



IURA

REVISTA JURÍDICA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

DIRECTOR

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS

Dr. Carlos Angulo Espino

Ms. Raúl Yván Lozano Peralta

Ms. Eduardo Paz Esquerre

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Miguel Ayuso Torres

Universidad de Comillas, Madrid

Dra. Victoria de las Heras Jiménez

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Antonio Ñique de la Puente

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Dr. Fernán Altuve-Febres Lores

Universidad de Lima

Dr. Ramón Oscar Murillo Serna

Instituto de Gobierno de la

Universidad de San Martín de Porres

Dr. Renzo Raphael Honores Gonzáles

Doctor of Philosophy in History

Florida International University

Abogado

Pontificia Universidad Católica del Perú

Dr. José Antonio Benito Rodríguez

Universidadde Valladolid, España

IURA, revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica.

ISSN N° 2312-1645

Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2014 - 05941

Vol. 3 N° 1, enero-junio de 2018 - Trujillo , Perú

Publicación semestral

Dirección

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

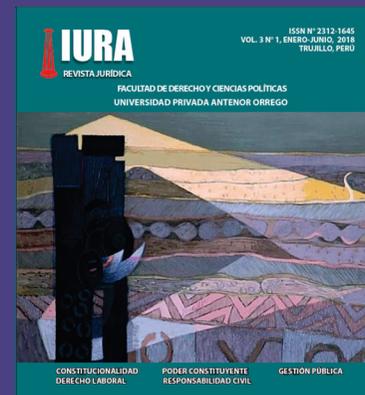
Av. América Sur N° 3145

Urb. Monserrate, Trujillo, Perú

Teléfono: 51-44-604444, anexo 2087

<http://www.upao.edu.pe>

Los artículos de esta revista expresan el pensamiento personal de sus autores, no de la institución.



“Rosa del mar de Lurín” (1995) pintura de Fernando de Szyszlo.

Preprensa

Fondo Editorial UPAO

Diagramación: Carmen Chang Chávez

ÍNDICE

Editorial	5
El bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos <i>José Antonio Ñique de la Puente</i>	7
El problema del poder constituyente <i>Miguel Ayuso Torres</i>	27
Límites y contenido de la acusación constitucional: el antejuicio y el juicio político en el ordenamiento jurídico peruano <i>Raúl Yván Lozano Peralta</i>	43
La justicia constitucional <i>Víctor Julio Ortecho Villena</i>	65
Gestión pública bajo el espíritu de la empresa <i>Oscar Murillo Serna</i>	69
Aspectos jurídicos registrales de la hipoteca predial, minera y naval en el Perú: constitución, vigencia y extinción <i>David Rubio Bernuy</i>	87
Resultados tardíos y la dimensión temporal de la imputación objetiva <i>Shikara Vásquez Shimajuko</i>	103
El incumplimiento de los principios del Derecho Laboral en la tutela de derechos en el Perú <i>Manuel Bermúdez Tapia</i>	131

Responsabilidad de los miembros del consejo directivo en las asociaciones civiles <i>Víctor Hugo Chanduví Cornejo</i>	145
El Quijote como ventanal del mundo religioso español e hispanoamericano de su tiempo <i>José Antonio Benito Rodríguez</i>	165
Reseñas de libros	189
Libros de Derecho publicados por el Fondo Editorial de la UPAO	199

RETOMANDO EL CAMINO

Como revista jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, reiniciamos la publicación de IURA para la cual se le establece una periodicidad semestral a partir del presente número; significa que editaremos dos números al año.

Contaremos con colaboraciones de profesores y juristas nacionales y con la de profesores de universidades extranjeras con las que la UPAO mantiene convenios de colaboración institucional.

Como universidad acreditada, con su Facultad de Derecho también acreditada, nos esmeraremos en crear las condiciones para el desarrollo creciente de la investigación y la opinión jurídica en el ámbito académico que nos corresponde.

En la presente edición se publican trabajos académicos de connotados especialistas en las diversas materias del Derecho. En primer lugar artículos y ensayos sobre el Derecho Constitucional porque constituyen los cimientos epistemológicos y jurídicos de las investigaciones y reflexiones sobre los demás campos del Derecho. Entre ellos algunos sobre temas que suscitan el debate jurídico, como el bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos, los límites y el contenido de la acusación constitucional en el ordenamiento jurídico peruano, el problema del poder constituyente y la justicia constitucional.

Otros textos que destacan por su versación y perspicacia son el de resultados tardíos y dimensión temporal de la imputación objetiva, el incumplimiento de los principios del Derecho Laboral en la tutela de derechos en el Perú, la gestión pública bajo el espíritu de la empresa, aspectos jurídicos registrales de la hipoteca predial, minera y naval en el Perú: constitución, vigencia y extinción y la responsabilidad de los miembros del consejo directivo en las asociaciones civiles.

Incluimos una sección cultural en la que publicamos un enjundioso artículo sobre el Quijote como ventanal del mundo religioso español e hispanoamericano de su tiempo y una interesante reseña de libros.

Aprovecho la ocasión para hacer un reconocimiento institucional a los colegas que se involucraron en esta tarea de enorme responsabilidad, como integrantes del Comité Editorial o con sus textos que revelan su compromiso con la investigación, tarea inherente a la vida universitaria.

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo



El bloque de constitucionalidad es una herramienta fundamental para la supremacía constitucional y el control de la convencionalidad de las leyes.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE “CONSTITUTIONALITY BLOCK” AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

José Antonio Ñique de la Puente (*)

Recibido: 6 de junio de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

RESUMEN

El bloque de constitucionalidad es un conjunto de principios, valores y normas que sirven a la interpretación, razonamiento y argumentación del derecho constitucional en su integración al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Estas nuevas posibilidades, impensables en un sistema jurídico cerrado, tienen la característica fundamental de que colocan en primer lugar a la persona humana y su dignidad al momento de realizar el control de la constitucionalidad de las leyes (supremacía constitucional) y el control de convencionalidad a favor de los tratados internacionales de derechos humanos a partir de la Constitución francesa de la Quinta República (04.10.1958).

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, paradigma constitucional, normas interpuestas, pro homine, garantismo y neo constitucionalismo, derecho internacional y derecho nacional interno nacional.

* Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ABSTRACT

The constitutionality block is a set of principles, values and norms that serve to the interpretation, reasoning and argumentation of constitutional law in its integration to the international law of human rights and international humanitarian law. These new possibilities, unthinkable in a closed legal system, have the fundamental characteristic that enhance the human being and uphold the dignity of the human person for conducting the control of constitutionality of laws (constitutional supremacy) and the control of conventionality in favour of the main international human rights by the French Constitution of the Fifth Republic (10. 4.1958).

Key words: block of constitutionality, constitutional paradigm, interposed norms, pro homine, guaranteeism and neo-constitutionalism, domestic and international law.

1. INTRODUCCIÓN

El bloque de constitucionalidad y su influencia en la protección de los derechos humanos es un tema jurídico, histórico y comparativista que ha sido desarrollado originalmente en el constitucionalismo francés por vía jurisprudencial del Consejo Constitucional en 1971. Sus aspectos doctrinarios han sido desarrollados por Louis Favoreu y posteriormente, en sus grandes vertientes, por la justicia constitucional y los derechos humanos. Su aporte en el actual contexto del neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales orienta una línea en favor de la dignidad humana.

En el presente trabajo nos esforzamos por desarrollar conceptual y teóricamente el criterio de bloque de constitucionalidad y su papel dentro de la justicia constitucional comparada, interpretada sistemáticamente a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario, de la Carta del Medio Ambiente francesa del 01.03.2005, clave en la defensa de la naturaleza y de la casa común, en términos expresados por el papa Francisco.

Por otro lado, procuramos desarrollar la triple integración: derecho constitucional, derechos humanos y derecho internacional hacia la defensa de un constitucionalismo garantista y principialista al servicio de una vida digna y democrática.

2. METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS

Se elabora un diseño de investigación teórico, histórico-jurídico, entre el derecho constitucional, los derechos humanos y la filosofía del derecho en la justicia constitucional, con un enfoque de triple integración sustentado desde el humanismo contemporáneo, utilizando los métodos exegéticos y dogmáticos, a partir de sus distintos enfoques comparativos y cualitativos.

Nos enfocaremos en investigar los presupuestos históricos, jurídicos y de derecho comparado del concepto bloque de constitucionalidad y su vínculo indesligable con la protección de los derechos humanos, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, la derrota del nazifascismo, el desarrollo de las fuentes del derecho internacional y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, empleando los métodos histórico, jurídico, dialéctico y los de la Escuela Histórica del Derecho, así como la dogmática constitucional y de los derechos humanos.

3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos

1. El origen y antecedentes del bloque de constitucionalidad en Francia. 2. La recepción e influencia del bloque de constitucionalidad en España y América Latina. 3. La recepción del bloque de constitucionalidad en el Perú.

1. El origen y antecedentes del bloque de constitucionalidad en Francia

Según el panorama del Derecho Constitucional contemporáneo de Paolo Biscaretti di Ruffia¹, se toma a la revolución francesa como tránsito de la monarquía absolutista a la República, antecedida por el movimiento intelectual y filosófico de la ilustración, que preparó las condiciones subjetivas y las mentalidades y sentimientos de transformación concretados en la Toma de la Bastilla del 14 de julio de 1789. En este acontecimiento histórico se enarboló la búsqueda de la felicidad, la defensa y protección de los derechos fundamentales o derechos humanos, diseñados magistralmente en los 17 artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobados en la Asamblea Legislativa francesa, el 26 de agosto de 1789. En esta declaración se prescribió como *norma normarum* o norma de normas el art. XVI: “En aquella sociedad donde los derechos de las personas están garantizados y donde no se da la separación de poderes, ese Estado no tiene una Constitución.” Casi dos siglos después y por razón histórica constitucional se crearon, a partir de la Constitución de 1958, las cláusulas de referencia, los paradigmas constitucionales, parámetros o normas interpuestas, pero figurando siempre en primer lugar la “Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano”. Se adoptó el significado iusnaturalista de ciudadano, miembro de la comunidad política en el sentido de Michel Troper², del concepto de ciudadano en la Francia revolucionaria.

¹ Ver: Biscaretti di Ruffia, Paolo (1996). *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México D.F. FCE. Pág.62 y ss.

² Ver.: Troper, Michel (2004). *Ensayos de Teoría Constitucional. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política*. Distribuciones Fontamara .México. Pág. 1969 y ss.

- José Antonio Nique de la Puente

El bloque de constitucionalidad advertido por vía jurisprudencial por el Consejo Constitucional francés el 16 de junio de 1971, es el resultado de la lucha por los derechos fundamentales y una nueva ilustración que elevó la conciencia y sensibilidad de los constitucionalistas y el pueblo galo luego de la invasión nazi.

La fuerza principista, normativa y los valores que inspiran el bloque de constitucionalidad vienen de un bloque doctrinario expresado por la obra inspiradora de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789³ y tiene su punto más alto, en pleno siglo XX, con el general Charles de Gaulle, presidente de Francia, y su célebre discurso de Bayeux del 16 de junio de 1946, donde anunció cómo debería ser la Constitución francesa, la de la cuarta república del 27 de octubre de 1946 en la que se introdujo el bloque de constitucionalidad y se plasmó en la Constitución de la quinta república del 4 de octubre de 1958.⁴

Acerca de la génesis del bloque de constitucionalidad debemos precisar que es “jurisprudencial primero, puesto que, por su decisión del 16 de julio de 1971 “Libertad de asociación”, el Consejo Constitucional reconoce sin ambages que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, a los que se remite también el Preámbulo de la Constitución de 1958, forman parte de las normas constitucionales de referencia y pueden ser así invocadas en el marco del control de constitucionalidad”.⁵

Esta jurisprudencia incluye la defensa de las libertades y los derechos del hombre y del ciudadano, fundamento del constitucionalismo francés (incluido en la Constitución de 1791), lo mismo que los principios del preámbulo de la Constitución de 1946 y las cláusulas de remisión del preámbulo de la Constitución de la quinta República, en un verdadero encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos inspirados por Charles de Gaulle y por la influencia de su mano derecha, Michell Debré.

³ En: “Montesquieu, Rousseau y José Manuel de Sienes. Pág. XVI y XVII del prólogo de Mario de la Cueva al libro de Sánchez Viamonte, Carlos (1956) “Los derechos del hombre en la Revolución francesa” UNAM. “...“El espíritu de las leyes”, el “Contrato Social” y “¿Qué es el Tercer Estado?” devinieron patrimonio de las masas, que recrearon en ellos su conciencia y sus sentimientos: “...esos tres libros fueron el manifiesto de la democracia y encarnan el anhelo de vida de los hombres y de los pueblos” (Mario de la Cueva, Op. Cit. Pág XVII del Prólogo). Todos los documentos que integran el bloque de constitucionalidad se inspiran en estas obras y su integración al Derecho internacional Público y a los Derechos Humanos en su proceso de universalización, internacionalización y positivación. “De los tres libros citados, el Contrato Social de Juan Jacobo es el que más íntimamente se adueñó del alma de los hombres de Francia; el contenido de ese libro forjó, pero era al mismo tiempo, parte de la manera espiritual de ser de la nación francesa” (Mario de la Cueva. Prólogo a la obra de Carlos Sánchez Viamonte. *Ibidem*) Más adelante expresa también que “El contrato social es la más grande y noble utopía de la época moderna, es quizá la utopía humana de todos los tiempos”. (Op.Cit. Pág-XVII. Prólogo)

⁴ “Antaño, los griegos le preguntaron al sabio Solón: ¿Cuál es la mejor Constitución? “Contestó. ”Primero díganme para qué pueblo y época” Se trata del pueblo francés y de los pueblos de la unión francesa, de una época en suma difícil y peligrosa” <http://www.charles-de-gaulle.es/16-de-junio-de-1946-discurso-pronunciado-en-bayeux.html>. Consultada el 19 de marzo del 2017.

⁵ Comparando “el papel del Consejo como garante de los derechos y de las libertades” <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentacion-general/presentacion-general.25785.html>).

El bloque de constitucionalidad o paradigma de constitucionalidad, o llamado también de suprallegalidad, originalmente según Louis Favoreu proviene del derecho administrativo. Está en Maurice Hariou⁶ como bloque de legalidad, pero a raíz del desarrollo del constitucionalismo clásico post segunda guerra mundial y con la cuestión de Argelia y los movimientos de liberación nacional, se procuró garantizar el republicanismo neopresidencialista y la garantía de los derechos humanos. De esta manera, se continuó en el siglo XX, el siglo de las luces, una “nueva dialéctica de la ilustración”, convirtiéndose en un bloque jurídico y político que blinda la defensa de la Constitución en materia de derechos fundamentales y de la dignidad humana.

En la interpretación del Derecho Constitucional en Francia y en otros países donde el panorama del Derecho Constitucional comparado- término usado por Biscaretti- y de la ley en general, más allá de las diferentes denominaciones o interpretación de lo que para Francia es el bloque de constitucionalidad, es ahora *mutatis mutandis*, utilizando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como control de convencionalidad, complementando el control de constitucionalidad, en el criterio del *judicial review* o del control concentrado desarrollado por Hans Kelsen.⁷

Todos los métodos de la interpretación de la ley son necesarios pero insuficientes como explicaba Eduardo Ferrer Mc Gregor en su interpretación constitucional, escrita en francés y que nos sirve para las cuestiones prioritarias de constitucionalidad en otros lugares y en el Perú para la justicia constitucional, en nuestro código procesal constitucional (art.79) como principios de interpretación para apreciar la validez constitucional de las normas. El tribunal constitucional considera además otras normas.

El bloque de constitucionalidad comprende los principios, normas y valores como los tratados internacionales de Derechos Humanos, del Derecho Internacional humanitario, incorporándolos a los derechos internos de los Estados, siguiendo la tesis de Hans Kelsen del monismo internacionalista, con predominio del derecho internacional sobre el derecho interno o nacional para lograr el sistema de naciones unidas.⁸

⁶ “Es el llamado por Maurice Hariou bloque de legalidad. No se trata sólo de lo que dice la ley formal-aquella producida por el poder legislativo-sino por el entero ordenamiento jurídico” Romero Pérez, Jorge Enrique (1999)Derecho Administrativo General. EUNED San José de Costa Rica. Pág 63.

⁷ Ahora que el Derecho Constitucional se ha internacionalizado en el sentido del término utilizado por Martín Kriele: Rechts-gewinnung, que debe ser entendido con una categoría englobante de los términos Auslegung (interpretación en el sentido de comentario) y Rechtsergänzung (acción de completar el derecho) (Miele, M. Theorie der Rechtsgewinnung. pág.13.Citado por Gregorio Robles. Epistemología y Derecho. 1982. Pág.105).

⁸ Ver: Kelsen, Hans.(2009) Teoría Pura del derecho. Eudeba. Buenos Aires. Pág. 157 y ss.

- José Antonio Nique de la Puente

En el preámbulo de la Constitución, dentro de la política de Naciones Unidas adoptada por Francia: "...de una estrategia más global de desarrollo sustentable, frente a desafíos económicos y sociales de los "factores reales de poder" señalados en 1863 por Ferdinand de Lassalle, este país aprobó, según su embajada en México,⁹ medidas nacionales a favor del medio ambiente, constitucionalizando derechos fundamentales no numerados de la novena enmienda de la Constitución americana o Derechos humanos de la tercera generación en la terminología de los derechos fundamentales.

Introduce así la Carta del Medioambiente como preámbulo de la Constitución por la Ley N° 2005-205, del 1 de marzo de 2005 en la que se señalan los derechos y deberes en materia ambiental, en 10 artículos inspirados en los principios de la Agenda 21, en la Conferencia de la Tierra del 5 al 9 de junio de 1992 para lograr una verdadera transformación jurídica de la protección de los derechos medioambientales de la humanidad y como parte del bloque de constitucionalidad, con efectos sobre todo el constitucionalismo contemporáneo, a saber " los principios de precaución, de acción preventiva y de corrección, del contaminador –pagador y el de participación informativa".¹⁰

En adelante todo tópico y argumentación jurídica en materia de abogacía y políticas de protección del ecosistema necesariamente tienen en el bloque de constitucionalidad francés su inspiración. Asimismo parte de los bloques de constitucionalidad en el mundo incluyen los tratados internacionales de derechos humanos y la protección de la casa del hombre y los derechos de la naturaleza, como inherentes a la defensa de la dignidad humana, como lo señala la Declaración de Gijón, en la búsqueda de "un medio ambiente para el mañana".¹¹

Se incluye en el parámetro de constitucionalidad, denominado por el Consejo Constitucional francés bloque de constitucionalidad, la Carta del Medio Ambiente del 1 de marzo del 2005, la protección de la naturaleza, que aplican principios y normas *ius cogens*, art 53 y 64 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados entre estados del 23 de mayo de 1969, obra de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.¹²

⁹ En: www.ambafrance-mx.org El medioambiente en Francia. Consultado el 19 de marzo de 2017.

¹⁰ www.ambafrance-mx.org El desarrollo sustentable, marco de la política ambiental nacional. Consultado el 19 de marzo de 2017.

¹¹ En la Declaración de Gijón se llama a propiciar el respeto y protección de la dignidad humana y de la biósfera, aprobada como compromiso universal por la dignidad humana en Gijón (España) el 4 de octubre del 2002 en el II Congreso Mundial de Bioética.

¹² En nuestro país el gran poeta César Vallejo es considerado el precursor de la protección del medio ambiente en su obra "El Tungsteno" (Editorial Cenet, Madrid.1931) donde los heraldos negros de las minas de Quiruvilca como los heraldos negros nos mandan la muerte.

La polémica sobre el origen histórico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las influencias de este catecismo de los derechos fundamentales la encontramos en la obra de Georg Jellinek, escrita en 1895, y la postura de Emile Boutmy,¹³ así como en la protección internacional de los derechos humanos más allá de las fronteras, reinos o naciones, basada en la unidad esencial del ser humano anunciada en Salamanca en el siglo XVI andaluz y castellano por el canonista Francisco Suárez (1548-1617), en su obra *De legibus ac Deo legislatore*.

