado de 1929 fue firmado el 03 junio, han pasado 79 años, tres generaciones de peruanos y ¿qué hemos recuperado en Arica? ustedes mejor que yo saben qué cosa tiene el Perú en Arica,

Pero el eje de Tacna-Arica es un eje real, exis-

tente, es un eje interdependiente este eje debe seguir funcionando y debe ser una zona de desarrollo geopolítico que es necesario estudiar en beneficio del país para que Tacna alcance ese desarrollo geopolítico necesita tener el puerto de Arica, su muelle propio que funcione como muelle, que reciban barcos que realmente sean barcos y que pueda transportar carga en una manera comercial, es por supuesto una competencia para los puertos vecinos, que no son peruanos, ese no es nuestro problema, esa fue la condición por la cual Arica es chilena a condición de que ese puerto sea peruano, es decir un pedazo de puerto es solamente es un atracadero entonces ahora en Chile tiene varios atracaderos y lo que tiene el Perú no es un atracadero es simplemente un amarradero de botes, ni siquiera es un muelle en el sentido técnico de la palabra es algo equivalente a un rompeolas nada más.

Como yapa se produce a partir de 1954 y en adelante se produce una ocupación fáctica militar y civil de este famoso triángulo del mar que en realidad es un polígono cuatro lados con esta famosa área de 37,900 km<sup>2</sup> y un añadido acá de 27,000 km<sup>2</sup> aproximadamente de áreas que fueron descritas muy ilustradamente por el Dr. Lozada.

Tacna cuenta solamente con un mar territorial de 20 millas de 0 a 20 y en fin, toda la costa sur peruana es castigada y seguirá estando castigada hasta que se resuelva la cuestión de la Haya,

Voy a hacer un poco de historia por que es necesario saberla como antecedentes de lo que diremos a continuación, el primero de agosto de 1947, el Perú entra de lleno en el derecho internacional, a pesar de ser el Perú un país marítimamente privilegiado no había tenido una parte tan descollante tan significativa en el derecho internacional aunque fue precedida por EE.UU. y otros países que proclamaron 200 millas del mar territorial, el Perú lo hacen por consideraciones diferentes, mientras esos países lo hacían por razones geopolíticas, el Perú lo hace básicamente por razones económicas, porque entonces se sospechaba que el Perú iba a sufrir el embate de la codicia mundial por la riqueza que encerraba el mar peruano, en la

medida que otros mares que originalmente habían sido medianamente ricos empezaban hacer depredados, entonces el mar peruano era virgen, en esa época la masa hidrobiológica se reproducía a razón de 15 millones de toneladas por año que era un récord mundial ahora se a reducido de 15 millones a solo 9 millones por mal uso del mar, pero ese es otro negocio, declara pues unilateralmente que el Perú ejerce dominio, ejerce, no dice «le pido permiso para ejercer», me aceptan o no me aceptan, como el 28 julio de 1821 viene San Martín y dice que desde este momento el Perú es libre e independiente por la voluntad general de los pueblos no le pide permiso a España por favor, nos vamos a declarar independiente nada, declara y punto y se convierte en un hecho reconocido internacionalmente reconocido.

**El primero de agosto viene Bustamante y dice el Perú reivindica la propiedad de las 200 millas del mar, es un hecho histórico sumamente relevante, ¿cuántos monumentos en el Perú tiene ese hombre que ganó para el país 800 mil km<sup>2</sup> de territorio?** cuando el Perú desde que nació independiente ya había reducido su área a la mitad, porque nace en la época de San Martín con 2 millones 500 mil km<sup>2</sup> de área y en 1947 solo tenía 1 millón 250 mil km<sup>2</sup> en el curso de los años en la vida de la historia del Perú había perdido territorio, todos los vecinos se habían aprovechado del Perú, todos, el Perú había regalado, en el escritorio es fácil firmar un acta y regalar un territorio o lo habían vendido o habían traicionado el país y un poco se perdió en guerras, y viene este hombre y gana en ese momento 864 mil km<sup>2</sup> la Nación le debe un homenaje y ese si sería un homenaje que se debe por la naturaleza misma de los hechos.

Después viene la historia que se conoce, en 1952 los países de América occidental del sur Ecuador, Perú y Chile reconocen la validez de la declaración de Bustamante y Rivero, dicen si vamos a defender el mar de 200 millas y lo vamos a defender juntos y Ecuador, Perú y Chile se asocian, crean una sociedad, se reconocen mutuamente la propiedad de las 200 millas marítimas y firman el acta la Declaración de Santiago de 1952, los 3 socios tenían la misma con-

dición se respetaban mutuamente iba a defender frente al mundo las 200 millas que ya tenían varios enemigos, potencias interesadas que no les convenía.

Aquí lo dice los 3 gobiernos proclaman como norma de su política internacional marítima la soberanía y jurisdicción exclusivas de cada uno de sus respectivas 200 millas, no era una doctrina, una buena idea, era un hecho consumado mediante un documento de validez internacional un tratado que todos los países han tenido que respetar de todo el mundo.

¿Qué pasa en 1954? los 3 países firman un acuerdo por el cual crean una zona de amortiguamiento pesquero por que se habían suscitado problemas entre pescadores de los países que se metían al mar del vecino y a veces habían discrepancias, para que no ocurriera eso se hizo este trato, «vamos a crear basándonos en esta línea del paralelo geográfico que arranca acá muy fácil de identificar por los pescadores, una zona de tolerancia pesquera de 10 millas a cada lado de esta línea imaginaria con la finalidad de que sea algo así como un mar de nadie, entonces cuando un pesquero chileno se meta acá el Perú lo disculpe y lo devuelva para acá y viceversa, ese es la famosa línea del paralelo pesquero que los tres países crearon en 1954, una zona de tolerancia pesquera, nada más que tolerancia pesquera y nada más y la conferencia que dio origen a este acuerdo fue una conferencia de naturaleza pesquera y no un tratado de límites, porque además en una reunión tripartita dónde se ha visto la fijación de límites, es impensable una reunión tripartita, por ello en dicha reunión no había especialistas en límites todos eran interesados en las cuestiones pesqueras; entonces la idea de que el tratado de 1954 haya tenido propósito limítrofes, es pues una verdad para tontos.

Muy bien, a partir de 1952, sin embargo y principalmente a partir de este momento se empieza a crear entre Perú y Chile una incomodidad, porque para entonces los políticos de ambas partes se habían dado cuenta que de acuerdo a la Declaración de 1952, el mar territorial del Perú proclamado en la Declaración de Santiago tenía esta forma, porque las 200 millas del mar

se miden de una manera perpendicular a la costa, por lo tanto como la costa del Perú tenía esta forma en esta zona fronteriza su línea era la perpendicular y ocurrió lo mismo con la parte chilena, este es el mar de 200 millas chilenas y su mar territorial termina de esta manera, en consecuencia se crea una zona de superposición de los mares de los 2 países y como es obvio y razonable, pues este caso tiene una solución lógica que cualquier estudiante podría simplemente decir: «señores tracemos una línea bisectriz de este ángulo y se produce la llamada línea equidistante y se acabó». ¿Por qué Chile se niega a reconocer que esta es la frontera marítima natural? que dicta la razón y la lógica, sin necesidad de acudir al Derecho Internacional, que por lo demás también establece lo mismo, la jurisprudencia internacional es rica, muchos países tuvieron un problema igual o parecido y que resolvieron todos de acuerdo a la línea equidistante o la famosa línea media, esta es la posición del Perú que el Perú debe defender hoy mañana y siempre, gane o pierda la demanda en La Haya.

Hemos llegado a la etapa en que se ha presentado un conflicto de intereses, un conflicto jurídico.

**El Perú sostiene pues la tesis de que la línea equidistante o la bisectriz en el ángulo obtuso que forman los litorales de ambos países como la solución ideal de derecho y además está establecida por la jurisprudencia internacional, y no necesitamos la Convención del Mar para nada, porque la Convención del Mar ha copiado la jurisprudencia pre existente.**

Además se ha producido un conflicto en tierra, que implica la invasión chilena de territorio tacneño, de nuestro territorio, a partir de 1954, después de la firma de este mal redactado convenio pesquero, Chile ahora se da el lujo, violando el espíritu y la letra del Tratado del Pacífico de 1952, negando que su frontera terrestre termina en la orilla del mar, pero sostiene que ahí no puede haber un hito porque vienen las olas del mar y se llevan el hito, pero eso no implica que esas no sean las coordenadas geográficas de las fronteras terrestre, a partir de ese punto debe medirse en alguna dirección la fron-

tera marítima, pero lo han sacado maliciosamente de ahí, por que entonces su tesis de la línea paralela estaría en problemas. Además de comerse más mar peruano, también se comen unas 3 ó 4 manzanas de tierra tacneña, esto ya es el colmo de la ilógica y es una ofensa más al Perú, es una ofensa, es como decirnos «ustedes son unos idiotas vean que yo voy hacer esto y lo hago por que puedo hacerlo» ¿esto es un acto que podría ayudarnos a encontrar la paz con el vecino? este acto ayuda a reconocernos a nosotros mismo como un país que no sabe ejercer la soberanía que nos corresponde como país independiente. Si bien es cierto que el Perú puede decir que Chile no aceptó nunca negociar, también es necesario decir porque Chile no aceptó negociar, Chile no aceptó negociar por que el Perú no tenía medios para obligarla sentarse en una mesa de negociación y no es que no haya tenido medios, es que lo que no ha tenido es política internacional, lo que no ha tenido es voluntad política de trabajar por el Perú.