El Derecho Internacional Público, desde la antigüedad en Mesopotamia o en los hebreos, griegos y en la humanitas romana, va a encontrar lo que en la modernidad denominó Emmerich de Vattel principios *ius cogens*, que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU positivizó en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados celebrado entre estados como principios y normas imperativas del Derecho Internacional que integran el bloque de constitucionalidad como normas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Francisco Rubio Llorente, expositor inicial del concepto francés bloque de constitucionalidad, en obra conjunta con Louis Favoreu, explica cómo se integra con distintas variantes al Derecho Constitucional español, afirmando: “El bloque de constitucionalidad con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de las Constituciones del Estado español como Estado compuesto”.¹⁴ En el discurso antes señalado, el profesor Rubio señala que en “la doctrina francesa, la expresión *bloc de constitutionalité* se utiliza para designar un conjunto de normas que el Conseil Constitutionnel aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y los reglamentos parlamentarios. Este conjunto al que ya alude una decisión de 1966 está integrado en todo caso por la Constitución y por la remisión del preámbulo de ésta, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente una declaración de derechos, sobre todo de carácter social (Decisión del 8 de julio de 1966, en *Recueil des decisions du Conseil Constitutionnell* (RDCC)).¹⁵

¹³ Para Georg Jellinek tiene origen anglo-norteamericano con la Declaración del gran pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 y la Declaración de independencia de EEUU del 4 de julio de 1776 o el Bill of Rights, del 13 de febrero de 1689; para E. Boutmy es fundamental la influencia de Juan Jacobo Rousseau y su obra el Contrato Social. Principios de Derecho Político publicados en 1762. Ver: Robles, Gregorio (1982) Epistemología y Derecho. Pirámide. Madrid. Capítulo VII Págs. 219 a 252.

¹⁴ Francisco Rubio Lorente en: .El bloque de constitucionalidad, dedicado a Eduardo García de Enterría.Pág.24. En: *Revista Española de Derecho*. Año 9.Número 27.Septiembre-diciembre 1989.Pág. 24.

¹⁵ En: Francisco Rubio Llorente. Op, cit. Pág 15.

- José Antonio Nique de la Puente

En los estudios de teoría del Derecho, en la cátedra de Introducción al Derecho, se explica la integración normativa en el contexto de la llamada pretensión positivista de la plenitud hermética del derecho, ahora llevada como principios, normas y valores en la defensa constitucional. En el control de la constitucionalidad de las leyes, con normas que integran la constitución material, más allá de la constitución formal, ahora con la doctrina constitucional de la Quinta República Francesa, podemos sostener que la Constitución no tiene lagunas ni deficiencias ni defectos, pues ellos se superan por el sistema de fuentes, como en la obra de Ignacio de Otto o la de Antonio Enrique Pérez Luño,¹⁶ donde se afirma que existe una plenitud hermética del sistema de fuentes de la constitución a partir de la doctrina y la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad con diferentes criterios: el bloc, bloque de constitucionalidad, parámetro, paradigma de constitucionalidad, normas de referencia o cláusulas de referencia, normas interpuestas o herramienta clave.

El constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá ha considerado con precisión el bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales: “entendemos el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto del derecho convencional como el consuetudinario) y los derechos implícitos expresamente incorporados por esta vía.¹⁷

Para Louis Favoreu, la idea de bloque “...evoca la de solidez y unidad. A veces se define un bloque como un conjunto que no puede ser escindido, dividido “ (...) “se ha utilizado comúnmente en la doctrina ... Francois Luchaire prefería emplear la palabra *supralegalidad*”.¹⁸ Las herramientas clave del referido bloc o bloque de constitucionalidad son los principios fundamentales que son los derechos humanos, el derecho internacional público con las normas *ius cogens* y su conjunto de principios, normas, valores e instituciones que sostienen la protección y desarrollo de los derechos humanos.

¹⁶

Ver: Pérez Luño, Antonio Enrique (2011). *El desbordamiento de las fuentes de derecho*. Editorial La Ley. Madrid.

¹⁷

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008) Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción. Revista *Ius et Praxis*. Año 14.Nº 2: 561-589. Recordamos la superación en las fuentes de los derechos humanos, la era Pinochet y la Caravana de la Muerte, cuando los tanques y la represión bombardeaban el Palacio de la Moneda y el pueblo de Chile, el bloque de constitucionalidad incorpora normas *ius cogens* o imperativas con validez internacional para garantizar el orden constitucional y los derechos humanos. Lo mismo son las reformas constitucionales en Argentina en 1994 que nos hacen recordar el 41 aniversario del golpe militar del general Rafael Videla el 24 de marzo de 1976, con las violaciones sistemáticas a los derechos humanos relatados en tantos documentos como el informe Sábado “Nunca Más”, la llamada Enciclopedia del horror y la vesania. Ahora podemos defender la Constitución y los derechos fundamentales en el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli .

¹⁸

Louis Favoreu. El bloque de constitucionalidad. Revista del Centro de estudios Constitucionales. Número 5. Enero-marzo.1990.pág. 47. Más adelante Favoreu escribe que “... en 1989, el bloque de constitucionalidad stricto sensu se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las “leyes de la república” en la medida que sean portadores de “principios fundamentales”. (Louis Favoreu. *El bloque de constitucionalidad*. pág. 49)

El bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, es el señalado por la Constitución francesa de la Quinta República, del 4 de octubre de 1958; en sentido estricto, está constituido por los principios y normas que no figuran en la Constitución formal, pero pertenecen al bloque de constitucionalidad como premisas o paradigmas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que junto al Derecho Internacional Humanitario han desarrollado principios y normas imperativas o *ius cogens*, para proteger la dignidad humana expresada en el principio *pro homine*, pues la dignidad humana es más que un derecho, es el fundamento de todos los derechos.

Asimismo produce integración en un nivel de control de constitucionalidad y de convencionalidad a través de la interpretación del artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969); influye y trasciende el ordenamiento jurídico nacional a nivel constitucional del derecho penal, civil, administrativo y procesal en la lucha contra la impunidad y la corrupción.

El bloque de constitucionalidad es la herramienta clave de la defensa constitucional y de la protección de los derechos fundamentales, pero necesita de un Estado Constitucional que supere los abismos sociales y que genere una Constitución material a la vez que formal, en un Estado social como lo expresó Herman Hesse que inspiraron en México los principios de la Constitución de Querétaro del 5 de febrero de 1917.

2. La recepción e influencia del bloque de constitucionalidad en España y América Latina

En España, al fallecer el generalísimo Francisco Franco se inicia la transición hacia un régimen constitucional democrático de derecho, que se plasma con la aprobación de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978, vigente desde el 29 de diciembre del mismo año, estableciendo en la norma suprema un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes: El Tribunal Constitucional. (Título IX, arts. 159-165)

Con criterios y matices distintos fue recepcionado por la Constitución española de 1978. En la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional el constitucionalismo ibérico puso como señaló Eduardo García de Enterría- a la Constitución como norma y el tribunal constitucional se difundió en América Latina y otros continentes.

En la doctrina de los constitucionalistas y juristas españoles destaca Francisco Rubio Llorente, quien escribe una obra junto a Louis Favoreu sobre el bloque de constitucionalidad francés señalando sus diferencias pro vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. (Sentencia 10/1982 del 23 de marzo. BOE. Núm.95, de 21 de abril de 1982). ECLI.Es.TC.1982.10

- José Antonio Nique de la Puente

El pleno del Tribunal Constitucional compuesto entonces por Manuel García-Pelayo y Alonso como presidente y otros ilustres magistrados pronuncia en nombre del Rey la sentencia pertinente en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente de gobierno contra la ley 6/1981, del 19 de junio, de la Generalitat de Catalunya, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión española en Cataluña, en sus artículos 1.2, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 y 11; disposición adicional y transitoria compareciendo el Parlamento de la Generalitat de la Cataluña, representado por su presidente y su consejo ejecutivo, siendo ponente el magistrado Antonio Truyol y Serra, quien expresa al parecer del Tribunal en los fundamentos jurídicos de la sentencia número 2 para interpretar debidamente la normatividad aplicable al caso. El bloque de constitucionalidad sirvió de base para enjuiciar la ley impugnada partiendo del hecho de que la Constitución remite con carácter general a los estatutos para que estos determinen las competencias autonómicas.

Es en la vía de sentencia del Tribunal Constitucional que se invoca por primera vez el concepto de bloque de constitucionalidad en el sistema de fuentes de España. Esta sentencia influye en Europa para la defensa constitucional de la noción del bloque constitucional en Portugal, en vigor desde 1976, con las modificaciones del art.8, por el cual las normas de Derecho Internacional forman parte íntegramente del Derecho portugués.

En Italia, el constitucionalismo italiano de la Constitución del 1 de enero de 1948 para superar su falta de eficacia advertida por Piero Calamandrei en su libro *La Constitución inactuada* también incluyó dentro del control constitucional el bloque de constitucionalidad.

Luego el bloque de constitucionalidad con sus variantes ha llegado a América Latina en un proceso doctrinario legislativo, constitucional y jurisprudencial como fenómeno de recepción selectiva en medio de las oleadas jurídicas empleando los conceptos de don Jorge Basadre en los Fundamentos de Historia del Derecho.

La Constitución de la República italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947 y que entró en vigor el 1 de enero de 1948, actualizada con las sucesivas modificaciones constitucionales establece en el Título VI. De las Garantías Constitucionales, en la sección I del Tribunal Constitucional en los arts. 134 al 137, para “la interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal”.

En Colombia, la Corte Constitucional en su sentencia C-225/95 Derecho Internacional Humanitario establece la naturaleza imperativa/ *ius cogens* art.53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados: “La imperatividad de esta normatividad (derecho internacional humanitario) no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario”. Al definir el bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional señala que “está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional son

utilizados como parámetros de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.¹⁹

Es a partir de 1999 que la Corte Constitucional adoptó el concepto de bloque de constitucionalidad, favorecido positivamente por los arts. 9, 93, 94, 214.2, 53, 102.2 de la Constitución de 1991 (República de Colombia-Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067/07Bloque de constitucionalidad. Concepto).

En México, el bloque de constitucionalidad no busca combatir el principio de supremacía constitucional: “...podría concebirse más bien como una confirmación del valor supremo de la Constitución”, “considerando que el objetivo de la remisión es dotar de valor constitucional a dichas normas”.²⁰

La revolución mexicana de 1910 se consagró jurídica y constitucionalmente en la Constitución de Querétaro del 5 de febrero de 1917, que antecedió a todas las Constituciones del mundo en afirmar un Estado Social de Derecho basado en el trabajo, obra de una transformación histórica y social de México que influyó en nuestro constitucionalismo. Al cumplirse el centenario de la constitución de Querétaro, el 5 de febrero de 2017, que estableció un Estado Social de Derecho, concretando ideales de la revolución agrarista mexicana en las reformas constitucionales del bloque de constitucionalidad es pertinente recordar que “...el alcance y valor constitucional no derivan del uso del concepto bloque de constitucionalidad sino de la cláusula de remisión”, “es una mera herramienta descriptiva y no prescriptiva”.²¹

Encontramos que en los juristas de la reforma se desarrolló el principio favor persona o *pro homine*, junto a la tesis monista en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional, basados también en normas imperativas de la comunidad internacional o *ius cogens*, art. 53 de la Convención de Viena. Derecho de los Tratados Internacionales entre Estados del 23 de mayo de 1969.

¹⁹ “Son pues verdaderos principios y reglas de vida constitucional” y señala luego la prevalencia de los tratados de derechos humanos en la Corte Constitucional de la República de Colombia (La corte Constitucional de Colombia con su presidente José Gregorio Hernández Galindo y los ilustres magistrados en Santa Fe de Bogotá, 18 de mayo de 1995) www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.html “La noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que un texto constitucional dado que existen otras disposiciones contenidas en otros instrumentos o recopilaciones que también son normas”. *Ibidem*

²⁰ <http://www.reformadh.org.mx/reformadh/index>.

²¹ www2scjm.gob.Mx/red/coordinación/Bloque%constitucionalidad.pdf Pág 20 Sobre las reformas de los derechos en México.

- José Antonio Ñique de la Puente

En Ecuador, la Constitución de la República, en el título IX Supremacía de la Constitución, establece un Estado Constitucional de derechos y justicia, en la interpretación de Danilo Alberto Caicedo Tapia.²² Asimismo Andrés Martínez Moscoso señala que Ecuador ha optado por un “monismo moderado” donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno se encuentran al mismo nivel.²³

En nuestros países, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales celebrados entre los Estados de 1969, arts. 26 y 27, ha influido en el desarrollo del Derecho Constitucional con nuevos criterios basados en principios y valores de un garantismo de los derechos fundamentales, de los derechos de los pueblos indígenas y de los Convenios de la OIT (Organización Internacional de Trabajo). En la línea de predominio del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, que según la pirámide de Hans Kelsen y Adolf Merkl- su discípulo- en algunos casos se ha ampliado en el vértice superior al incluir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, teniendo presente la sentencia de Nüremberg y el acta de la Asamblea General de la ONU en París, el 11 de diciembre de 1946, donde las sentencias generan principios, doctrina y jurisprudencia internacional, erga omnes y se integran en el art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexa e integrante de la Carta de San Francisco del 26 de junio de 1945.

3. La recepción del bloque de constitucionalidad en el Perú

Las constituciones formales (hojas de papel) en Ferdinand de Lassalle, como expresión de los factores reales de poder en su libro de 1864 *¿Qué es una Constitución?*, conjuga muy bien con la Constitución semántica que describe Karl Loewenstein: Es por ello necesario un sistema que posea un bloque de constitucionalidad por normas interpuestas o de remisión, o parámetros de constitucionalidad que servirán para hacer posible desarrollar un Estado de Derecho que supere las desigualdades humanas²⁴ y hacer posible desarrollar este Estado de derecho, que en algunos países es “Derecho de Estado”, hacia un Estado constitucional y de justicia con el derecho al buen vivir de nuestros pueblos (sumak kawsay).

²² Ver: Caicedo Tapia, Danilo Alberto. El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Más allá de la Constitución. Foro. Revista de Derecho N° 12 UASB. Ecuador/CEN.Quito.2009.Foro 5 <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>

²³ “En la Constitución ecuatoriana la integración del bloque de constitucionalidad... en los artículos 11, numeral tercero, 417, segundo inciso, 426 y 436, numeral quinto... se confirma la interacción que debe existir entre el derecho interno y el derecho internacional”. En: Martínez Moscoso, Andrés. El Mercurio. Diario Independiente de Cuenca. Publicado el 2012/01/17. Consultado el 19 de marzo de 2017.

²⁴ Duran Abarca, Washington (2012). *Derecho constitucional y desigualdades humanas*. CEPREDIM. Lima.

Mediante el desarrollo constitucional y el desarrollo económico y social del Perú con el parámetro de constitucionalidad o las normas interpuestas, señalados por Ignacio de Otto²⁵ como normas interpuestas “a las que al constitución atribuye la virtualidad de condición la creación de otras que, sin embargo son de un mismo rango”.²⁶

La Constitución Política del Perú incorpora los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derecho Humanos y los convenios de OIT 151 sobre sindicalización en los arts. 105 con rango constitucional y en la decimosexta y decimoséptima disposición general y transitoria de la Constitución peruana del 12 de julio de 1979.²⁷

En la polémica entre el Derecho Internacional público y su relación con el Derecho, luego del nacionalismo prusiano con G.F.Hegel y el dualismo de H Trieppe se impone el monismo jurídico de Hans Kelsen, ya en la asamblea Nacional Constituyente de 1978 y 1979, con un monismo moderado, a decir del doctor Andrés Aramburú Menchaca . Ya en el siglo XVIII los ingleses señalaban que el Derecho Internacional forma parte del Derecho nacional. En Argentina, en 1874, el presidente Nicolás de Avellaneda ante el Congreso expresó que “Para nosotros los argentinos, el derecho internacional y los tratados constituyen la primera página de nuestra constitución”.

El artículo 79, principio de interpretación prescribe: “para apreciar la validez constitucional de las normas, el tribunal constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas”.

²⁸ El artículo 79 del Código Procesal Constitucional es una norma de remisión o parámetro que sirve como un factor de conexión para incorporar otras normas y para el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona a los que implícitamente se refieren los tratados internacionales de derechos humanos.

²⁵ De Otto y Pardo, Ignacio (2005). *Derecho constitucional y sistema de fuentes*. Ariel. Barcelona.

²⁶ Francisco Rubio Llorente señaló: “no guarda parecido con la noción introducida por la doctrina francesa al referirse al *bloc de constitutionnalité*” Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00023-2007PI/TC Caso Federación de Docentes Universitarios y más de 5000 ciudadanos. Decretos de Urgencia N°033-2005 y 002-2006.

²⁷ La Constitución promulgada el 29 de diciembre de 1993, en su artículo 55 incorpora los tratados de derecho internacional.

²⁸ Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237. 28 de mayo 2004.)

- José Antonio Ñique de la Puente

El bloque de constitucionalidad se incorpora por recepción selectiva al Derecho peruano por vía doctrinaria, por los principios generales del Derecho y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En la historia del Derecho peruano, incluyendo el derecho constitucional se han incorporado normas e instituciones de manera mecánica, a decir de Jorge Basadre como “un mosaico de importaciones” o, en palabras de Luciano Castillo Colonna, constituyente de 1931, producto de unas constituciones que se hicieron “a tijeretazos”, cuando debe ser una constitución viva y vivida, es decir existencial, que se interiorice en la vida de la gente, como en la obra de Pablo Lucas Verdú, realizando una interpretación creadora o demiúrgica de las normas jurídicas y de las instituciones como alguna vez lo quiso el jurista de Roma, Vittorio Frossini.

Las Constituciones, como señaló el padre de la independencia americana, no son para los muertos sino para la vida. Debe ser una Constitución con un derecho vivo.

No podemos trasplantar instituciones sin adaptarlas creadoramente a la realidad del ordenamiento jurídico nacional, para desarrollar en el Perú el patriotismo constitucional, anunciado en 1822 por José Faustino Sánchez Carrión: “una Constitución que descienda del cerebro a nuestros corazones.”²⁹

4. INTERPRETACIÓN DE DATOS

Es un tema clave en la defensa del Estado Constitucional y la protección de los derechos humanos, de gran relevancia teórica y práctica para el desarrollo de la ciencia jurídica del Derecho Constitucional y su aporte a la nación en la protección de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales. Es un tema central de gran dinámica en todas las facultades de Derecho del mundo.

El tema materia de investigación es fundamental para los fines de la justicia constitucional y la defensa de la persona humana y los pueblos, hacia un Estado Constitucional con una democracia sustantiva, representativa y participativa.

En toda argumentación jurídica y cada vez más en todos los campos del derecho, el bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos están presentes; es necesario y útil en la interpretación, razonamiento y argumentación, cada vez más necesarias en el mundo jurídico y en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

²⁹ Destacamos dos investigaciones respecto a su aplicación y desarrollo en el Perú: el primero corresponde a Carpio Marcos, Edgar En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, ISSN 1870-8390, N° 4, 2005, págs. 79-114. y el segundo a Meza Hurtado, Artemio Daniel. El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú? En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013.

5. CONCLUSIONES

El bloque de constitucionalidad está constituido por principios y normas de diversos documentos incluidos en la cláusula de referencia de la Constitución francesa, aprobada el 4 de octubre de 1958.

El origen republicano y de los derechos humanos en Francia tiene su fuente en la filosofía de la Ilustración y la Revolución francesa.

El bloque nace de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fundamenta e inspira el preámbulo de la Constitución de la IV República francesa del 27 de octubre de 1946.

Dialécticamente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano protege los derechos fundamentales de la persona, incluidos los no enumerados y su expresión más notable es la Carta de la Naturaleza del 1 de marzo del 2005, donde se defiende el medio ambiente.

El bloque de constitucionalidad es principialista y garantista y establece un Estado Constitucional producto de una dialéctica de la ilustración.

En Europa, particularmente en España, es una premisa o paradigma político y jurídico, y sirve para afirmar la Constitución de 1978, vía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con aspectos más amplios en Francia.

En América Latina, se recepciona especialmente en el constitucionalismo de países como Colombia, México, Ecuador, Chile, Argentina y Panamá,³⁰ incidiendo en la protección y defensa de los derechos humanos y contra la impunidad.

Dos vías principales influyen la conformación y desarrollo del bloque de constitucionalidad, los principios y normas materiales, más allá del texto constitucional, y los tratados internacionales y la Convención de Viena sobre derecho de los trabajadores y la protección internacional de los derechos humanos.

En el Perú, el bloque de constitucionalidad se concreta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el artículo 79 del Código procesal Constitucional, como referencia para otras normas y en la doctrina nacional.

³⁰ Hoyos Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. En: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2994/3250>. Consultado le 19 de marzo del 2017.

- José Antonio Nique de la Puente

El bloque de constitucionalidad es una herramienta fundamental para la supremacía constitucional y el control de la convencionalidad de las leyes.

Es una premisa o paradigma de principios y normas de valor constitucional, influenciadas por el garantismo y el principialismo constitucional para la defensa de la Constitución y la interpretación constitucional.

El bloque de constitucionalidad incluye los tratados internacionales de derecho humanos y de Derecho Internacional Humanitario, a partir de los principios y sentencias del Tribunal Militar de Nüremberg para actuar contra la impunidad y desarrollar un Estado de los Derechos Humanos próspero, pacífico y plural.

El bloque de constitucionalidad desarrolla el principio favor persona, a cien años de la Constitución de Querétaro (México, 5 de febrero de 1917).

6. RECOMENDACIONES

Incluir en una próxima Asamblea Constituyente las Bases Constitucionales de 1822, en su espíritu, como fundamento de nuestro constitucionalismo, adaptadas a nuestro tiempo y considerar a José Faustino Sánchez Carrión, el Tribuno de la República, como padre fundador del constitucionalismo peruano.

Incorporar en nuestro bloque de constitucionalidad, como paradigma, el preámbulo de la Constitución de 1979, como espíritu de nuestra Carta Fundamental, que busca un Estado auténticamente constitucional y garantista.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta Sánchez, José (1998). *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid. Tecnos.

Albanese, Susana (Coord.) (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto (1994). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México D.F. Imprenta Universitaria UNAM.

Andrés Ibáñez, Perfecto (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado Constitucional*. Madrid. Trotta.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2007). *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales*. Lima. Grijley.

Biscaretti di Ruffia, Paolo (1996). *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México D.F. FCE.

Calamandrei, Piero (2013). *La Constitución inactuada*. Estudio preliminar y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid. Tecnos.

Cancio Fernández, Raúl C. (2011). *La heterogeneidad doctrinal en el Tribunal Supremo. Jurisdicción material universal como alternativa constitucionalmente viable*. San Vicente del Raspeig-Alicante. Editorial Club Universitario.

Casas Farfán, Luis Francisco (2006). “Bloque de constitucionalidad: Técnicas de remisión de las constituciones modernas” En: *Provincia*. Núm., especial, Venezuela. Universidad de los Andes.

Díaz Revorio, Francisco Javier (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Díaz Revorio, Francisco Javier (2004). *La Constitución abierta y su interpretación*. Lima. Palestra.

Duran Abarca, Washington (2012). *Derecho constitucional y desigualdades humanas*. CEPRE-DIM. Lima.

Escobar Fornos, Iván (2006). *La justicia constitucional*. Managua. Hispamer.

Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco (1991). *El bloque de constitucionalidad*. Madrid. Editorial Civitas.

Favoreu, Louis (1994). *Los tribunales constitucionales*. Ariel. Barcelona.

Fernández Rodríguez, José (2002). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid. Tecnos.

Fernández Segado, Francisco (2009). *La justicia constitucional. Una visión del derecho comparado*. 3 vols. Madrid. Dykinson.

Ferrajoli, Luigi (2001). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 2ª. Edición. Madrid. Trotta.

Ferrer Mac Gregor (2002). *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. México D. F. Fundap.

Fournier Acuña, Fernando (2010). *Historia del derecho*. San José. Juricentro.

- José Antonio Ñique de la Puente

García de Enterría, Eduardo (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Editorial Civitas. 1985.

García Belaúnde, Domingo (2000). *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima. Grijley.

García Belaúnde, Domingo (2001). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá. Temis.

Gialdino, Rolando E. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Prólogo de Antonio A. Cancado Trindade. Ed. Abeledo Perrot. 1ª edición. Buenos Aires. 2013.

Henao Hidrón, Javier (2010). *Derecho procesal constitucional*. 3ª edición. Bogotá. Temis.

Higuera Jiménez, Diego Mauricio. *Bloque de constitucionalidad en Colombia: Jurisprudencia y doctrina. Una propuesta de rigor y garantía*. Editorial Académica Española.

Kelsen, Hans. (2009). *Teoría Pura del derecho*. Eudeba. Buenos Aires.

Landa Arroyo, César (2011). *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. México D.F. Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Editorial Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 45.

Losano, Mario G. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid. Editorial Debate.

Molina Betancur, Carlos y otros (2006). *Derecho Constitucional General*. Medellín. Universidad de Medellín.

Moreso, José Juan (2014). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima. Palestra.

Nino, Carlos Santiago (2002). *Fundamentos de Derecho constitucional*. Buenos Aires. Astrea.

Palomino Manchego, Jose F. y Remotti Carbonell, José Carlos (Coord.)(2002). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Lima. Grijley.

Piniella y Sorli, Juan Sebastián (1994). *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad. Encrucijada de competencias*. Barcelona. Bosch

Pozzolo, Susanna (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima. Palestra.

Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima. Palestra.

Prieto Sanchís, Luis (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid. Trotta.

Rey Cantor, Ernesto (2006). El bloque de constitucionalidad, aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. En: *Revista de Estudios Constitucionales*. Año, Vol.4. Núm.002. Chile. Centro de Estudios Constitucionales.

Rey Cantor, Ernesto (2007). *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos (Colombia y Venezuela)*. Caracas. Universidad Andrés Bello.

Rivera Santibáñez, José Antonio (2004). *Jurisdicción constitucional*. Cochabamba. Kipus.

Robles, Gregorio (1982). *Epistemología y derecho*. Ed. Pirámide. Madrid.

Romero Pérez, Jorge Enrique (1999). *Derecho Administrativo General*. EUNED San José de Costa Rica.

Rousseau, Dominique (2002). *La justicia constitucional en Europa*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

Sánchez Viamonte, Carlos (1956). *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*. Prólogo de Mario de la Cueva. Edición de la Facultad de Derecho. UNAM. México.

Tribe, Laurence H. y Dorf, Michael C. (2010). *Interpretando la Constitución*. Lima. Palestra.

Troper, Michel (2004). *Ensayos de Teoría Constitucional*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Distribuciones Fontamara. México.

Uprimny Yépes, Rodrigo (2006). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia.

Varios Autores (1998). *La justicia constitucional a finales del siglo XX*. Lima. Palestra.

Zagrebelsky, Gustavo (2005). *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid. Mínima Trotta.



Es en las normas constitucionales en las que reside, según la ortodoxia del positivismo jurídico, la primera y suprema fuente del Derecho (Instalación de la Asamblea Constituyente del Perú en 1978).

EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE

THE PROBLEM OF CONSTITUENT POWER

Miguel Ayuso Torres (*)

Recibido: 16 de mayo 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

1. Las fuentes del Derecho

Asunto enorme el de las fuentes del derecho. Metáfora que esconde las cuestiones mayores del Derecho y, consiguientemente, estando al juicio inmortal de Ulpiano,¹ de la filosofía del derecho. Si dejamos de lado la difundida clasificación, poco interesante a los efectos que nos interesan, entre fuentes de producción y de conocimiento, entre las primeras hallamos con frecuencia la que opone fuentes materiales y formales. Las primeras son aquellos factores o elementos metajurídicos que contribuyen a fijar la solución de Derecho, y son –con importancia dispar– la revelación divina, el orden de la naturaleza, la naturaleza de las cosas, las ideas captadas por intuición, la voz de la recta conciencia, etc. Mientras que las fuentes formales, consideradas en la doble perspectiva de los órganos y las formas de creación, son los distintos medios de exteriorización del Derecho: las leyes emanadas del poder, las costumbres, las sentencias de los tribunales, las opiniones de los juristas, etc. De manera que, según sea la fuente material predominante, resultará más adecuada para alumbrarla una u otra de las posibles fuentes formales.²

* Universidad de Comillas, España.

¹ Digesto, 1.1.1: «...Veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes».

² Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Ensayos sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, págs. 220 y 156.

De la distinción precedente, como –por otro lado– de su confusión, resultan respectivamente respuestas distintas al problema fundamental de la trascendencia o inmanencia del Derecho respecto del Estado, la sociedad o los tribunales.³ Pues sólo conserva su sentido cuando el Derecho trasciende la voluntad, racional o arbitraria, del Estado, la sociedad o los jueces. Mientras que se difumina y se pierde cuando el Derecho se concibe como producto de un *velle, agere o facere*. Al mismo tiempo conduce necesariamente a la pluralidad de fuentes formales, dado que ese legere en que consiste la función del jurista no puede agotarse con un solo instrumento o con un solo cauce, por importante que sea. Frente al monopolio de la ley moderna.⁴

He ahí, pues, enfrentadas dos concepciones no sólo de las fuentes, sino del propio Derecho. En una y otra difieren también la función del jurista y del poder político, así como aparecen también diversas la manera de razonar jurídicamente, las formas de interpretar las normas y los modos de juzgar. En lo que hace a las fuentes, no se hallan en el mismo sitio y su contenido no tiene igual significado: «En una, el conjunto de las fuentes constituye un sistema cerrado que incluso subsume los principios generales del derecho como ideas o valores informadores del propio sistema y la labor de los juristas es convertida en derecho científico, con la función de operar la construcción conceptual de las instituciones del sistema; mientras en la otra no hay sistema cerrado ni ordenamiento propiamente dicho, en los significados que hoy se pretende atribuir a esta palabra, sino que las leyes y las costumbres se hallan inmersas en una realidad jurídica que las trasciende y dentro de la cual aparecen como archipiélagos de islotes en el océano del derecho natural y de gentes».⁵

En verdad, sin embargo, podría avanzarse más en la problematización de las llamadas fuentes del Derecho. Se ha postulado la sustitución de la expresión fuentes formales del Derecho por la de elementos (instrumentales) mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos. Contraposición que no es meramente terminológica sino sustancial. Y es que, aun cuando la palabra «fuentes», referida al Derecho, tenga una progenie antiquísima, en el siglo XIX vino a recubrirse de un significado positivista, resultante de la definición inmanentista de corte nominalista que la modernidad hizo propia y desarrolló a través de sus distintas metamorfosis. A partir del eje formado por estos dos extremos de la naturaleza de las cosas y el hecho jurídico, una renovada perspectiva metodológica permite aprontar los instrumentos que sirven para aproximar y facilitar la concreción en acto de lo que en cada caso determinado es justo.⁶ Porque, en definitiva, el tema

³ *Ibid.*, p. 155.

⁴ *Ibid.*, pp. 943 y ss.

⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁶ Juan VALLET DE GOYTISOLO, *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

de las fuentes del Derecho no puede no remitir a su fundamento, esto es, a la justicia.⁷

2. La Constitución y su signo

Tema también no pequeño el de la Constitución. Concepto histórico, teñido de ideología, cuando los revolucionarios franceses estamparon en el artículo 16 de su declaración de intenciones⁸ que no había Constitución donde no estuvieran garantizados los derechos individuales y determinada la separación de poderes, probablemente estaban lejos de comprender de forma cabal el significado de su afirmación. Porque no se trataba simplemente de ceñir el fenómeno constitucional a unas exigencias más o menos fundadas, sino de dar a la luz en verdad a la ideología constitucionalista.

Sí, el Derecho Constitucional es el «derecho natural del Estado moderno».⁹ Y el constitucionalismo no es otra cosa que la *ideología* de la Constitución liberal.¹⁰ Aunque se pueda hablar en sentido amplio de Constitución, refiriéndola a prácticamente todo tiempo y lugar,¹¹ lo que cabría denominar como «constitución antigua», quizá sea preferible reservar su uso para el contexto *ideológico* de la revolución liberal, como «constitución moderna», esto es, tomándola como un concepto histórico (que no puede predicarse, en consecuencia, de cualquier tiempo y lugar) y encerrándola en unas premisas teóricas bien precisas. De constitucionalismo, en cambio, sólo se debiera hablar en el contexto de la Constitución liberal, como el presupuesto de lo que hoy se entiende por Constitución, que la trasciende y pretende fundarla. No hay, pues, un constitucionalismo antiguo por oposición a otro moderno.¹² Y el constitucionalismo es la doctrina que sufre el

⁷ Cfr. DANILO CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, versión castellana de Miguel Ayuso, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 81 y ss., lo afirma derechamente, como paladinamente lo afirmaban –en la tradición española– *las Partidas* (Partida III, Ley III): «la perennial fuente de la justicia».

⁸ Pues no es otra cosa en puridad la llamada Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El artículo citado reza así: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

⁹ Es la sabia caracterización de Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, 2005, pág. 23 y ss. Entre quienes han advertido con mayor claridad la importancia de la misma se encuentra Dalmacio NEGRO, *Sobre el Estado en España*, Madrid, 2007, pág. 46. Ricardo DIP, por su parte, ya desde el título ha realizado una traslación respecto del asunto que aquí nos interesa: «Neoconstitucionalismo, direito naturale de la pos-modernidade», *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), nº 13 (2007), págs. 193 y ss.

¹⁰ He desarrollado un poco más la cuestión en mi *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, 2000, capítulo 2.

¹¹ Así pasa en algunos de los sentidos, aunque no en los más importantes, enumerados por Carl SCHMITT en su *Teoría de la Constitución* [1928], versión castellana de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982, págs. 29 y ss.

¹² Frente al conocido título del libro de Charles H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno* [1939], versión castellana de Juan José Solozábal, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

espejismo de pretender controlar el poder, y en exclusiva, tanto a través de la técnica de su «separación» geográfica, como en virtud de unos derechos del hombre (que son derechos subjetivos), tutelados por la ley, de la que en la práctica dependen, y que finalmente se reducen al ejercicio de la libertad negativa, esto es, sin regla.¹³

En nuestros días, y pese a que las premisas anteriores continúan operantes, puede apreciarse una notable evolución. Así, algunos creen vislumbrar un nuevo constitucionalismo. Otros, directamente divisan un post-constitucionalismo.¹⁴ En su origen y desarrollo destaca la obra de algunos de los grandes iuspublicistas del siglo XX, pero –sobre todo– la acción de los tribunales constitucionales.

3. El problema de la interpretación de la Constitución

En efecto, la Constitución (entendida como ley fundamental del Estado) plantea inicialmente el problema del texto y su interpretación. Pues no es lo mismo que su letra constituya un criterio formal y sustancial vinculante para su hermenéutica, a que se le atribuya un contenido variable en función del momento sociológico e histórico de la identidad que la expresa. He ahí la diversa (al menos parcialmente), cuando no opuesta, concepción de la Constitución de Kelsen y Schmitt.¹⁵ La primera, aunque no deje de mencionar una constitución material, resulta puramente formal; la segunda, en cambio, es en verdad material, abierta a su pseudo-fundación por las fuerzas políticas (en puridad, los partidos) y el contexto sociológico.

Si estamos con Kelsen, nos desenvolvemos en el seno de la geometría legal.¹⁶ Donde los principios operan como axiomas a partir de los cuales se deduce. En efecto, las Constituciones, que

¹³ La explicación, bien precisa, es de Danilo CASTELLANO, «Constitucionalismo y experiencia político-jurídica», *Verbo* (Madrid) nº 463-464 (2008). Ambos aspectos de la ilusión constitucionalista debieran ser mas ampliamente tratados. Baste a los efectos que aquí interesan, respecto de la primera parte, recordar la crítica de Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE en su *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, París, 1934, o las consideraciones de Álvaro D'ORS en su *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1999, §23. En cuanto a la segunda, por su lado, lo ha destacado Juan DE LA CRUZ FERRER, «La concepción del poder y de la separación de poderes en la Revolución francesa y en el sistema constitucional norteamericano», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid) nº 20 (1989), págs. 258 y ss.

¹⁴ Miguel AYUSO, «La Costituzione fra neocostituzionalismo e postcostituzionalismo», en Danilo CASTELLANO (ed.), *La Facoltà di Giurisprudenza: dieci anni*, Udine, Forum, 2009.

¹⁵ Entre una vasta literatura, véase por todos, en castellano, Carlos Miguel HERRERA, «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), 86 (1994), págs. 195 y ss. Y, desde otro foco, Víctor ALARCÓN OLGUÍN, «El debate Schmitt-Kelsen sobre la representación política», *Sociológica* (Ciudad de Méjico), nº 34 (1997), págs. 185 y ss.

¹⁶ De esta expresión, de impronta viquiana, si no me equivoco, hizo uno de los ejes de su obra el profesor Francesco GENTILE, *El ordenamiento entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001. Por eso es una de las que aparecen tematizadas en las lecciones recogidas por sus discípulos. Cfr. Francesco GENTILE, *Filosofía del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padua, Cedam, 2006, págs. 23 y ss. En concreto, es Alberto Berardi quien la recoge bajo el título «La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali». Y por eso es la que utilicé en el título del libro que en su honor que dirigí: Miguel AYUSO (ed.), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

comienzan habitualmente por un preámbulo, encierran en un primer lugar los llamados principios fundamentales, a partir de los que debe leerse el resto del articulado. Los principios fundamentales representan, pues, los postulados de los que debe traer causa la interpretación de la Constitución. Se trata, además, de un proceso deductivo vinculante, en el que a lo sumo caben tipos abiertos, pero no interpretaciones abiertas. El positivismo kelseniano se resuelve, así, en un legalismo constitucional que no ha dejado de poner problemas tanto al legislador como a los tribunales constitucionales.

Si, por el contrario, nos situamos tras Schmitt, el preámbulo y los principios fundamentales pasan a ser de contenido variable y asumen un significado diferente según el momento histórico. Y aunque la Constitución permanezca idéntica en su letra, es objeto de mutaciones sustanciales respecto del contenido de los derechos, convirtiéndose entonces la interpretación en constitutiva de los principios.

El diverso planteamiento teórico de Kelsen y de Schmitt, o más bien su diferente aproximación al problema de la Constitución, ha tenido notable impacto entre los teóricos y originado discusiones de no poca monta en la doctrina de los tribunales constitucionales. Pero en modo alguno se trata de modelos inmóviles. Para empezar, el modelo kelseniano ha conocido una evolución hacia los tipos abiertos, mientras que el schmittiano ha debido enfrentarse con la evidencia de las interpretaciones que chocan con las precedentes. Surge de ahí la pregunta central: ¿son las sentencias de los tribunales constitucionales meros actos interpretativos de la Constitución que deben permanecer fieles a su tenor en el momento de la aprobación o son actos que innovan la Constitución a través de su interpretación?¹⁷ Cuando los tribunales constitucionales trascienden la interpretación para ingresar en la novación de la Constitución, exceden por ello del simple poder jurídico, aun en los términos más abiertos que quiera pensarse, para integrar un poder político ejercitado por medio de la hermenéutica.¹⁸

4. Las fuentes de la Constitución

Esa tensión entre las dos hermenéuticas contrapuestas nos va acercando a nuestro tema.

¹⁷ En sede estadounidense, como es sabido, el tema ha conocido éxito tan notable como polémico bajo la rúbrica del «originalismo» (aplicable a Antonin Scalia y Robert Bork) y sus contradictores (Dworking, entre muchos). Cfr., para una crítica aguda, Christopher A. FERRARA, «Las “uniones del mismo sexo” y el problema del positivismo legal. Una perspectiva desde los Estados Unidos», en Miguel AYUSO (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 89 y ss.

¹⁸ Danilo CASTELLANO. «La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la Constitución escrita: hermenéutica o ejercicio de un poder político», *Verbo* (Madrid), nº 503-504 (2012), págs. 287 y ss.

Por el momento nos conduce al problema de las fuentes de las constituciones, esto es, en la línea de la orientación dominante que antes hemos criticado, de dónde surgen, designando tanto la forma de producción como el agente productor. O sea, las fuentes que hemos llamado formales, pero también las materiales. Ahora bien, si en el Derecho privado las primeras ocupan el lugar más relevante, en el constitucional han de considerarse también destacadamente las segundas. Es preciso distinguir igualmente, en este segundo ámbito, entre fuentes secundarias y primarias. Donde aquéllas son las que presuponen la existencia o el previo funcionamiento de otras fuentes, como la jurisprudencia, la ley (de reforma constitucional) y el llamado poder constituyente constituido; mientras que éstas operarían *ex novo*, como la costumbre (cuando no presupone ley o va contra ella) y el poder constituyente genuino (tal y como se manifiesta en una revolución).¹⁹

Sobre todo en lo que toca a estas fuentes primarias, aunque también –si bien más limitadamente– en las secundarias, no es dable quedarse en los umbrales de donde se mueven las clasificaciones que podríamos llamar técnico-jurídicas (a saber, ley, costumbre y jurisprudencia), sino que es preciso traspasarlos para ingresar en la consideración de hechos o fenómenos ajenos en sentido estricto al mundo jurídico, pero de la mayor significación para el Derecho y la comunidad política, como guerras, revoluciones o golpes de Estado, que sólitamente extinguen constituciones vigentes para dar vida a otras nuevas. Recuérdese la afirmación rotunda según la cual el Estado es «l'ultime révolution qui a triomphé»,²⁰ frase que permitiría sin pérdida, más aún quizá con ganancia, sustituir el sujeto por el de «Constitución». Pues en muchas ocasiones la Constitución es la revolución todavía triunfante.

Por ahí se accede a la realidad del poder constituyente, que aparece como bifronte, pues cabe distinguir –según ya hemos apuntado– una acepción estricta al lado de otra lata. Donde la primera coincide con el poder constituyente llamado genuino y se desenvuelve –al menos en una primera visión– al margen del Derecho; mientras la segunda recibe el nombre de poder constituyente constituido –lo que ya de por sí es un oxímoron– y se concreta en el poder de reforma constitucional.²¹ Por eso se ha podido hablar del «dilema del poder constituyente».²² Pues o bien se considera

¹⁹ Cfr. Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, EDERSA, 1987, pág. 36.