Del mar territorial del sur, ese famoso trapecio de mar, Chile se lleva todos los años 800 millones de dólares de productos hidrobiológicos, es decir, que en 10 años se llevan 8 mil millones de dólares, entonces no es que los chilenos inviertan en el Perú sino que el Perú invierte para que vengan lo chilenos, que es otra cosa y ¿quién pone esas cosas en blanco y negro? recién acabo de ver un libro de Alan Fairle, un economista en Lima que ha puesto las cosas en blanco y negro y ha dicho que el Perú y Chile no tienen economías complementarias, lo que tienen es una economía supeditada a la otra, en la cual la supeditada pone la plata y la otra se lleva el beneficio, esa es la realidad de la economía peruano chileno, por eso es que teniendo Chile todas esas ventajas no está interesado en negociar la frontera con el Perú, para qué va a negociar si mejor le va sin negociar nada, por que así no devuelve nada, su poder está basado en su fuerza militar.

Pero los argumentos del Perú son tan sólidos, tan coherentes con la realidad, la razón, la lógica y derecho internacional que no podemos perder el juicio, es imposible perderlo desde el punto de vista razonable, porque el principal argumen-

to que tiene Chile para oponerse a la demanda es que ha zanjado el problema limítrofe con el Perú por medio del acuerdo de pesca de 1954, y yo les voy a decir que ese argumento carece de fundamentos y vamos a esclarecerlo ahora mismo. Vamos a suponer que sea cierto que el Convenio de Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 realmente implique que la línea del paralelo determine la delimitación marítima, vamos a suponer que sea cierto, lo cual no es, pero **Chile no puede invocar ese argumento, presten atención por favor los abogados y estudiantes de Derecho. Chile no puede invocar el convenio sobre zona especial fronteriza marítima que dice que la delimitación debe seguir la suerte del paralelo geográfico ¿saben por qué?, porque Chile después de haber firmado el Tratado del Pacífico Sur de 1952 que dice que los 3 países se reconocen mutuamente la soberanía en 200 millas, después de eso, Chile viola ese tratado con sólo ingresar a la Convención del Mar, que dice que los estados tienen mar territorial de sólo 12 millas, es decir sólo tienen soberanía completa de 12 millas, que es la única soberanía que existe, por que si la soberanía no es completa, es incompleta, la persona tiene salud o no la tiene, no puede haber salud incompleta, es imposible, es una facultad absoluta. No existe nada absoluto dicen los defensores de la Convención del Mar, «en el mundo no hay nada absoluto», dicen; pero es absoluto dentro de los términos de la razón humana inmediata**

con las cosas que vemos, si un país es soberano en un territorio, ejerce toda la facultades de la soberanía, tiene autoridad y aplica sus leyes, etc., etc., el mar que no goza de esas facultades no es un mar soberano, por eso es que el mar que ahora tiene el Perú, es soberano en virtud de la Constitución, si nosotros no ejercitamos la soberanía no es culpa de la ley ni de la Constitución, es culpa de los ciudadanos que no la ejercen. El Perú tiene ahora un mar soberano de 200 millas, muy bien. Chile también tenía ese mar soberano de 200 millas y lo perdió cuando firmó la Convención del Mar, es decir que lo que hizo Chile fue violar el compromiso que tenía con el Perú y Ecuador y si violó el compromiso no puede exigir que el Perú lo cumpla porque Chile es un país violador de ese compromiso. El convenio sobre zona especial fronteriza marítima y la cuestión pesquera son derivados, son partes integrantes del Tratado del Pacífico sur, es un cuerpo jurídico integrado, no puede ser que se pueda violar un pedazo sí y un pedazo no, un pedazo vale y otro pedazo no vale. Entonces los 3 países tienen 200 millas mientras respeten el tratado, si un país se mete a la Convención del Mar sale automáticamente del Tratado y al salir del Tratado no puede invocar una parte de ese Tratado para defender una teoría, entonces Chile no puede pedir su aplicación en virtud de la violación que ha realizado del Tratado del Pacífico Sur, no puede exigir al Perú que cumpla lo que dice el Convenio Especial sobre Zona Fronteriza Marítima.



Editorial Limes del Sur  
052- 952 391048  
Tacna setiembre 2008