²⁰ Proferida por Kulischer y citada por Paul ROUBIER, *Théorie générale de droit*, París, Sirey, 1951, pág. 72,

²¹ Cfr. la extraordinaria monografía de Pietro Giuseppe GRASSO, «Potere costituente», voz de la *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffré, 1985, vol. XXXIV, págs. 642 y ss. Reunido junto con otros ensayos posteriores conexos suyos en el volumen *Il potere costituente*, Turín, Giappichelli, 2006. Entre quienes sostienen la primera de las versiones se encuentra señaladamente Kelsen (*Teoría general del derecho y del Estado* [1945], versión castellana de Eduardo García Maynez, Ciudad de Méjico, UNAM, 2ª ed., 1958, pág. 307), al tiempo que Schmitt personifica a los defensores de la visión estricta (*Teoría de la Constitución*, cit., págs. 45, 66 y 95, entre otras).

²² Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, París, Librairie générale de droit et jurisprudence, 2ª ed., 1969, vol. IV, pág. 181.

que es una fuerza natural creadora del orden jurídico pero que escapa al Derecho, o se entiende que el Derecho lo prevé y regula su actuación: «La primera disyuntiva conduce a renunciar a identificar el momento de nacimiento de la Constitución, relegándolo al campo de la sociología o de la política a sociologizar y politizar la Constitución, al hacerla depender de un hecho no jurídico en su nacimiento. La segunda disyuntiva conduce a confundir poder constituyente y procedimiento de reforma de la Constitución (...)». ²³ Volveremos más tarde sobre el asunto.

5. Los orígenes intelectuales del poder constituyente

El poder constituyente es noción moderna y dependiente de la soberanía.

Es en el desenlace de las guerras de religión y en la disolución de la Cristiandad donde ha de buscarse la raíz del impulso histórico que acarreará en 1789 la ruina del antiguo régimen y de la propia monarquía, previa su hipertrofia en la Francia del siglo XVIII.²⁴ Y no es en ésta sino en la Inglaterra del siglo anterior, el XVII, con sus dos revoluciones, donde –se ha escrito– se rompe por vez primera la tensión histórico-ideológica en que se apoyaba la monarquía desde su origen medieval y donde surgen los primeros sistemas desacralizadores o laicizadores del poder con la idea de voluntad general (Hobbes) y de pactismo liberal (Locke).²⁵ Y es que la tesis racionalista va a invadir el orden político, desde el metafísico, más a partir de la versión insular empirista que de la continental de cuño romanista (que incluso, en su intención, quería oponerse a los enemigos de la monarquía como institución histórica y ambiental, por más que no acertara en el empeño, más aún, que incluso concluyera por reforzarlo). Por eso, pese a todo, Hobbes y Locke van a sumar en su apoyo al viejo Bodino.²⁶ Aunque quede para los primeros el puesto de honor de la demolición del viejo (y en rigor único) orden.

²³ Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, pág. 130.

²⁴ Se ha anotado con pertinencia que el derecho al error religioso se erigió en fundamento del derecho constitucional. Cfr. Carl SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin 1991, pág. 6. El profesor Pietro Giuseppe GRASSO, en *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, cit., capítulo 1, lo ha comentado muy agudamente.

²⁵ Cfr. Rafael GAMBRA, «Estudio preliminar» a *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, Madrid, IEP, 1966, pág. IX.

²⁶ De hecho, Francisco ELÍAS DE TEJADA, *La monarquía tradicional*, Madrid, Rialp, 1954, pág. 57, considera el aporte bodiniano junto con el hobbesiano-lockeano dentro de su conocida explicación de las fracturas de la Cristiandad medieval. Que he prolongado, desde el campo de las ideas políticas, en que lo desenvuelve el pensador extremeño, al de las instituciones. Cfr. *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996, págs. 21 y ss. En éste son de tener en cuenta las observaciones de Dalmacio NEGRO, *Sobre el Estado en España*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Mientras en aquél debe reenviarse a Juan Fernando SEGOVIA, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, Barcelona, Scire, 2009.

A Locke debemos, en efecto, la primera caracterización del poder constituyente, como supremo y especial, que corresponde al pueblo y ha de ejercerse por el mismo pueblo (y no por medio de sus representantes). Entiende este autor que de los varios poderes que existen en una comunidad política (legislativo, ejecutivo y federativo) el más importante es el legislativo, no obstante lo cual no es ilimitado, pues como poder constituido lo está para ciertos fines. Sólo el pueblo conserva siempre un poder extraordinario que le permite remover a los legisladores y aun cambiar la misma forma de gobierno.²⁷

La segunda aproximación «canónica», que incorpora el término, hasta ahora ausente, la encontramos en el abate de Sieyès. Tiene la nación un poder constituyente, que obra la Constitución, distinto de los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial) que se fundan en ella. Como resulta imposible el ejercicio del poder constituyente por la nación misma, ha de hacerlo a través de representantes, pero que –a estos efectos– forman un poder superior y especial, como representantes extraordinarios que están ligados por un compromiso con la propia nación.²⁸

La explicación lockeana tendría un reflejo importante en la formación de los Estados Unidos, mientras que la de Sieyès gravitará con fuerza en la Francia revolucionaria. He ahí las dos versiones del poder constituyente que concluyen por (al menos parcialmente) enfrentarse. No podía ser de otra manera, pues en Norteamérica la formación de un nuevo cuerpo político y la fijación de una Constitución fueron prácticamente simultáneas, más aún, de algún modo fue la Constitución la que hizo la nación; mientras que en Francia, por el contrario, la nación ya existente, por medio de una decisión consciente, adoptó la forma de la propia existencia política.²⁹ Los Estados Unidos, además, optaron por el federalismo, al tiempo que Francia profundizaba el unitarismo de los últimos siglos del *ancien régime*.³⁰

Las diferencias entre ambas tradiciones, desde luego, no son pequeñas: la norteamericana acentúa el punto de llegada, esto es, la constitución escrita, que consagra el fruto de las deliberaciones constituyentes; la francesa destaca el punto de partida, y subraya la presencia constante de un poder situado por encima de la Constitución y que puede en todo momento transformarla. Y tienen relevancia práctica: como en Estados Unidos la Constitución se adoptó tras un proceso complejo,

²⁷ John LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* [1690], capítulo 13, parágrafo 149. Puede verse la versión castellana de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2004, págs. 154-155.

²⁸ Emmanuel-Joseph SIEYÈS, *¿Qué es el tercer estado?* [1789], Madrid, IEP, 1950, págs. 144 y ss.

²⁹ Lo observa sagazmente Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 95-96. Sin embargo, de algún modo también en Francia la Constitución hacía la nación, ya que la Revolución quería romper con el pasado, dejando tan sólo el nombre de Francia como vínculo fantasmal. He procurado matizar esta compleja relación, con referencia también a España, en el capítulo II de mi *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011.

³⁰ Lo que no sorprende a quienes estén familiarizados con la obra de Alexis de TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen y la revolución* [1856], traducción castellana de A. Guillén, Madrid, Guadarrama, 1969.

rara vez es requerido el poder constituyente, y de ordinario le cabe al juez –en particular a la Corte Suprema– la tarea de proceder a la interpretación (que, *de facto*, la ha convertido en un poder constituyente, algunos dicen que contrario a la mayoría del pueblo); y en Francia, como la ley es expresión de la voluntad popular [*rectius* general], el legislador tiende a ocupar el puesto de un poder constituyente siempre activo y dispuesto a encauzar la voluntad revolucionaria del pueblo.³¹

6. El poder constituyente en las redes de la soberanía

En todo caso un elemento acomuna las distintas versiones por encima de las reseñadas diferencias. Y es la dependencia de la soberanía.

El contractualismo, en cualquiera de sus versiones, incluida la constitucional, se asienta sobre el voluntarismo. Confunde así lo legal y lo legítimo, en una inversión simiesca del lenguaje de la Iglesia,³² y concluye afirmando –de modo tan absurdo como coherente– que el discernimiento del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, no reside sino en el «poder» (realmente en la pura fuerza). El Estado, por lo mismo, al disponer de una mayor fuerza que los individuos, transforma en «derecho» –a través de la legislación– su voluntad, por lo que el poder se convierte en Derecho.³³ En esto reside la soberanía, poco importa si del príncipe, de la nación, del Estado o del pueblo: es la soberanía como autosuficiencia. Pero ésta requiere no sólo que el soberano no esté condicionado por principios extraños a él, sino sobre todo que se afirme él mismo como principio.³⁴

He ahí la razón por la que León XIII pudo ver en la soberanía (de la razón, pero que se traslada a la de las instituciones) «el principio capital del racionalismo»,³⁵ que es como decir el intento impío de dar al mundo un «orden» distinto del que Dios le dio. Para el pensamiento clásico, en cambio, la nota formal que permite definir a la comunidad no es la soberanía sino la *autárkeia* (o perfec-

³¹ Luis María BANDIERI, «El poder constituyente: su sentido y alcance actual», *Ambiente jurídico* (Manizales) n° 9 (2007), pág. 95 y ss.

³² En el lenguaje canónico no existe (o no existía) el término *legalis*, sino sólo *legitimus*, que significa conforme con la ley. De manera que legalidad y legitimidad se confunden, pues no cabe pensar en ninguna de la Iglesia que no sea conforme con la ley de Dios. Lo ha explicado Álvaro D'ORS, *La violencia y el orden*, Madrid, Criterio, 1987, pág. 49. Cfr., para una síntesis de la dialéctica entre legalidad y legitimidad, Miguel AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

³³ Cfr. Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006, en particular el capítulo «La política como realeza».

³⁴ Francesco GENTILE, «Esperienza giuridica e secolarizzazione», en AA.VV., *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milán, Giuffré, 1994, pág. 25.

³⁵ LEÓN XIII, *Libertas* (1888), § 12.

ción) en función de su propio fin, que es el bien común temporal.³⁶ El pensamiento tradicional español, en este punto, a diferencia de otros, lo entendió penetrantemente desde bien pronto y no ha dejado de notarlo.³⁷

He ahí también la aporía del pensamiento político moderno, pues la libertad negativa sobre la que se basa, a la postre ha de condenar cualquier poder, por ser límite o incluso negación de la libertad, como tiránico: «Que el Estado moderno no es una auténtica solución de la cuestión política lo prueba el hecho de que entre individuo y gobierno, a pesar del (y quizá a causa del) “contrato” perdura una contraposición, que alguna teoría política supera sólo recurriendo a la eliminación de una de las partes, tal y como está obligado a hacer Rousseau para conseguir la cuadratura del círculo político y para que el poder sea libertad. Pero este hecho de estar obligados a eliminar una de las partes es una prueba evidente de que se renuncia a considerar la experiencia política y a encontrar en ella y por ella el principio que la hace “legible”. El artificio del naturalismo político, por tanto, se revela un absurdo: absurdo que se convierte también en dificultad “operativa” y, no raramente, impotencia, cuando se pide al Estado que afronte cuestiones esenciales como el terrorismo o las tendencias disgregadoras, surgidas de idénticos conceptos básicos e ideológicos en los que se basa el mismo Estado; y aun más cuando se trata de tomar posición acerca de cuestiones para las cuales declara que ha nacido, como por ejemplo el derecho a la vida del ser humano inocente, o cuando hay que “tomar posición” sobre el problema de la salud mental, imposible de determinar y definir cuando por hipótesis se admite que todo es arbitrario».³⁸

7. El sujeto de la soberanía y la representación

La noción de poder constituyente está ligada, por tanto, al reconocimiento del principio de la soberanía del pueblo, según la idea rousseauiana de que el ejercicio del poder sólo puede hallar justificación, en última instancia, en la voluntad expresada por una comunidad de individuos. De donde brotan los problemas del sujeto de la soberanía y, en particular, del pueblo y de la representación.

El poder constituyente, en efecto, presupone el «pueblo» como entidad política existencial. Mientras que la «nación» designa a un pueblo que ha despertado a la conciencia política y es capaz de actuar políticamente. El pueblo se *constituye* como sujeto del poder constituyente, se *hace consciente* de su capacidad de actuación política y se da una constitución. Por

³⁶ Cfr. Félix Adolfo LAMAS, «Autarquía, soberanía y fuentes del derecho», *Verbo* (Madrid), nº 435-436 (2005), págs. 475 y ss.

³⁷ Lo he explicado a través del testimonio de maestros como Francisco Elías de Tejada o Álvaro d'Ors, en mi libro *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005, sobre todo en el capítulo 2.

³⁸ Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, cit., págs. 60-61.

lo mismo hay que distinguir –se ha dicho– el acto por el que el pueblo, como poder constituyente consciente de su calidad de único sujeto soberano se da a sí mismo una constitución, de la constitución misma. Es la constitución la que deriva del poder constituyente y no el poder constituyente el que deriva de la constitución. En una tal concepción, por lo mismo, el poder constituyente es siempre originario y no puede hablarse de un poder constituyente derivado.³⁹

Encontrar el origen del poder constituyente en la universalidad de los ciudadanos lleva, como acabamos de ver, al problema del «pueblo» (y la «nación»)⁴⁰ Algunas declaraciones internacionales de derechos humanos y en las constituciones parecen identificar al pueblo con la «población», esto es, con el conglomerado de personas que viven en un determinado territorio. Pero una tal caracterización no acierta a captar su esencia, al tiempo que revela una aporía: la de que el pueblo, así entendido, sería anterior al Estado, mientras que el pueblo es considerado corrientemente como el elemento personal del Estado, por lo que habría de ser en todo caso posterior a éste. Por eso, algunos textos lo definen como el conjunto de individuos que han aprobado el contrato social. Mientras que otros, finalmente, lo identifican con la universalidad de los ciudadanos y consideran que el pueblo está constituido por el Estado, cuya existencia debe ser anterior a la del pueblo, que es reconocido a veces como persona jurídica y otras como titular –cuando menos– de determinados poderes (jurídicos).

Esta última concepción, que podríamos llamar iuspositivista, revela un acercamiento simplista, como inconsistente resulta la que considera pueblo cualquier conglomerado. Quizá sea la más coherente, aunque igualmente absurda, la que ve el pueblo como consiguiente al contrato. Todas ellas son expresión del racionalismo político y no guardan relación alguna con la experiencia política: deben sostener el principio de soberanía popular, la concepción negativa de la libertad y el consenso como adhesión voluntarista a un proyecto cualquiera. Frente a ellas se alza la concepción clásica, ilustrada por Cicerón al distinguir entre el «hominum coetus quoquo modo congregatur» y el «coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus».⁴¹ Este último sería en verdad el pueblo, que no se confunde con la masa y que no es asociación en vista de un fin cualquiera, sino por acuerdo jurídico y comunidad de intereses. No es producto del contrato, ni emanación de la soberanía.⁴² Por el contrario, se da solamente en presencia de dos condicio-

³⁹ Luis María BANDIERI, *loc. cit.*, págs. 99-101.

⁴⁰ Está tratado magistralmente en las páginas 36 y 46 y ss. del libro del profesor Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, versión castellana de Coral García, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 36 y 46 y ss. que seguimos en los párrafos siguientes.

⁴¹ CICERÓN, *De Re Publica*, I, 25, 39.

⁴² Frente a la afirmación absurda del artículo 1.2 de la Constitución española, que parece acoger la tesis de que el Estado es simplemente un medio para ejercer la soberanía popular. Cfr. Danilo CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 55.

nes: el acuerdo jurídico (esto es, el reconocimiento en común de la juridicidad, de la justicia) y la necesidad de la *res publica* para la consecución de un interés común (inherente a cada hombre y común a todos los hombres).

Por ahí tocamos el problema de la representación. Que Rousseau –como es sabido– rechazaba, pues la atribuía al gobierno feudal, mientras encontró en Sieyès su gran heraldo. El propio Kelsen, en libro singular, afirmó con desenvoltura que a otros quizá no se les hubiera permitido, que «la ficción de la representación ha sido instituida para legalizar el parlamentarismo bajo el aspecto de la soberanía del pueblo».⁴³ Esta ficción de la representación moderna, que no puede en absoluto predicarse de la que cabría apelar de clásica (en la que cabe observar tres niveles: los de la representación por, ante y en el poder), conduce a su confusión con el gobierno y produce un gobierno debilitado y una representación desentrañada.⁴⁴ La experiencia presente, de la democracia representativa a la deliberativa, pasando por la tecnocracia, lo confirma con usura.⁴⁵

8. El poder de reforma constitucional y sus límites

El llamado poder constituyente constituido consiste en la determinación de un órgano y la fijación de un procedimiento para la reforma de la constitución. De ahí que ambos temas, el del poder constituyente constituido y el del poder de reforma constitucional aparezcan unidos por un vínculo diamantino. Son varios los asuntos de interés que de aquí vienen.

En primer lugar, ya ha sido evocado con anterioridad el debate sobre si el poder constituyente llamado derivado o constituido es verdadero poder constituyente. La mayor parte de los autores, con la conocida excepción de Schmitt, así lo considera. Algunos, en cambio, dando un paso más han rechazado la consideración del originario o puro. Al tiempo que en algunos casos, singularmente el de Inglaterra, no cabe la diferenciación entre los dos poderes constituyentes.

Pero, en segundo término, es de observar el proceso de sustitución del poder constituyente puro, que progresivamente se ve privado de sus caracteres de originario y supremo, por un poder derivado cuya función no es tanto instituir como revisar. Una revisión en la que se actualizan dos

⁴³ Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, traducción castellana de Rafael Luengo y Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Guadarrama, 1977, pág. 53.

⁴⁴ Cfr. José Pedro GALVÃO DE SOUSA, *Política e teoría do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1957, pág. 154. El mismo maestro brasileño es autor de una monografía extraordinaria sobre la representación, publicada en 1971 y recientemente traducida al castellano: *La representación política*, versión española de José Albert, Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁴⁵ Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2008. He tratado también algunos de los problemas de la representación en los libros, ya citados, *¿Después del Leviathan?* (capítulo 5 de la parte II y capítulo 4 de la parte III), *El ágora y la pirámide* (capítulo 4) y *El Estado en su laberinto* (capítulo 6).

procesos de notable interés y que se presentan entrelazados: la constitucionalización progresiva del poder constituyente y la que cabría denominar juridificación (y globalización) de los derechos humanos. Que ilustran, de un lado, el tránsito de una «constitución del Estado» a otra «de la sociedad», de acuerdo con las pautas del constructivismo;⁴⁶ y, de otro, según los postulados del «personalismo» contemporáneo, la afirmación del efecto irradiante de unos derechos fundamentales que no son sólo derechos subjetivos sino también valores objetivos del ordenamiento.⁴⁷

Nos encontramos, para terminar, con los límites del poder de reforma. Para Sieyès el poder constituyente estaba desprovisto de toda forma, pues la constitución obligaba al gobierno pero no a la nación. Schmitt encontraba que la definición más clara del poder constituyente venía presidida por la transformación de los estados generales en Asamblea nacional en 1789.⁴⁸ Sin embargo, progresivamente, se va produciendo no sólo la afirmación del poder constituyente derivado, sino incluso su subordinación al respeto de normas tanto sustanciales como de procedimiento.

La razón radica en un complejo de factores que han llevado al constitucionalismo primigenio –pese a su resistencia rocosa– a gran postración tanto teórica como práctica.⁴⁹ Y ha dado lugar a discusiones de notable intensidad. Pues, cuanto más exigentes sean las limitaciones (so-

⁴⁶ Cfr. Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide*, cit., capítulo 2.

⁴⁷ ID., *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, cit., págs. 104 y ss. Para el análisis del personalismo contemporáneo puede verse el libro de Danilo CASTELLANO, *Lordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

⁴⁸ Carl SCHMITT, *op. cit.*, pág. 96. Conversión tramposa, aunque no menos que la producida en los que habían de ser los Estados Unidos. Lo cuenta, respecto de Francia, Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État*, vol. II, Paris, Sirey, 1931, págs. 69 y ss., al decir que el gobierno representativo nació de una usurpación cualitativa. Y respecto de los Estados Unidos, en que la Convención de Filadelfia de 1787, convocada para revisar el pacto confederal de los artículos de 1777, se colocó revolucionariamente como poder constituyente, puede acudir a Melvin BRADFORD, *Original intentions. On the making and the ratification of the United States Constitution*, Athens, University of Georgia Press, 1993.

⁴⁹ Antonio-Carlos PEREIRA, *op. cit.*, pág. 55, da unas razones que han de entenderse –como es natural– en el seno de su personal sistema, de defensa del constitucionalismo (sobre todo de matriz anglosajona), pero que no resultan convincentes: «Sería ingenuo ignorar que no nos hallamos en el apogeo del constitucionalismo. Nuestra época se caracteriza por el imperio cuasi-universal del positivismo jurídico, la pérdida de acuerdo sobre lo fundamental y la máxima extensión y mínima intensidad del constitucionalismo –con su consiguiente degradación de sustancial a formal, así como con la correlativa disminución del sentimiento constitucional...». Y es que, según se mire, el positivismo y la destrucción de la comunidad son características del racionalismo político que el constitucionalismo históricamente ha articulado. Sin que sirva a estos efectos la valoración de sus dos «matrices», la anglosajona y la francesa, no sólo como diversas sino aun como alternativas, al entender que en la primera se proclama la soberanía de los derechos, a la que estaría también sometido el legislador (ordinario), mientras en la segunda se afirmaría la soberanía de la ley: «Solamente una “lectura” superficial de la experiencia jurídica contemporánea y de la doctrina lockeana de los derechos permite sostener que dichos derechos vienen antes que las constituciones y las leyes» (Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos*, cit., págs. 55-56). He examinado sucintamente la posición de Locke en el volumen colectivo por mí dirigido *El pensamiento político de la Ilustración ante los problemas actuales*, Santiago de Chile, Fundación de Ciencias Humanas, 2008, págs. 11 y ss.

bre todo las materiales, aunque también las procedimentales), al contraer al poder constituyente derivado, más dejan como única vía la del ejercicio del poder constituyente genuino. La experiencia alemana es ilustrativa de las vacilaciones a este respecto. En efecto, Carl Schmitt, en 1933, iba a justificar con la «Ley de Habilitación» (*Ermächtigungsgesetz*) elaborada conforme al artículo 76 de la Constitución de Weimar, el suicidio de esta última.⁵⁰ Venía a contradecir así su opinión anterior, de 1928, sobre la existencia en toda constitución de unos «límites inmanentes de la reforma», esto es, el sentido de que el poder de revisión constitucional consiste en que una o varias disposiciones pueden ser sustituidas por otras siempre que se respete la identidad y la continuidad de la Constitución considerada como un todo.⁵¹ Sin embargo, y quizá por estas vicisitudes, el ciclo iniciado tras la Segunda Guerra Mundial ha recuperado, por más que discretamente, los límites materiales de la reforma constitucional. Y ahí están para mostrarlo la Constitución italiana de 1947 (cfr. artículo 139), la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (cfr. artículo 79.3) y la Constitución francesa de 1958 (cfr. artículo 89), por no citar sino tres de los ejemplos más connotados de lo que se han llamado «constituciones hechas en serie», consecuencia del «constitucionalismo racionalizado».⁵²

9. El problema del poder constituyente

Son varios los problemas que han ido desgranándose a lo largo de las páginas anteriores: el problema de las fuentes del Derecho, el de la Constitución, el de su interpretación, el de sus fuentes, el de la soberanía, el del pueblo, el de la representación, el de los límites de la reforma constitucional. Todos ellos se conectan, a los efectos que aquí nos interesan, con el problema del poder constituyente.⁵³

Que reside, sustancialmente, en el absurdo de considerar como «jurídico» un poder que presenta una absoluta libertad en cuanto al fin y que, consiguientemente, se ejerce en ausencia de normas que lo puedan regular tanto sustantiva como procedimentalmente; un poder, además, que actúa

⁵⁰ Cfr. Carl SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt*, 1933.

⁵¹ ID., *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 118 y ss. Esto es exactamente lo ocurrido en España en 1976, en que se orillaron los muy claros límites al poder de reforma que señalaban las Leyes Fundamentales en una auténtica «revolución legal» o «golpe de Estado legislativo». En este sentido se ha llegado a decir –con intención evidentemente escandalizadora, pero que no quita un ápice de verdad desde el ángulo estrictamente técnico– que la «revolución legal» alemana de 1933 y la «reforma política» española de 1976 se caracterizarían por la «similitud en los métodos». Cfr. José ZAFRA VALVERDE, «La revolución “legal” en España», en *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés*, tomo II, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, págs. 1087 y ss.

⁵² Cfr. Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del derecho constitucional* [1931], versión castellana de Sabino Álvarez Gendín, Madrid, Reus, 1934. Entre nosotros fue Eugenio Vegas Latapie quien en el mismo decenio de los treinta ya lo sometió a crítica aguda en *Romanticismo y democracia*, Santander, Cultura Española, 1938.

⁵³ Sigo de nuevo a Danilo CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 36.

antes de que se establezcan las normas constitucionales, en las que reside –según la ortodoxia del positivismo jurídico– la primera y suprema fuente del derecho, que representan el nacimiento del Derecho «objetivo». Problema que no se resuelve afirmando el nacimiento coetáneo de Estado y el Derecho.

La cuestión, desde luego, como hemos visto, presenta notables dificultades. Una primera es la de que no hay poder si no tiene la capacidad de imponerse (pues de lo contrario no sería poder), por lo que un «poder constituyente», desde este punto de vista, es ya un poder constituido. El poder constituido, a continuación, de por sí no es un poder jurídico o político, lo que hasta el positivismo jurídico admite implícitamente cuando se ve obligado a distinguir entre distintos tipos de poderes. En tercer lugar, no se acierta a saber cómo el poder constituyente pueda vincular a quienes no participan en el proceso de su constitución (menores, no nacidos, etc.). Finalmente, el recurso al pueblo o la nación no sólo no resuelve el problema sino que crea otros y no menores.⁵⁴

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 37.



La acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político son controles políticos que deben sujetarse al control jurisdiccional constitucional cuando se vulnera algún derecho o principio de la constitución en cualquiera de sus fases o procedimientos (Foto del pleno del Congreso de la República del Perú).

**LÍMITES Y CONTENIDO DE
LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL,
EL ANTEJUICIO Y EL JUICIO POLÍTICO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

***LIMITATIONS AND CONTENT OF
THE CONSTITUTIONAL ACCUSATION,
THE POLITICAL PRE-TRIAL AND JUDGMENT
IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM***

Raúl Yván Lozano Peralta (*)

Recibido: 9 de junio de 2018
Aceptado: 19 de junio de 2018

RESUMEN

La presente investigación está referida a la falta de tipificación de las infracciones constitucionales, del antejuicio y juicio político peruano, lo que conllevó a elaborar un análisis crítico, dogmático-jurídico con la compulsiva argumentativa y exegética de la normativa nacional e internacional.

El enfoque cualitativo permitió explorar el perfil de la casuística jurisprudencial latinoamericana y local, por lo que se propone que el ordenamiento jurídico peruano adecue su normatividad infraconstitucional al paradigma del neoconstitucionalismo. Ello conllevaría a la reforma de los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú dentro de los parámetros procedimentales de la acusación constitucional del antejuicio y juicio político, con la subsecuente modificatoria del artículo 89-B del Reglamento del Congreso peruano para contribuir a la solución de esta problemática. Al carecer de desarrollo constitucional, legal y reglamentario la situación vulnera el principio de legalidad.

¹ Ms. Raúl Yván Lozano Peralta. Mención Derecho Constitucional. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Palabras clave: acusación constitucional, antejuicio, juicio político y neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This investigation refers to the lack of a definition of the the violations relating to the constitutional rights, the political pre-trial and judgment in the Peruvian legal system, which led to the development of the analysis in legal dogmatic analysis putting forward argumentative and exegetical standpoints by the certifying officers of relevant national or international regulations.

The qualitative approach allows us to explore the profile of Latin American and locally relevant case examples for the establishment of legal order in Peru that best suits its specific legislation to the neo-constitutionalism paradigm. This would mean the modification in articles 99 and 100 of the Political Constitution of Peru within the parameters for a Constitutional procedure of the political pre-trial and judgement, with subsequent amendment of article 89-B of the Regulations of the Peruvian Congress to contribute towards the solution to this problematic situation. In the absence of its constitutional, legislative and regulatory system this issue infringes the principle of legality.

Key words: constitutional accusation, political pre-trial, political judgement and neo-constitutionalism.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la regulación de las infracciones constitucionales resulta polémico en el ámbito constitucional, pues existe una tensa relación entre la necesidad de transparencia, el control de las más altas tareas estatales y la exigencia de respeto a los derechos fundamentales a los altos funcionarios. Esto último está garantizado por el procedimiento de acusación constitucional a través del antejuicio y juicio político contemplados en los artículos 99 y 100 de la Constitución Política de 1993.

El sistema previsto en la Constitución de 1993 es el sistema abierto de tipificación, en el cual existen normas que pueden establecer causales o hechos específicos que califican una situación jurídica y permiten al Congreso determinar si una situación específica configura una infracción constitucional de índole política. Pero también es cierto que estas causales o hechos específicos hacen referencia genérica a principios, valores y a determinados conceptos éticos o morales, los mismos que no pueden dar lugar a sanciones ni constituir una fuente útil para dar por cumplido el mandato constitucional de la descripción de la conducta con la mayor precisión posible.

Desde la concepción de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se ha planteado la necesidad de que el ordenamiento jurídico de nuestro país concuerde con la Constitución y que esta regule las actuaciones de las instituciones públicas que conforman el Estado. Para que dicho propósito sea realizado se ha encargado al Tribunal Constitucional, máximo intérprete y vigilante de la Constitución, el control de la constitucionalidad y el control político ejercido a través de la acusación constitucional. La norma fundamental vigente no describe los supuestos que serán considerados infracciones constitucionales y que permitirán activar todo el procedimiento del juicio político.

La ausencia de precisión de las conductas en la norma constitucional permite, entre otros casos, venganzas políticas que ocasionan la vulneración del derecho al debido proceso.

Esta falta de tipicidad de las infracciones da lugar a panoramas políticos inconvenientes, sobre todo en un congreso donde impera la mayoría parlamentaria que mediante una actitud autoritaria e irracional castiga a sus adversarios políticos.

Esto se puede corroborar con las denuncias constitucionales a altos funcionarios del Estado; por ejemplo, en la figura del Fiscal de la Nación Pablo Sánchez Velarde y los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional: Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Eloy Espinosa y Carlos Ramos, debido a que habrían modificado el sentido del voto en una sentencia que el tribunal emitió el 2013 por el Caso *El Frontón*; sin embargo no se precisan cuáles son dichas conductas (acción u omisión). La justificación es sencilla: son infracciones de tipo político que de manera alguna puede asemejarse al ámbito penal. Este argumento no es razonable. Para el investigador existe el principio de interdicción de la arbitrariedad, por lo que es imprescindible la tipificación de dichas infracciones.

La situación se agrava si el que resulta vinculado con actos de corrupción cometidos con personajes del sector privado es nada más y nada menos que el presidente de la República. En este caso la acusación constitucional, en la vía del juicio político, podría ser utilizada para conveniencias partidarias en busca del poder.

De acuerdo a la Constitución Política de 1993, los altos funcionarios del Estado pueden ser objeto de acusación constitucional vía el antejuicio como consecuencia de una infracción constitucional por delito cometido en el ejercicio de sus funciones.

Con las precisiones elaboradas por el Tribunal Constitucional peruano, no existe problema alguno en plantear una acusación constitucional en uno u otro supuesto. Sin embargo, en el caso de un juicio político aparecen las interrogantes siguientes: ¿Podría existir una verdadera motivación en un procedimiento de juicio político cuando no existe en el Perú una norma que establezca cuáles son las infracciones constitucionales por las que se acusa? Desde la aparición del juicio político en la Constitución de 1993, el Congreso de la República está haciendo mal en no regular la tipifica-

ción de las infracciones constitucionales para acusar constitucionalmente a los altos funcionarios del Estado. Cabe preguntarse si, de acuerdo con las acusaciones por infracciones constitucionales registradas en nuestro país, estas han sido o son consideradas ¿dolosos o culposos?, ¿por comisión o por omisión?, ¿solo se castiga al autor o también se puede castigar la participación?, etc. Y respecto a la sanción, ya que es el Congreso el que conoce de la acusación y sanciona –a diferencia del antejuicio que solo conoce de la acusación y es en la jurisdicción ordinaria donde se determina la sanción–, la infracción constitucional puede generar una inhabilitación hasta de 10 años. La pregunta que uno puede formularse es si siempre será 10 años o tal vez pueda generar más tiempo la sanción.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto solicitando se respete el principio de legalidad de las infracciones constitucionales; hasta ahora el Congreso de la República no ha legislado sobre la materia.

La casuística abordada en la presente investigación resalta la posición del Tribunal Constitucional, en aras del respeto al principio de legalidad sobre el cual se sostiene todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Entre los casos más resaltantes está el del exmagistrado del Poder Judicial César Humberto Tineo Cabrera, cuya sentencia del 8 de agosto de 2012, en el Expediente 00156-2012-HC/TC, el pleno del Tribunal resolvió que si no se tipifican las infracciones constitucionales, no puede haber juicio político y no puede haber sanción de inhabilitación, porque el principio de legalidad rige para todo caso donde hay una sanción. Si se va a sancionar, se tiene que saber cuál es la falta, y la falta tiene que estar establecida en una norma, eso es el respeto al principio de legalidad.

Al descuido del Congreso de la República que no legisla al respecto, se suma la conducta de los congresistas que acusan sin tener un referente de infracción constitucional en una norma, lo que deviene en una práctica absolutamente arbitraria; más aún si se trata de parlamentarios de una fuerza mayoritaria en el Congreso. En realidad, y siendo estrictos, no puede haber juicio político si no hay infracción constitucional debidamente tipificada en la Ley; lo contrario es un grave error que atenta contra la constitucionalidad de un Estado de Derecho, como se ha venido dando a través de la historia contemporánea del Parlamento.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

2.1 Situación problemática

Los artículos 99 y 100 de la Constitución están referidos a uno de los controles políticos de la constitucionalidad que contiene la carta magna. Este control político, sin embargo, no debe estar libre de un mínimo de garantías jurídicas dentro de lo que llamamos un Estado Constitucional de Derecho y un neoconstitucionalismo como variante fundamental del ordenamiento jurídico constitucional a partir de la carta magna de 1979.

La acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político, si bien son mecanismos de control por parte del congreso de los altos funcionarios de la República frente a delitos de función o también llamados delitos políticos, así como por infracción de la Constitución, necesitan estar sujetos a un cumplimiento mínimo de garantías a favor del acusado y enjuiciado dentro del marco de un Estado de Derecho Constitucional.

A mediados del siglo XX surgió el neoconstitucionalismo como nuevo paradigma con una visión distinta de la persona humana, considerándola como el fin supremo de la sociedad y del Estado. En este cambio de paradigma emergen y proliferan a la vez los tribunales constitucionales y otras instituciones políticas que defienden la vigencia de la Constitución con el estatus de máximos intérpretes y controladores de la misma.

La Constitución de 1979 y la actual representan este nuevo paradigma, irradiando todos sus efectos a las legislaciones infraconstitucionales posteriores que conforman el sistema jurídico peruano, sin dejar de tener en cuenta los convenios y tratados internacionales, sobre todo los que defienden los derechos humanos.

Aunque la Constitución de 1979 concebía la acusación constitucional y el antejuicio constitucional como institutos que cumplían con el control político del Congreso a los altos funcionarios, en la Constitución actual se implanta el juicio político para controlar y sancionar las infracciones constitucionales; sin embargo, una omisión muy grave fue la de no tipificar qué conductas comporten dichas infracciones. Esta omisión se expandió al reglamento del Congreso de la República comportando un desatino frente al nuevo paradigma constitucional actual.

Si bien el Tribunal Constitucional intentó en un momento determinado recomendar al Congreso la tipificación de determinadas conductas que comportarían infracción de la Constitución, las sentencias que expidió no fueron vinculantes en esos extremos, pese a que tuvieron la posibilidad de implantarlas como precedente vinculante. El Tribunal Constitucional omitió tal situación dejando aún la omisión latente en el ordenamiento jurídico peruano.

En un Estado Constitucional de Derecho, cualquier forma de restricción de derechos de la persona humana necesariamente deberá ir acompañada de un mínimo de garantías, principios jurídicos que respondan a la justicia y a la seguridad jurídica, entre ellos el principio de legalidad, tipicidad, debido proceso, predictibilidad del derecho, etc. Si bien las *political questions* existen aún en el plano de la Constitución peruana, la posición del tesista es que dentro de estas instituciones, cuando se pretenda inhabilitar, destituir o suspender autoridades que puedan o hayan sido elegidos por el pueblo o altos funcionarios elegidos por el Congreso de la República en representación de toda la nación y/o sean sometidos a juicios y antejuicios, deberán gozar de ciertos derechos, principios y garantías que consagren la justicia y seguridad jurídica y, a la vez, constituyan una concretización del artículo 1 de la Constitución que establece que la persona humana es el fin absoluto del ordenamiento jurídico peruano, el fin en sí mismo, el fin

supremo de la sociedad y del Estado, artículo eje de toda la Constitución y representante fiel del nuevo paradigma político y jurídico como es el neo-constitucionalismo.

2.2 Formulación del problema general

¿Los artículos 99 y 100 que prevén la acusación constitucional -el antejuicio y el juicio político -están regulados adecuadamente en la Constitución Política de 1993?

2.3 Objetivo general

Determinar si los procedimientos de la acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político, previstos en los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú de 1993 están regulados adecuadamente.

2.4 Metodología aplicada

2.4.1 Hipótesis

Los artículos 99 y 100 de la Constitución Política de 1993 regulan los procedimientos de la acusación constitucional – el antejuicio y el juicio político -de manera inadecuada generando inseguridad jurídica y afectando derechos fundamentales al debido proceso y confunden la naturaleza de dichos procedimientos parlamentarios constitucionales por cuanto estos tienen diferente naturaleza y efectos sobre las altas autoridades a las que se les aplica.

2.4.2 Tipo de estudio

Es de tipo dogmática jurídica explicativa, pues este tipo de estudios se conecta con el tema de la validez de las normas jurídicas; es decir, aquí el punto gira en torno a saber si el ordenamiento jurídico es o no válido, sin entrar en detalles sobre su eficacia o legitimidad.

2.5 Técnicas

Fichaje. Se emplearon fichas textuales de resumen, de paráfrasis y combinadas para el almacenamiento de las diversas fuentes bibliográficas necesarias para la investigación, usadas para elaborar el marco teórico, los antecedentes de la investigación, el planteamiento de la hipótesis del estudio científico, así como para reunir la información necesaria para el desarrollo de la investigación.

Análisis documental. Implica estudiar rigurosamente documentos escritos, así como un conjunto de operaciones intelectuales para describir y representar los documentos de forma unificada y sistemática. Incluye la descripción bibliográfica y general de la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas.

2.6 Instrumentos

Guía de fichaje. Analizada la bibliografía se elaboraron las fichas de investigación bibliográfica respecto al control político, la acusación constitucional, el juicio político, el antejuicio y la restricción de derechos que se desprenden de la regulación inadecuada en la Constitución Política de 1993.

2.7 Métodos de investigación

Método inductivo. Es una variante del método científico, en la cual el investigador parte de la información recogida mediante sucesivas observaciones para a través de la generalización establecer una ley lo más universal posible. Es el que se basa en verdades particulares, de las que obtenemos una verdad universal. Karl Popper señala: “es corriente llamar inductiva a una inferencia cuando pasa de enunciados singulares (llamados, a veces, enunciados particulares), tales como descripciones de los resultados de observaciones o experimentos a enunciados universales, tales como hipótesis y teorías.”

Método deductivo. Variante del método científico que consiste en partir de una ley general para, mediante la lógica, extraer implicaciones (deducciones) que puedan ser contrastadas en la realidad. También es el que parte de una verdad universal y por medio de otras verdades intermedias nos lleva a una verdad particular o menos universal que la primera.

Método de análisis. El análisis es la operación intelectual que consiste en considerar por separado las partes de un todo. Las nociones de parte y todo son correlativas, el todo supone las partes; las partes suponen el todo. Los todos son de índole muy diversa en cuanto todos (esto es, en cuanto composición de partes).

Método de síntesis. Desde el punto de vista adoptado, la síntesis no es propiamente un método sino una manera instancia de conocimiento; se limita a ser una inspección de conjunto del objeto sometido antes al análisis, en la cual se tienen en cuenta las claridades allegadas analíticamente. Para que la visión sintética sea completa debe haber sido completa también la reducción analítica.

3. CONTENIDO

3.1 Antecedentes a nivel nacional

- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (2017). *La responsabilidad constitucional y penal del presidente de la República: propuesta para su reforma.* (Tesis de doctorado en Humanidades, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú).

El autor de esta investigación tiene como propósito analizar la responsabilidad del presidente de la República en los ámbitos político, penal y constitucional, así como, analizar los criterios a considerar para su reforma constitucional.

Uno de sus objetivos es abordar la evolución del régimen constitucional peruano en materia de responsabilidad del presidente de la República y su exigibilidad, determinando los principales problemas detectados en la experiencia nacional. Asimismo analiza las particularidades del régimen presidencial “atenuado” peruano. Y, además, el surgimiento y evolución de la institución del impeachment o juicio político, como mecanismo para exigir responsabilidad al presidente de la República y a las altas autoridades gubernamentales por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, infracciones de la Constitución o conducta indebida durante el desempeño del cargo.

Eguiguren Praeli concluye que en un régimen democrático y constitucional de Derecho no resulta, política ni jurídicamente, razonable que la persona que dispone del mayor poder y autoridad carezca casi totalmente del contrapeso y equilibrio de una efectiva responsabilidad en los planos político, penal y constitucional frente a los excesos o arbitrariedades en que pueda incurrir en el ejercicio de sus funciones o en su conducta personal.

Finalmente, el autor considera indispensable realizar una revisión y reforma de este aspecto de la Constitución, procurando que contemos con mecanismos efectivos de control y sanción ante los actos indebidos del presidente de la República, sin que ello signifique propiciar fórmulas muy abiertas que permitan su uso discrecional o la manipulación política por parte de la mayoría parlamentaria en contra del presidente. En consecuencia, es necesaria la formulación de criterios y propuestas para una reforma constitucional para encontrar el punto de equilibrio entre la necesidad de garantizar la estabilidad institucional y la continuidad de la función presidencial, con la indispensable eficacia en la exigibilidad de responsabilidad como mecanismo de control y contrapeso político, así como de sanción ante eventuales excesos de poder del presidente.

Lo desarrollado en la tesis aquí comentada nos sirve para tener, en primer lugar, una idea más clara en lo que al “juicio político” se refiere. Por último, y no menos importante, aprovechamos de este trabajo de investigación la comprensión sobre la responsabilidad del presidente de la República y su armonía con un verdadero y eficaz control del poder.

- GARCÍA CHÁVARRI, Magno Abraham (2013). *La vacancia por incapacidad moral del presidente de la República* (Tesis de maestría en Derecho constitucional, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú).

El autor de esta investigación se propone delimitar los contornos de la figura de la incapacidad moral, haciendo una distinción conceptual con el juicio político y analizando su valor respecto a las exigencias de un Estado Constitucional, para proponer su mantenimiento bajo ciertas condiciones o postular su eliminación.

Desde una perspectiva conceptual, la figura de la vacancia presidencial es estudiada distinguiéndola, conceptualmente, de figuras análogas como las de juicio político y juicio moral. Asimismo, se aborda la causal de vacancia por incapacidad moral desde una perspectiva basada en la experiencia comparada. También se revisa la figura de la vacancia presidencial en la experiencia nacional, ofreciendo un bosquejo conceptual de la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial, a efectos de analizar su compatibilidad con los retos que plantea un Estado Constitucional y evaluar la validez teórica de su naturaleza.

García Chávarri concluye que la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial resulta incompatible con el modelo de sistema de gobierno presidencial peruano (sistema que establece que el presidente de la República ejercerá su poder político durante el plazo predeterminado constitucionalmente).

El mencionado autor recomienda distinguir conceptualmente entre las figuras de infracción constitucional y la de incapacidad moral, con la finalidad de eliminar duplicidades y superposiciones.

En atención a las exigencias actuales de un Estado Constitucional de Derecho, a la necesaria estabilidad y gobernabilidad, para el investigador resulta válida la configuración constitucional de la incapacidad moral, con el propósito de ser aplicable a aquellas conductas graves que, sin ser delitos ni infracciones de un juicio político, deterioren la dignidad presidencial en tal magnitud que hagan que no pueda ser posible que su titular se mantenga en su cargo.

Esta tesis resulta de gran utilidad para el trabajo de investigación porque contiene información relevante sobre la figura del “juicio político”, así como sobre las “infracciones constitucionales” y sus deslindes conceptuales con la “incapacidad moral”. También es de sacar provecho el estudio comparado sobre la figura de la vacancia presidencial y su importancia en el control de las potestades del presidente de la República.

3.2 A nivel internacional

- SASSO FUENTES, (Marcello, 2014). *La acusación constitucional: su naturaleza jurídica y los derechos fundamentales en Chile* (Tesis de doctorado, Santiago: Universidad de Chile).

El autor de la tesis acá comentada se plantea el problema del efectivo resguardo de la acusación constitucional respecto al principio de responsabilidad gubernamental (o política) y de los derechos fundamentales. Por tal motivo se propone realizar un profundo estudio de la naturaleza jurídica del instituto de la acusación constitucional en Chile, así como hacer un análisis de la relación entre acusación constitucional y los derechos fundamentales.

Marcello Sasso formula la siguiente hipótesis: “En el marco del sistema presidencial de gobierno que rige en Chile cabe analizar si el diseño institucional de la acusación constitucional constituye un efectivo resguardo del principio de responsabilidad gubernamental, y además de los derechos fundamentales, tanto en cuanto al fundamento de la acusación constitucional, como en cuanto al procedimiento de la misma.”

El investigador concluye que el instituto de la acusación constitucional tiene una importancia fundamental para asegurar el principio del gobierno responsable, en el marco del principio de separación de poderes propio del Estado de Derecho democrático y constitucional. Para tal fin, será necesaria una mayor regulación normativa que permita su plena adecuación a las exigencias del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos para hacerla consistente con los principios del Estado de Derecho democrático y constitucional. Aunque reconocidos en el propio texto constitucional, estos principios no han sido implementados en el diseño de ese instituto, limitándose a adoptar una tradición histórica que restringe su eficacia como mecanismo de control constitucional, en desmedro de los derechos fundamentales.

Además del desarrollo teórico que presenta este trabajo sobre el instituto de la acusación constitucional, cabe indicar asimismo su valioso aporte en torno a la relación de esta figura jurídica con los derechos fundamentales.

En la exploración se plantea como objetivo principal determinar de qué manera están regulados los procedimientos de la acusación constitucional previstos en los artículos 99 y 100 de la Constitución vigente. Para lo cual se desarrollaron los alcances normativos y procedimentales del juicio político y antejuicio, así como las explicaciones de las diferencias conceptuales y procedimentales entre el juicio político y el antejuicio, a la luz del análisis comparativo de la legislación extranjera sobre la regulación del juicio político y el antejuicio de cada país. Asimismo, fue de suma importancia el análisis jurisprudencial constitucional respecto a las figuras de la acusación constitucional en Perú. Sin dejar de proponer, como es obvio, la reforma constitucional pertinente para incluir la descripción de infracciones constitucionales que darán origen a la acusación constitucional; lo mismo se propondrá para la norma infraconstitucional contenida en el Reglamento del Congreso de la República.

3.3 Neoconstitucionalismo

Neoconstitucionalismo constituye un neologismo ambiguo y vago que admite varios sentidos, por eso es que resulta preferible hablar de neoconstitucionalismos (en plural). No obstante, esta situación, más que un defecto, constituye una virtud puesto que el neoconstitucionalismo, como cultura jurídico política, se encuentra presente en todo tipo de debates; en los debates de filosofía política sobre la mejor manera de organizar las instituciones democráticas; qué se debe entender por derecho y su relación con la moral; en los debates teóricos respecto a la naturaleza de las normas y su interpretación, etc. (Prieto, 2010)

En consonancia con lo anterior y tomando como base el Estado Constitucional de Derecho, se presentan las siguientes formas de entender el neoconstitucionalismo.

3.4 El neoconstitucionalismo como renovación de la teoría positivista del Derecho

Esta afirmación significa que el parámetro constitucional va a tener prevalencia sobre la ley, la que pasa a un segundo plano. Se considera a la Constitución como norma suprema, cuya densidad de regulación hace que la validez y aplicabilidad de la ley sea siempre sometida a cuestionamiento y revisión.

No obstante las diversas formas de entender el neoconstitucionalismo, este presenta un sustrato común, el cual es el modelo del Estado Constitucional de Derecho que surge en Europa después de la segunda guerra mundial.

El neoconstitucionalismo establece la primacía de la Constitución, la que se concibe como fuente primigenia de las demás normas. Corresponde al juez y a la autoridad su aplicación en una realidad heterogénea en la que se pueden presentar valores contrapuestos, por lo que debe justificar su decisión de modo argumental y con una interpretación de índole ponderativa (principio de proporcionalidad).

La ponderación, como herramienta interpretativa del neoconstitucionalismo, significa decidir sobre la primacía de un derecho fundamental respecto a otro, cuando ambos se contraponen en la solución de una controversia concreta. El principio de proporcionalidad se encuentra ligado a la actuación de los poderes públicos, a la intervención que realizan sobre un derecho fundamental. Mediante este principio se busca medir su extensión y valorar la proporción de la intervención en el aludido derecho a través de los sub exámenes de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.

En el campo del Derecho Constitucional, que versa sobre la aplicación de los derechos fundamentales, la solución de controversias exige la utilización de argumentos de mayor envergadura, con base en cuestiones de juricidad y moralidad. (Figueroa, 2011). Por eso, en el neoconstitucionalismo tiene importancia vital el papel que cumple el juez para la vigencia de los principios constitucionales.

3.5 El Parlamento

Los orígenes del Parlamento, según sus funciones conocidas en la actualidad, se remontan a las antiguas asambleas populares en Grecia y a los comicios de las centurias en Roma (Bernales, 2002). En la antigua Grecia y en Roma existieron instituciones como el Senado ateniense o el Senado de los patricios romanos, que se podrían considerar como antecedentes de la institución parlamenta-

ria de origen anglosajón; no obstante, lo único en común que tenían ambas instituciones eran dos elementos básicos del Parlamento: el debate y la votación de lo que se discute.

Pellet Lastra (1995) señala que se trata de entidades políticas diferentes que se desarrollaron en periodos históricos diferenciados y que están apenas conectadas en algunos aspectos secundarios.

Lo que nace con la institución política anglosajona y la diferencia de las instituciones de la antigüedad es el mandato representativo, que luego se fortalecerá cuando se constituyen los derechos civiles y políticos y los mecanismos de elección y participación ciudadana. “Sin duda, el Parlamento y la representación política han sido categorías muy relacionadas a través de la historia”. (Abellán, 1996)

Precisamente, en Grecia la democracia no era representativa, como sí lo es en la actualidad. Los ciudadanos participaban activa y directamente en el ámbito público; esto gracias al espacio reducido de la “polis” griegas (Carro, 1962). Por su parte, el senado romano, institución excepcional por diversas razones, tuvo una larga duración en la historia de Roma, la que transcurrió por tres grandes periodos: la monarquía legendaria, la República y el Imperio. En estos periodos el senado romano fue mutando: unas veces fue un centro real de poder, otras simplemente un símbolo de la tradición y frecuentemente como una formalidad para legitimar al poder; “sin embargo, no varió tanto como pudiera parecer y conservó su prestigio y su carácter de alta autoridad moral y política” (Bátiz, 1999). Lamentablemente, el Senado romano, si bien puede decirse que fue en cierta medida representativo, en la práctica fue manipulado por el poder absoluto del César. (Loewenstein, 1970)

Indiscutiblemente los orígenes próximos del Parlamento están en Inglaterra, tanto es así que se sostiene que lo que actualmente se conoce como órgano legislativo de un Estado constitucional esconde de la tradición parlamentaria inglesa, la cual tiene muchos siglos de desarrollo (Bernales, 2002). Así, el Parlamento británico encuentra su antecedente, en un primer momento, en el *Magnum Concilium* (en el año 1154, teniendo como rey a Enrique II), una asamblea de los principales personajes del reino presidida por el príncipe. Posteriormente, se unieron a este consejo los vasallos directos de la Corona y formaron el *Commune Concilium* (Chávez, 2016), el cual serviría de órgano consejero del Rey, tanto en temas de negocio como en asuntos judiciales (Bernales, 2002). También es un antecedente el nacimiento de la Carta magna de Juan “Sin Tierra” en el año 1215, que establecía que no se otorgarían nuevos subsidios por la corona, sin la opinión del *Magnum Concilium* que era el consejo de sabios y magnates, conocido también como el *Witenagemont*, creado en los albores del siglo XIII, al que se le considera como una de las instituciones próximas a la actual concepción del Parlamento. (Segovia, 2013)

Parlamento proviene de la voz latina “parla”, cuyo significado es acción de hablar o conversar unos con otros, refiriéndose al acto de comunicarse inteligentemente, estableciendo una relación de consenso a través de la palabra oral para tomar acuerdos. “Hablar entre sí y tomar acuerdos fue convirtiéndose lentamente en una prerrogativa institucional de un cuerpo que se reunía para de-

cidir los destinos del reino” (Bernales, 2002). En este sentido, la expresión Parlamento se empieza a usar en Inglaterra en el siglo XIII.

Precisamente, las sociedades se articulan a través del lenguaje (desde una norma elemental hasta una de marcada complejidad). Más aún en el ámbito político y de la organización social, el Parlamento es el lugar en el que sus integrantes hablan entre sí para llegar a acuerdos, para tomar decisiones (Bátiz, 1999).

Para Enrique Bernales, el Parlamento es el “órgano del Estado que expresa la soberanía del pueblo y esencialmente de la Nación, en tanto responde a la elección democrática de sus miembros y refleja el pluralismo de esa base social, de la que adquiere la legitimidad de origen. A su vez, encarna el poder constituido y tiene por funciones esenciales expedir las normas de acuerdo a los procedimientos constitucionales, controlar el ejercicio del poder, fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo y ejercer la representación política” (2002, p. 28). Cabe precisar que la naturaleza política del Parlamento proviene de la acumulación histórica del modelo medieval y su evolución (desde el Parlamento sede de debates de intereses de la nobleza y el clero hasta los cambios introducidos por la revolución liberal). Es el Parlamento “la institución del Estado donde se ejerce la representación popular y se debate, en el sentido de «hablar» y de intercambiar ideas hasta llegar a un acuerdo que se plasma en ley” (Bernales, 2002). Así, pues, esta institución tiene que ver con la celebración de reuniones donde se toman acuerdos de naturaleza política, tal cual en sus orígenes, en el medioevo, cuando el rey se reunía a debatir y recibir consejos de los nobles.

Por otro lado, existe un acuerdo mayoritario respecto de que la democracia constituye el sistema de gobierno más aceptable; no obstante, este acuerdo disminuye ostensiblemente cuando se hace referencia a su institución representativa, el Parlamento, cuyo desprestigio y pérdida de legitimidad entre la población es hartamente conocido.

Se trata de que el Parlamento recupere la confianza de la población por su calidad de institución central de la democracia y supere la paradoja antes descrita. El Parlamento como representante del pueblo trabaja para que la democracia responda verdaderamente a sus necesidades y pueda resolver algunos de sus problemas más vitales.

Como órgano representativo de la sociedad, al Parlamento le corresponde conciliar las expectativas e intereses de grupos que expresan diferentes ideas, incluso contrapuestas, utilizando para ello canales democráticos como el diálogo y la conciliación.

Como órgano legislativo, al Parlamento le corresponde adecuar la legislación a las necesidades y circunstancias de la sociedad que evolucionan con rapidez. Asimismo, supervisa la acción del gobierno, garantizando que rinda cuentas de su accionar a la ciudadanía.

En la actualidad, el Parlamento busca elevar su imagen y prestigio ante el pueblo a través de actividades que propicien una mayor participación y diálogo con el público, de modo que este se sienta genuinamente representado. También procura tener mayor eficacia en la labor legislativa y de control del gobierno.

Se considera que un Parlamento democrático debe responder a cinco características centrales: ser representativo, transparente, accesible, responsable y eficaz. En el año 2005, los presidentes de las asambleas legislativas que acudieron a la sede de las Naciones Unidas declararon de forma inequívoca que en una democracia el Parlamento es la institución central a través de la cual se expresa la voluntad del pueblo, se promulgan las leyes y a la cual rinde cuenta el gobierno. (Beetham, 2006)

3.6 Control político

La institución del control dentro del Estado puede asumir diversas modalidades, para el presente trabajo resulta relevante tomar en cuenta el control jurídico y el control político. El control jurídico del Estado se manifiesta en la llamada justicia o control constitucional y la jurisdicción contenciosa, que tienen como sujeto pasivo al Estado. El control político del Estado se manifiesta a través del juicio político, las comisiones investigadoras del congreso, la interpelación, la cuestión de confianza.

Consideramos preciso resaltar que existen diferencias entre el control jurídico y el control político del Estado. Hernán Salgado señala que este último se caracteriza por su carácter subjetivo, puesto que se sustenta en criterios de confianza y oportunidad; la valoración se apoya en la libre apreciación de quien juzga. En cambio, el control jurídico es más riguroso y se sustenta en normas de Derecho que tienen una valoración predeterminada; constituyen reglas que limitan la discrecionalidad del juzgador.

La libertad de valoración que caracteriza al control político se da aun cuando el ordenamiento jurídico señale las condiciones en que se debe dar el acto sujeto a control. Así (Aragón, 2002) dice que cuando un órgano político se sustenta en la Constitución u otra norma, lleva a cabo una interpretación de índole política y no jurídica, es decir no se sustenta en motivos de Derecho sino de oportunidad.

Respecto de las clases de control político, (Chirinos & Rivas, 2015) destacan la opinión de los siguientes autores peruanos:

3.7 Las political questions

Con el propósito de impulsar una corriente judicial autorre restrictiva o prudente en los casos difíciles se origina en los Estados Unidos la doctrina de las political questions. Esta doctrina asumió que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables. (Landa, 2000)

La doctrina de la cuestión política es una doctrina de autocontención judicial, de limitación de los poderes de la Corte suprema que, en el famoso caso de *Marbury vs Madison*, había reconocido el poder de la Corte Suprema para la revisión judicial de la constitucionalidad. Se puede decir que a partir de este famoso caso, existió una corriente de activismo judicial clásico, para la cual no había disposiciones de la Constitución que pudieran exceptuarse del control constitucional. A partir del caso *Luther vs Borden*, las *political questions* constituyen una teoría orientada a restringir los poderes de la Corte Suprema.

Se trata de una doctrina que no está regulada expresamente en la Constitución estadounidense, sino constituye una creación de la judicatura norteamericana. En ese sentido, las decisiones que tome la Corte Suprema de los Estados Unidos tienen el peso necesario para regular el principio de la distribución de poderes en ese país, ya sea que expanda o restrinja unilateralmente el poder antes aludido.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha definido la doctrina de la cuestión política como “una de las reglas básicas del sistema federal, y sobre el lugar apropiado de esta Corte dentro de dicha estructura”. A pesar de que se trata de una definición que no se caracteriza por su precisión, a lo largo de los años ha sido utilizada por la Corte Suprema como método para rechazar su intervención en casos cuyo tratamiento considera que corresponden a las esferas políticas del gobierno.

Dante Figueroa (2012) señala que el sustento de la doctrina de la cuestión política en los Estados Unidos radica en conservar el delicado sistema de frenos y contrapesos sobre el cual se asienta el sistema político estadounidense y que permite mantener a las tres ramas de gobierno en pie de igualdad.

En Gran Bretaña, los actos políticos se expresan a través del llamado acto de Estado (“*acts of State*”), que se encuentra muy ligado al peso del dogma de la soberanía del Parlamento, el mismo que invita a los jueces a no entrar a un campo vedado: la “selva política” (caso “*Colegrove vs. Green*”).

Según Francisco Zúñiga (2008), en Francia el acto político es asociado a la razón de Estado y al principio de separación de poderes; en Alemania la no justiciabilidad de las cuestiones políticas se hace presente en dos direcciones teóricas: una dirección formalista del acto político, que se determina por el interés común y caracterizado por su discrecionalidad en comparación con el acto administrativo (actividad reglada), encontrándose la actividad libre presente en todas las funciones materiales (legislación, política exterior, relaciones gobierno-Parlamento); y en la otra, una dirección antiformalista, donde los actos políticos son fruto del dominio de la política, es decir aquel campo en que el Estado determina e impone su esencia misma.

En América Latina la doctrina del acto político ha tenido un importante desarrollo. Así, en Argentina, el jurista Segundo Linares Quintana (1978) conexas el acto político a la prudencia política como criterio rector: Señala que el criterio de la prudencia política es el que debe emplearse para

discernir lo que es una cuestión política no justiciable; pero en tanto criterio político, no permite establecer una frontera clara, precisa e indiscutible entre el ámbito político y el jurisdiccional, puesto que existe una zona gris dentro de la cual puede encontrarse dificultad para la discriminación. Este criterio de la prudencia política puede variar con el transcurso del tiempo y la modificación de las circunstancias, así lo confirma la evolución del concepto a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y también del más alto tribunal argentino.

Respecto a una definición de las political questions, Lucio Pegoraro señala que “la definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, porque la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas”. (citado en Landa, 2000)

Estando a que se trata de una excepción a la regla general de la competencia del poder judicial, para conocer de los casos constitucionales, la interpretación debe ser de carácter restrictivo, limitando la calificación de políticas únicamente a las cuestiones puramente políticas, dentro de los cauces constitucionales: “para cual, cabe plantearse la pregunta: no qué es una political question, sino cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una political question. [...] En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición apriori, sino casuística; en la medida que lo político opera con categorías decisionistas”. (Landa, 2000)

Como se ha dicho, en respuesta a la corriente del activismo judicial clásico, apareció la corriente judicial autorrestrictiva. Y en respuesta a estas dos corrientes surgió una tercera corriente judicial denominada funcional, la cual buscaba el equilibrio entre ambos extremos de las corrientes precedentes, proponiendo una intervención judicial fundamentada en razones prácticas; causando un impacto en la jurisprudencia de los tribunales europeos y asumiendo un papel frontal contra el formalismo jurídico constitucional. Precisamente, la jurisprudencia constitucional peruana –en el caso de los exmagistrado del Tribunal Constitucional, acusados en el año 1997– asumió esta tercera postura. (Landa, 2000)

Landa Arroyo nos dice que “la judicialización de las political questions es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso, en cuanto a su alcance o densidad de control judicial, a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional, con lo cual se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno, se instale el abuso judicial” (Landa, 2000). Y a través de una cuidadosa selección de los magistrados, el respeto de las garantías institucionales y de los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, se hará frente a las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.

3.8 La acusación constitucional

Seaman (2013) define a la acusación constitucional como un proceso constitucional complejo, de naturaleza jurídico-política llevado ante el Congreso con la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad de los altos funcionarios del país taxativamente señalada en la Constitución Política del Estado por estar comprendidos en alguna causal de ilicitud constitucional y que justifica su destitución del cargo.

García Toma (2011) lo define como el mecanismo procesal de control político cuya finalidad es, de un lado, la defensa y eficacia de las normas e instituciones previstas en la Constitución contra el abuso de poder en que pudieran incurrir los altos funcionarios públicos y, por el otro, la intervención de la Corte Suprema en la investigación, juzgamiento y eventual penalización de determinadas altas autoridades o ex – autoridades estatales, cuando pesan sobre ellas denuncias con razonabilidad jurídica de la comisión de un ilícito penal cometido en el desempeño de la función pública. Las altas autoridades son el presidente de la República, los congresistas, los ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el defensor del pueblo y el contralor general.

La acusación constitucional es un proceso parlamentario especial, cuya finalidad es determinar las eventuales responsabilidades en que pueda haber incurrido un alto funcionario, al que se lo denuncia por la comisión de delitos cometidos en el ejercicio de la función desempeñada, o la infracción constitucional en que hubiera incurrido durante el desempeño de uno de los cargos. (Delgado-Guembes, 2012)

Eguiguren (2007) define al *impeachment* como aquel instituto cuya finalidad es remover de sus funciones e inhabilitar a quien ejerce un alto cargo público por la comisión de un delito, falta o mala conducta, en violación de la confianza pública en él depositada.

4. DISCUSIÓN

4.1 Problema

La presente investigación tiene como objetivo determinar si los procedimientos de la acusación constitucional, antejuicio y juicio político, previstos en los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú de 1993 están regulados adecuadamente. En este sentido nuestra investigación luego de un análisis de contenido de la bibliografía encontrada sentará su posición demostrando que tal regulación es inadecuada e incluso indeterminada en lo que se refiere a las infracciones constitucionales. Esta situación cobra suma importancia por ser tema de actualidad, pues se sabe que la misma no tiene desarrollo constitucional, legal ni reglamentario, afectando así el principio de legalidad. Más aun, en sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N.0 00062003-AI) tan solo

se ha señalado que la infracción constitucional es “toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, [que] compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta”.

En ese sentido se deja un amplio margen de interpretación política para procesar o no a un alto funcionario, sin la garantía del debido proceso parlamentario, dando pase a una absoluta arbitrariedad sin posibilidad de que el acusado pueda impugnar tal acto porque cuando el Congreso impone una sanción por infracción de la Constitución, esta queda en los fueros del Parlamento. El ejercicio de la potestad sancionadora del Estado debe estar premunido del principio de legalidad, según el cual no hay sanción ni infracción, sin ley previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2-24-d de la Constitución de 1993.

4.2 Demostración de la hipótesis

De lo hasta aquí desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta y la información de la casuística desarrollada por el Tribunal Constitucional y los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, demostramos la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación.

5. CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico peruano, al igual que gran parte del mundo, se encuentra intensamente influido por el modelo del neoconstitucionalismo concretado en las Constituciones de 1979 y 1993.
2. El ordenamiento jurídico peruano debe adecuar su normatividad infra constitucional al modelo del neoconstitucionalismo, respetando de manera prioritaria los derechos humanos, en especial los derechos políticos y los principios constitucionales de seguridad jurídica y debido proceso dentro de los procedimientos correspondientes a los artículos 99 y 100 de la Constitución.
3. Los derechos políticos y el debido proceso pueden restringirse, siempre y cuando se encuentre una razón suficiente para tal efecto. Esta situación no se encuentra en la aplicación de los procedimientos de la acusación constitucional, antejuicio y juicio político incorporados en los artículos 99 y 100 de la Constitución.
4. En un Estado neoconstitucionalista se mengua las political questions en mérito del principio de normatividad de la Constitución, en el cual lo que se pretende es que no haya parcelas de la misma que no se puedan sujetar al control jurisdiccional constitucional y que la misma se aplica como norma con toda su intensidad en cada uno de sus articulados.

5. La acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político serán controles políticos que deben sujetarse al control jurisdiccional constitucional cuando se vulnere algún derecho o principio de la Constitución en cualquiera de sus fases o procedimientos.
6. Se ha determinado que la acusación constitucional es un instrumento de control político; el cual es informado por el principio de control constitucional del Estado. Asimismo, dentro de la acusación constitucional se distinguen dos figuras: el juicio político y el antejuicio. Si bien ambas figuras coinciden en que los acusados serían altos funcionarios de un Estado; la diferencia es que en el primero se acusa por una infracción a la Constitución, mientras que en el segundo caso se acusa por delitos cometidos en función.
7. Se ha demostrado que la acusación constitucional en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra contemplada en la Constitución de 1993. En esta se menciona quiénes pueden acusar y ante quién, quiénes son sujetos pasivos de ser acusados y por qué hechos se acusa (artículos 99). Así también, en nuestra Constitución se menciona sobre algunos efectos de la acusación y algunos derechos del acusado (artículo 100). Respecto al procedimiento de la acusación constitucional, contamos con el Reglamento del Congreso de la República, que en su artículo 89 describe las etapas que se habrán de seguir y respetar en cada caso.
8. Se ha determinado que en la legislación de varios países latinoamericanos se encuentra contemplada la acusación constitucional en sus constituciones. Así el caso de México, Argentina, Chile, Colombia, entre otros. Sin embargo, no en todos es uniforme el tratamiento que se le ha dado, tanto en la norma fundamental como en otras de menor rango. En el caso de México, por ejemplo, se menciona la figura de la acusación constitucional pero no se hace una descripción de los supuestos que darían lugar a plantear una acusación, limitándose a decir quién puede acusar y ante quién se acusa. A diferencia de Colombia o Argentina donde se mencionan las causas que darían lugar a acusar, sin ser por ello muy específicos en hacerlo. Y en el caso de Bolivia, si bien la Constitución no define claramente los alcances de la acusación constitucional, en una ley infraconstitucional sí describe los supuestos que darían lugar a acusar.
9. Se ha demostrado que en el caso peruano como en otros países de la región, no existe una descripción taxativa de las infracciones constitucionales que darían lugar a iniciar una acusación constitucional contra el presunto infractor. Por tanto, queda en consideración de los llamados a acusar cuándo y por qué acusar, corriendo el riesgo de cometer arbitrariedades desde el comienzo, originando así una inseguridad jurídica para quienes asumen cargos públicos y, más aún, si tienen la condición de representar a la población como consecuencia de una elección popular.
10. Se ha demostrado que en las oportunidades que al Tribunal Constitucional peruano se le ha sido solicitado su pronunciamiento respecto a casos que han tenido que ver con la acusación constitucional, en una línea de tiempo ha variado su posición respecto a ciertos aspectos de esta figura jurídica. Por ejemplo, el considerar en un primer momento al juicio político y el antejuicio distintos entre sí, para luego confundirlos en otro pronunciamiento, y más tarde volver a señalar las diferencias entre ambas figuras. A pesar de estas vacilaciones del Tribunal Constitucional es rescatable que ahora se haya mantenido en este último pronunciamiento exigiendo un tratamiento diferenciado y por causas distintas. Sin embargo, no es suficiente

con ello, es necesaria la taxatividad pertinente de las infracciones constitucionales que darían lugar a la acusación constitucional.

6. RECOMENDACIONES

1. Reformar los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú sobre los lineamientos de procedimiento de la acusación constitucional, antejuicio y juicio político, consagrando el principio de seguridad jurídica, debido proceso, equidad y justicia.
2. Reformar el artículo 89-B del Reglamento del Congreso, incorporando los lineamientos de procedimiento de la acusación constitucional, antejuicio y juicio político, consagrando los principios de seguridad jurídica, debido proceso, equidad y justicia.
3. Invocar al Tribunal Constitucional, en defensa de la seguridad jurídica y de la incipiente democracia nacional, a que establezca jurisprudencia vinculante con respecto a las precisiones y contenidos de los artículos 99 y 100 de la Constitución, en aras de la defensa suprema de la persona humana y sus derechos fundamentales.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Beetham, D. (2006). *El Parlamento y la democracia en el siglo veintiuno. Una guía de buenas prácticas*. Ginebra: Unión Parlamentaria.

Bernales, E. (2002). *Manual parlamentario*. Lima: Comunidad Andina de Juristas.

Carro, A. (1962). *Derecho Político*. Madrid: Universidad de Madrid.

Chávez, E. (2016). *El derecho parlamentario estatal mexicano. Análisis y propuesta de reforma*. México: UNAM.

Chirinos, J., & Rivas, J. (2015). *El control político en América Latina*. Lima: Congreso de la República.

Delgado-Guembes, C. (2012). *Manual del Parlamento*. Lima: Congreso de la República.

Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Fioravanti, M. (1999). *Constitución, desde la antigüedad hasta nuestros días*. Madrid: Trotta.

García Chávarri, A. (2013). *La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. Pensamiento Constitucional*.

Landa, C. (2000). *Justicia constitucional y political questions*. Pensamiento Constitucional.

Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución* (2da ed.). Barcelona: Ariel.

Pellet, A. (1995). *El poder parlamentario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Popper, K. R. (1980). *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Editorial Tecnos.

Tesis

Crespín, K., Romero, J., & Rivera, A. (2007). *El antejuicio como privilegio constitucional y su incidencia en el principio de igualdad ante la Ley* [Tesis]. San Salvador: Universidad de El Salvador.

Eguiguren, F. (2017). *La responsabilidad constitucional y penal del Presidente de la República en el Perú: propuesta para su reforma* [tesis]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

Parra, E. d. (2010). *Las restricciones al derecho de explotación: un estudio de derechos de autor y derechos fundamentales* [Tesis]. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Tesis2011/2Restriccion_ealDExplotacion\(E-Parra\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Tesis2011/2Restriccion_ealDExplotacion(E-Parra).pdf)

Quiñones, D. (2011). *La acción de antejuicio para los diputados del Congreso de la República de Guatemala y propuesta de reforma del Decreto 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala "Ley en materia de Antejuicio"* [Tesis]. Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado el 21 de octubre de 2016, de <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2011/07/01/Quinonez-Douglas.A.pdf>

Sigüenza, G. (2014). *Implicaciones constitucionales con relación al antejuicio derivadas de la adhesión de Guatemala al Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional* [Tesis]. Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado el 25 de agosto de 2016, de <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/01/Siguenza-Gustavo.R.pdf> Valadés, D. (2002). *Constitución y Democracia*. México: UNAM.

Webgrafía

Abellán, Á. (1996). *Notas sobre la evolución histórica del parlamento y de la representación política*. *Revista de Estudios Políticos*, 163-175. Recuperado el 25 de agosto de 2016, de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=249&IDA.i=17013>

- Raúl Yván Lozano Peralta

Aragón, M. (2002). Constitución, democracia y control. México: UNAM. Recuperado el 18 de octubre de 2016, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/288/h1.pdf>

Grossi, P. (1996). *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/516-c>

Prieto, L. (2010). *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 461-506. Recuperado el 10 de agosto de 2016.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL JUSTICE

Víctor Julio Ortecho Villena (*)

Recibido: 21 de mayo de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

Para iniciar este tema es necesario hacer la distinción entre Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho -dos expresiones jurídicas que suelen confundirse, sobre todo en el ámbito político y periodístico. El primero alude al predominio y fuerza superior de la ley, mientras que el segundo implica el predominio y superioridad de la Constitución (sus principios son la supremacía constitucional, la jerarquía de las normas jurídicas y la Inviolabilidad de la Constitución). Asimismo cuenta con una jurisdicción constitucional como el Tribunal Constitucional.

1. LAS DOCE CONSTITUCIONES PERUANAS

A lo largo del siglo XIX, se promulgaron las siguientes constituciones: la de 1823, la de 1826 (cuando Simón Bolívar consolidó la Independencia y promulgó tal Constitución, como vitalicia, pero que duró muy poco tiempo), la de 1828, la de 1834, la de 1839, la de 1856, la de 1860 y la de 1867.

Y en el siglo XX se promulgaron las constituciones de 1920, la de 1933, la de 1979 y la última, la vigente, es decir la de 1993. Durante la vigencia de las constituciones del siglo XIX y las dos primeras del siglo XX existió en el ordenamiento jurídico del Estado Peruano una parte dogmática y principista así como la parte orgánica; pero no un control de constitucionalidad de las normas legales que contradigan a las normas constitucionales. Esto no ha significado que este tipo de normas sean perfectas sino que no se había desarrollado ese control, aunque sea paralelamente con la existencia de órganos especiales, como son los tribunales constitucionales.

¹ Profesor Principal de la Universidad Privada Antenor Orrego.

2. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La creación de los tribunales o cortes constitucionales surgió de la iniciativa del gran jurista austriaco Hans Kelsen, quien advirtió que el Poder Judicial no era un órgano independiente para hacer el control de la constitucionalidad, puesto que en la impartición de justicia mediaban intereses públicos y privados. Kelsen presentó un proyecto el año 1918, consiguió que ese proyecto se convirtiera en ley en 1919 y se incluyera en su Constitución en 1920.

Esta experiencia jurídica se convirtió en un modelo trascendente por paradigmático y de tipo concentrado, que abarcaba en forma cabal todas las formas de control. Este modelo se extendió a algunos países europeos como Italia, Alemania y España y latinoamericanos como Chile, Ecuador, Colombia y Perú.

En el Perú, dentro del marco de la Constitución de 1979 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y en la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional.

2.1 El Tribunal de Garantías Constitucionales

- a) Su base normativa estuvo contemplada en el artículo 206 de la Constitución de 1979 y la Ley Orgánica 23385 que regulaba el control de la Constitución.
- b) Su organización y atribuciones: Integrado por nueve miembros denominados magistrados con las siguientes atribuciones: declarar a petición de parte la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos, normas generales de carácter regional y ordenanzas municipales que contravinieran a la Constitución, por la forma o por el fondo. Conocer en casación, agotada la vía judicial, las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y amparo.
- c) Su magistratura. Los magistrados del Tribunal eran designados por un periodo de seis años por el Poder Legislativo (3), el Poder Ejecutivo (3) y tres por el Poder Judicial. El Tribunal se renovaba por tercios cada dos años. Sus miembros podían ser reelegidos. Para ser magistrado del Tribunal se requería ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de cincuenta años; ser o haber sido magistrado de la Corte de la Suprema o vocal de una Corte Superior, por lo menos durante diez años o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplinas jurídicas por un período no menor de veinte años y tener probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos.
- d) Su funcionamiento y resoluciones. El Tribunal tenía como sede la ciudad de Arequipa, pero excepcionalmente y con acuerdo de la mayoría de sus miembros podían sesionar en cualquier lugar de la República. El Tribunal duró diez años. Fue disuelto por el autogolpe del 5 de abril de 1992 de Alberto Fujimori y partir de esto se estableció una dictadura. Por los requisitos exigidos no se resolvieron más de diez acciones de Inconstitucionalidad. Pero sí se debe reconocer la importante actividad que desarrolló en materia de recursos de casación contra resoluciones denegatoria, expedidas por la Corte Suprema sobre hábeas corpus y acción de amparo.

2.2 La segunda jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional

Presionado por la comunidad internacional, Fujimori convocó al Congreso Constituyente Democrático que aprobó la Constitución de 1993, la cual incluyó el Tribunal Constitucional actual. Teóricamente, muchos ciudadanos y juristas no reconocían esa Constitución espuria, que incluso estableció un Poder Legislativo unicameral. Por eso el jurista Borea Odría no la llamaba Constitución sino “ese documento”.

El actual Tribunal Constitucional consta de siete miembros elegidos por el Congreso por el término de cinco años. Y sus competencias son las siguientes: controlar en definitiva y última instancia la violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos que hayan sido violados por actos u omisiones. Conocer y pronunciarse sobre acciones de inconstitucionalidad de normas legales que contradigan a la Constitución y pronunciarse en instancia única sobre conflictos de competencia o procesos competenciales que se susciten entre órganos del Estado.

3. ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE PROTEGEN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Los constitucionalistas peruanos tenemos en Lima una Asociación Peruana de Derecho Constitucional, la cual pertenece al Instituto Iberoamericano con sede en México (institución que existe desde la década de los setenta).

Hace algunos años y ante el desarrollo del aspecto o materia procesal, también se ha creado el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, con sede en la provincia de Rosario (Argentina), al cual también pertenecemos los constitucionalistas peruanos.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional realiza congresos, cada dos años en diferentes ciudades de sus filiales. El 2003 lo realizó en Sevilla, España, porque la filial española celebraba 25 años de su actual Constitución.

Tras nuestro regreso de Sevilla (2004), los constitucionalistas peruanos asistimos al Congreso Mundial de Derecho Constitucional en Santiago de Chile. En materia de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, a diferencia de otra disciplina jurídica o científica, hay entre los constitucionalistas una amistad filotemática. Nuestras vinculaciones son constantes y de difusión mutua.

4. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Hace algo más de un año que circula un extraordinario Diccionario que contiene los Derechos Constitucionales y los Derechos Humanos, elaborado con la participación de 600 juristas de América y de España. Esta obra ha sido patrocinada por la Universidad Autónoma de México (UNAM)

- Víctor Julio Ortecho Villena

y dirigida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de tal entidad académica latinoamericana.

El diccionario cuenta con dos tomos y su título completo es *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. ¿Por qué ese nombre? La razón es que las libertades y los derechos han sido conquistados históricamente a través de las luchas sociales y tras ser reconocidos por los organismos internacionales y por los Estados se establecieron procedimientos y medidas para su debida aplicación. De ahí la existencia de una disciplina jurídica denominada Derecho Procesal Constitucional. En el ámbito interno los Derechos Constitucionales han sido receptados con el nombre de Derechos Fundamentales; en el ámbito externo se denominan Derechos Humanos. A estos los protege la Convención Americana también denominada Pacto de San José de Costa Rica, por lo que se justifica que el título del diccionario emplee el término convencional. Como es bien sabido, los ejes principales del desarrollo jurídico constitucional han sido México y Argentina. Por ello el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM expresa en el inicio del primer tomo su reconocimiento y homenaje al doctor Héctor FIX Zamudio, forjador del Derecho Procesal Constitucional.

Entre los 600 constitucionalistas de los diversos países de América y España que han colaborado en la elaboración de este diccionario cuatro somos peruanos: César Landa Arroyo, Gerardo Eto Cruz, Domingo García Belaunde y Víctor Julio Ortecho Villena.

5. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

En la actualidad, en Latinoamérica se cuenta con un Código Procesal Constitucional. Para conocimiento de constitucionalistas, abogados defensores e incluso estudiantes de Derecho, cabe señalar que como antecedente se promulgó un código de este tipo en una provincia de Argentina, pero no funcionó.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

García Belaunde Domingo. *Las Constituciones del Perú*. Universidad San Martín de Porras, Fondo Editorial. Lima.2006.

Ortecho Villena Víctor Julio. *Procesos Constitucionales y su Jurisdicción*. Editorial Rodhas. Lima.2012.

Universidad Autónoma de México. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México.2014.

GESTIÓN PÚBLICA BAJO EL ESPÍRITU DE LA EMPRESA

PUBLIC MANAGEMENT UNDER THE INFLUENCE OF ENTREPRENEURIAL SPIRIT

Oscar Murillo Serna (*)

Recibido: 9 de junio 2018

Aceptado: 19 de junio de 2018

En los países emergentes como el Perú, una de las más graves dificultades para modernizar el país es la fragilidad de las instituciones públicas y la ausencia con algunas pocas excepciones de una burocracia profesional capaz de gestionar la cosa pública. Desde la instauración de la República en el Perú, el ejercicio del poder no ha podido hasta hoy dotarse de un capital humano especializado para la administración pública en la casi totalidad de sus dependencias nacionales, regionales y locales. Esta situación se agrava cada vez más por el modo cómo los partidos políticos ganadores de una justa electoral “parasitan” la administración pública con sus partidarios, quienes se hacen de las instituciones públicas como una forma de hacer política en términos clientelistas.

En nuestro sistema político, el triunfo electoral garantiza al partido ganador gestionar la *res pública* dentro de un marco legal que es la Constitución, la que legitima de cierta manera al partido ganador para que sin mayores restricciones emprenda sus acciones. Este marco político bloquea, de modo perverso, la posibilidad de renovar los organismos institucionales del país, puesto que el régimen presidencialista instalado en nuestro sistema político asigna al partido ganador el ejercicio casi absoluto del poder en materia de administración del Estado. De tal manera que nos encontramos continuamente en un complejo sistema de administración pública disfuncional, donde cada cinco años el partido ganador renueva la administración pública con sus allegados políticos y/o elabora nuevas propuestas de ley que la más de las veces llevan a la nueva administración pública al incumplimiento, si no es al abandono e incluso a la corrupción.

¹

Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y del Instituto de Gobierno de la Universidad San Martín de Porres.

No está claro cómo podemos superar esta situación que asfixia el desarrollo de nuestro país, pero cada 5 años con un nuevo presidente esperamos cambios que no se dan o tardan, puesto que queda prácticamente legitimado para ejercer el poder sin cortapisas generando una falta de transparencia democrática que caracteriza prácticamente a Estados como el nuestro.

Resulta conveniente distinguir -como dice Francis Fukuyama -entre el alcance de las actividades estatales, que consisten en las diferentes funciones y objetivos que asumen los gobiernos, y la fuerza del poder del Estado para programar, elaborar políticas y aplicar leyes con rigor y transparencia. A esto último hoy se le denomina capacidad estatal o institucional (F.Fukuyama.2004, 23).

La distinción entre las funciones del gobierno y la capacidad de la fuerza del Estado ayuda a diferenciar los distintos niveles en los que este se expresa. Por un lado está el alcance de las actividades del Estado que se expresa a través de las funciones mínimas, intermedias y dinámicas. Entre las primeras funciones como la defensa del territorio, el respeto a la ley y el orden, la defensa del derecho a la propiedad, la protección de la salud, la lucha contra la pobreza, la disminución de la desigualdad o la gestión de la economía nacional, mientras que las funciones intermedias vendrían a ser algunas como la educación pública gratuita, la regulación de los monopolios, la reglamentación financiera, la protección del medio ambiente, etc. Entre las funciones dinámicas de un Estado se pueden nombrar las políticas de desarrollo industrial y las políticas de desarrollo minero. Por otra parte está la capacidad del estado para elaborar y ejecutar políticas, promulgar leyes y la capacidad del estado para con una determinada burocracia administrar con transparencia y rendición de cuentas la cosa pública.

La capacidad del Estado peruano para dotarnos de una eficiente Administración pública ha sido deficiente a lo largo de la vida republicana. No se han dado en el país serias políticas de reforma institucional. El deterioro de la administración pública ha ido de la mano con el proceso de centralización política del país durante toda nuestra vida republicana. En las tres últimas décadas, sin embargo, algunos ministerios como el de economía o en algunas dependencias como el Banco Central de Reserva han implementado reformas institucionales que han modernizado algunos procesos administrativos de estas instituciones.

Pero los partidos políticos en el Perú han hecho muy pocos esfuerzos para construir Estado -uno de los asuntos de mayor importancia política- para proporcionar orden, seguridad, leyes y derechos de propiedad. Esta situación es fuente de graves problemas en la administración pública, el Estado republicano prácticamente ha fracasado. Carlos Sebastián (2016) denomina una “*colonización*” de la administración pública la forma como los partidos vencedores de unas justas electorales toman por asalto el Estado con sus militantes o simpatizantes, sin apenas dotar a sus futuros funcionarios de una mínima capacitación en la administración pública, debilitando y deteriorando la administración pública vigente.

Los partidos políticos que se hacen del poder ejercen una política clientelar, con el peligro de afectar la poca burocracia cualificada que el Estado necesita para desarrollarse.

El deterioro de la administración pública en el Perú ha ido de la mano con el proceso de descentralización iniciado por el gobierno de Toledo. Esto ha generado un proceso sumamente contradictorio, a tal punto que en estos momentos se encuentra en una situación crítica, debido a los casos de corrupción que afecta a numerosos expresidentes regionales, algunos de ellos purgan condena, otros están en proceso de ser juzgados y otros desaparecidos. Una de las consecuencias de estos procesos de corrupción regional tiene que ver con la poca profesionalización de las administraciones regionales, que no pueden transparentar sus administraciones debido a una fuerte colonización que los partidos políticos ejercen sobre cada una de estas administraciones regionales. Además de proveer algunos bienes públicos a su sociedad, el interés de estos líderes políticos es proveer bienes públicos a sus clientes y apropiarse personalmente de los mismos.

El proceso de descentralización del Estado no ha tenido hasta el momento buenos resultados, sobre todo en lo que concierne a la calidad del aparato administrativo, la forma deficiente como se ha organizado la administración pública regional y la resistencia de los presidentes regionales hoy denominados gobernadores de iniciar un proceso de cambios institucionales.

Esta situación es resultado del modo cómo se está ejerciendo el poder en el Perú, cómo las instituciones públicas son ocupadas por las cúpulas partidarias tanto a nivel nacional como regional que cambian no solo a los altos puestos de la administración, sino a los llamados cargos de confianza ocupados por los allegados políticos del presidente, del ministro nombrado, del dirigente connotado o del congresista oficialista. Como dice Carlos Sebastián se ha producido una auténtica colonización de puestos de mando a través del requisito de la confianza política y personal, lo que supone una patrimonialización de la administración. Las consecuencias negativas van más allá de la pérdida del contrapeso en las decisiones de los políticos, también afecta a la forma de hacer política, pues contribuye a explicar el excesivo reglamentarismo y la escasa atención que los dirigentes políticos prestan a la ejecución de las políticas en el mundo real y a la racionalización de la administración, limitando seriamente la reforma de los procedimientos administrativos. Genera, además, incentivos contrarios a la calidad de los partidos, pues el líder podrá asegurarse la lealtad de los cuadros ofreciendo puestos públicos (Carlos Sebastián, 2016: 109).

Esta suerte de patrimonialismo administrativo ha impedido en nuestro país imponer una nueva visión de cómo debe organizarse institucionalmente el Estado, impidiendo modificar las relaciones en el seno del servicio público. Pero la crisis que afecta a esta administración crea las condiciones más adecuadas para construir un nuevo discurso sobre la gestión pública, que se ha dado en muchos otros países, siendo la propuesta de Osborne y Jable (1992) para los Estados Unidos de Norteamérica una de las más interesantes que nos interesa conocer como un modelo teórico que debe inspirar los cambios a seguir en nuestra administración pública.

A decir de Marcelo Moriconi, la tesis de Osborne y Gabler apunta a que la clase de gobiernos que se desarrollaron durante la era industrial, con sus burocracias “centralizadas y perezosas”, sus preocupaciones por las reglas y las normas y sus cadenas de comando jerárquicas, ya no sirven.

Si bien este esquema cumplió misiones importantes en su tiempo, en cierto punto del proceso histórico se distanció de las necesidades de la población, crecieron demasiado y se volvieron burocracias derrochadoras e inefectivas. Cuando el mundo comenzó a cambiar, no consiguieron amoldarse a los cambios. En definitiva, para Osborne y Gaebler las burocracias jerárquicas y centralizadas diseñadas en los años treinta y cuarenta no funcionan bien en la vertiginosa y cambiante sociedad y economía de los noventa. En breve, estas proposiciones se desarrollarían como una corriente teórica y académica relacionada con los postulados del neoliberalismo (Marcelo Moriconi Bezerra, 2008: 79).

En efecto, más allá del modelo de gestión pública propuesto por Osborne, la nueva gestión pública tiene que entenderse como la necesidad de desarrollar un conjunto de propuestas que permitan reconfigurar el sector público con miras a generar una buena gobernabilidad basada en resultados obtenidos e impactos reales observados.

En opinión de Hood y Jackson el paradigma de la nueva gestión pública se caracteriza por:

- Un cambio de política en la administración, en el sentido de incrementar el énfasis en dirección al costo consciente de la organización del servicio público y de hacer menos hincapié en el desarrollo de políticas.
- Un cambio de la agregación a la desagregación en la organización.
- Un cambio en la planeación y el bienestar que brinda el servicio público poniendo énfasis en la reducción de costos y la disciplina laboral.
- Un cambio en los mecanismos de controles y responsabilidades del proceso de la producción (sobre todo mediante el desarrollo de métodos cuantitativos de medición del desempeño y la eficacia).
- Una separación de la provisión y la producción en la política pública (Marcelo Moriconi, 2008).

Los ministerios son las instancias desde las cuales se establecen los contratos de provisión de productos y servicios con una pluralidad de agencias desconcentradas, donde los responsables (jefes) tienen toda la libertad para actuar sin que en medio esté presente (aunque no ausente) el poder del Estado. De este modo los ministerios (agencias públicas) pueden ser concebidos como un organismo (empresa) privado que busca asegurar el mejor rendimiento de su presupuesto y la eficiencia del servicio prestado.

En esta moderna concepción de la gestión pública, los directivos de los organismos públicos (ministerios) tienen que ser considerados como unos verdaderos gerentes de empresa a los que se les concede una gran flexibilidad para la realización de su trabajo para evaluar su gestión a partir del rendimiento; es decir, el modo cómo gastan el presupuesto público para obtener un buen producto. Por ello es urgente iniciar un proceso de reformas administrativas ceñidas a nuestra realidad para evitar los graves errores de reformas que cometieron algunos países latinoamericanos. Aunque emprendimos algunas reformas parciales en uno y otro gobierno pasado, ningún gobierno hasta hoy se ha propuesto iniciar una verdadera reforma de la gestión pública.

Al plantear la necesidad de profesionalizar el cuerpo de funcionarios que trabajan para el Estado mediante el enfoque meritocrático, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo fue una de las primeras instituciones en proponer una propuesta de nueva gestión pública para América Latina. Un punto importante de esta propuesta es la creación de un cuerpo de funcionarios públicos altamente especializados en el seno del Estado, encargados de formular las grandes políticas públicas que exige el desarrollo del país, al mismo tiempo que se ocupan de las actividades de regulación y de control del suministro de los servicios públicos. Una élite pública como la que propone este Centro Latinoamericano sería muy importante para los países emergentes, puesto que estos funcionarios no estarían comprendidos básicamente en el juego de los intereses políticos de los partidos ganadores de un proceso electoral. Estos funcionarios públicos estarían protegidos de las interferencias políticas, permanentemente entrenados, bien remunerados y bien motivados. Este podría ser uno de los primeros pasos hacia la construcción de una masa de funcionarios públicos que desempeñen su labor bajo un modelo de carácter gerencial. Aunque el Estado no es una empresa, la actividad pública sí se puede tornar más empresarial. Las actividades de las empresas ciertamente tienen fines lucrativos, mientras que los fines de una institución pública de carácter empresarial actúan de conformidad a los intereses públicos. Como dicen los autores de este informe la legitimidad de una empresa resulta de su supervivencia en la competencia en el mercado, en tanto que los gobiernos se legitiman por la vía democrática (CLADE 1998:10).

Debido a un mal gobierno el partido que se encuentra en el poder difícilmente será reelegido al término de sus funciones. Muchos partidos que llegaron al poder con enormes expectativas, al término de sus gobiernos abandonan el poder totalmente desacreditados porque no lograron satisfacer las demandas más elementales de los ciudadanos. En este caso se debe tener en cuenta que los políticos también se orientan por el deseo de ser electos y los burócratas pueden ser capturados por los intereses económicos. Pero es la necesidad de tener que pasar por el escrutinio democrático lo que hace a la acción de políticos y burócratas pasibles de control público (CLADE, 1998:10).

Por ello el CLADE considera que una reforma de la administración pública debe apuntar a estructurar una administración caracterizada por: a) la flexibilización organizacional capaz de hacer más ágiles a los gobiernos; b) el montaje de una red de relaciones más democráticas entre la prestación de los servicios públicos y los ciudadanos-consumidores; c) la implantación de un modelo

contractual y competitivo de acción estatal, a partir del cual se pueda aumentar la eficiencia y la efectividad de las políticas (Marcelo Moriconi, op.cit.).

Se trata de buscar en la administración pública la eficiencia y efectividad de las políticas, optimizando en países pobres como el nuestro los escasos recursos con los que cuenta el país para atender a millones de ciudadanos, la mayoría de ellos desprovistos de los más elementales servicios como el agua, salud, salubridad, educación de calidad y otros.

Por ello los principales problemas en el estudio de la administración pública se concentran principalmente en el estudio de los factores subjetivos que motivan a los funcionarios públicos a comportarse de una o de otra manera, a organizarse para la actividad administrativa, la ecología de la administración y sobre todo la relación de la administración con la política. El sistema político es determinante porque las decisiones de la autoridad definen el modo como debe organizarse la institucionalidad en el país. El gobierno es el mecanismo a través del cual se toman las decisiones, se identifican los problemas, se proponen y se administra la cosa pública.

Como una instancia que contribuye a mantener el orden en la sociedad, la administración pública se articula con la sociedad, introyectando buena parte de sus conflictos y contradicciones. Se sostiene que la actividad del Estado es el resultado de las correlaciones políticas de las fuerzas sociales, renovando su actuación según el sentido de tal correlación. Como se postula que el Estado contiene a la administración pública, esta última tenderá a acompañar al Estado en su relación con el equilibrio de fuerzas imperante (Gustavo Blutman 2009: 35). Los sistemas de administración pública existentes en el Estado se presentan como sistemas sociales complejos y diferenciados que se articulan con los diferentes grupos sociales existentes en la sociedad.

Por el hecho de incorporar en el estudio de las administraciones públicas a las diferentes fuerzas sociales y los actores políticos involucrados surgen nuevas corrientes como el neo-institucionalismo, neo-Weberianismo, neo-públicas y otras que buscan romper con la tradicional corriente estructural-funcionalista. Esta considera a la administración pública como una entidad que tiene como principal función aplicar las leyes del Estado y no incorporan en el análisis de la administración pública los factores sociales y los actores políticos involucrados en la gestión pública.

Se puede constatar que no hay una, sino muchas corrientes de pensamiento que proponen distintos modelos de administración pública. Marcelo Moriconi presenta 4 corrientes importantes desde la aparición de la nueva gerencia pública. Moriconi (op.cit.) habla de una corriente denominada nueva gestión pública, el neo-Weberianismo, la gerencia social y la corriente neo pública.

La corriente nueva gestión pública pone énfasis en la importancia del mercado, la desregulación y la flexibilización laboral, así como en un Estado descentralizado, una evaluación por resultados, un control por incentivos y premios monetarios salariales y un criterio universalista.

La corriente neo-Weberiana también pone énfasis en la importancia del mercado, la administración civil de carrera, un Estado descentralizado, evaluación por resultados, control mixto por premios salariales y énfasis en el servicio público y tiene un criterio universalista.

La corriente de la gerencia social pone énfasis en el mercado y en el aspecto social, en el Estado descentralizado, la evaluación por resultados a posteriori, en el perfil social del gestor y un análisis de coyuntura.

La corriente Neo-pública pone énfasis en el mercado y los valores públicos, la creación de una cultura administrativa y ética pública, un Estado descentralizado, una evaluación por resultados a posteriori, en valores éticos y resultados, tanto en lo referente a la eficiencia coste-beneficio como al cumplimiento de leyes, objetividad y participación, y análisis de coyuntura.

Gustavo Blutman (op. cit) habla de 4 modelos además de los modelos tradicionales conocidos. El primer modelo está basado en la importancia de los mecanismos de mercado para la administración pública. Particularmente el reemplazo de la burocracia por mecanismos de mercado, al menos donde sea posible una solución eficiente, como los outsourcing, remates, privatizaciones y otros mecanismos. En este modelo el Estado que sigue siendo administrado por los agentes públicos debe rediseñarse para tener una forma de mercado, tanto cuando se contrata con incentivos generando competencias entre organismos públicos como con los mercados internos. En este modelo el Estado sigue ejerciendo funciones que no pueden ser subcontratadas, como por ejemplo la regulación. El modelo de un Estado mercado, sin embargo, puede llegar a generar costes adicionales al Estado por la duplicación de funciones de los organismos públicos que compiten entre sí y por el aumento de los gastos de coordinación de una estructura estatal de carácter regional.

En el segundo modelo, llamado participativo, tiene como objetivo la búsqueda de decisiones colectivas que mejoren el funcionamiento de la democracia, aun a expensas de aumentar el costo de funcionamiento del Estado. Es un enfoque que va de la ciudadanía hacia la clase política, que busca generar el empoderamiento de los empleados públicos, involucrándolos en la toma de decisiones que los afectan.

El tercer modelo se propone generar un gobierno flexible o desregulado. La preocupación principal es crear un marco en el cual los gerentes gerencien las distintas dependencias públicas con libertad. La idea parte del hecho que en otras administraciones han exagerado el reglamentarismo, muchos códigos y leyes que han generado una verdadera máquina de impedir eficientemente a la administración, lo que evita la resolución de problemas públicos concretos. Lo que aquí se propone es generalmente sustituir esta abultada burocracia por los mecanismos de mercado para dinamizar la administración pública. Aquí se debe tener en cuenta que hay determinadas funciones que solo pueden ser desempeñados por el Estado. En este modelo no se trata de disminuir las labores gubernamentales sino dar mayor libertad a los gerentes públicos, para que estos puedan

responder adecuadamente a los cambios. Conceptos como emprendimiento, creatividad o innovación figuran en el bagaje teórico de estos gerentes públicos.

El cuarto modelo es el llamado *New Public Management* o nuevo gerenciamiento público. Este modelo encierra en sí mismo distintas corrientes teóricas. La primera es la experiencia que bajo este concepto se ha dado en Nueva Zelanda y Gran Bretaña, se caracteriza por la aplicación del modelo de mercado a la función pública. El segundo modelo tiene su origen en los Estados Unidos y está asociado al concepto de reinención de gobierno o *reinventing government*. El objetivo es transformar los modelos burocráticos, incorporando en la administración pública el espíritu empresarial. En este modelo se rescata el pensamiento y la práctica empresarial de donde surgen las ideas de calidad total y el concepto de cliente como conceptos fundamentales para atender a los ciudadanos (Gustavo Blutman, 2009).

En este tipo de modelo administrativo se da prioridad a la incorporación en la administración pública de las herramientas administrativas del sector privado para recrear en el ámbito público condiciones similares a las del funcionamiento de los mercados. La mayor parte de las tecnologías sugeridas aparecen como respuestas creadas y desarrolladas por el sector privado frente a las exigencias del mercado y obedecen a preocupaciones tales como la tasa de rentabilidad, la obtención de resultados, los costos, las inversiones, el grado de competitividad, la orientación al cliente y la preocupación por la eficiencia, en tanto criterios que empresarios y gerentes deben constantemente promover y desarrollar para asegurar la adaptación de sus organizaciones a los entornos cada vez más competitivos. Dadas estas características para el *management* privado resulta prioritario el uso de técnicas mayoritariamente inclinadas hacia el cálculo, la cuantificación y la elaboración de indicadores (Gustavo Blutman, 2009: 63).

Desde el punto de vista del gerente público, el objetivo de este modelo es mejorar los servicios públicos que las distintas dependencias del Estado prestan a los ciudadanos.

El propósito en este modelo - como lo dice Blutman (op.cit.)- es la implementación de políticas públicas como es el caso de la gerencia pública tradicional. En este último caso el centro de la atención se dirige al ciudadano o a la comunidad, mientras que el modelo de management privado el eje de la preocupación es el ciudadano, no como elector sino como cliente. Lo que implica que el concepto político de ciudadano es reemplazado por una categoría del mercado como el de cliente a quien se le debe prestar un servicio de calidad y eficiente.

Esta conceptualización de la administración pública da lugar a una clara diferenciación entre la administración pública y la política. La política comprende el ámbito del ejercicio del poder en el ámbito de las decisiones políticas. La administración pública, por el contrario, se refiere al ámbito de la implementación de las políticas que hacen los funcionarios públicos. En este caso el rol del político y su campo de trabajo (poder) está bien delimitado en relación al campo de la administración pública que busca implementar las políticas públicas. De allí que esta última concepción esté

más estrechamente ligada a la idea de tercerización de los servicios como un método de ejecución de las políticas y definición de metas que se proponen los gerentes públicos.

Esta nueva manera de gerenciar la cosa pública se sustenta en herramientas y dispositivos que se emplean en el mercado y que exitosamente pueden ser traspasados a la gestión pública. Entre los principios que ordenan este gerenciamiento público bajo el espíritu empresarial podemos sugerir los siguientes:

- La idea de superar el paradigma tradicional evitando la excesiva obediencia, el secreto, la normatización de las acciones;
- El gerente público debe tomar decisiones rápidas en situaciones complejas;
- Una clara separación de las funciones políticas de las administrativas;
- No distinción de las actividades propias del Estado de las de la sociedad (privatizar todo lo privatizable);
- Creación de agencias para programas específicos con plazos y metas y en base a contratos y evaluación de desempeño;
- Gestión por resultados y búsqueda de aumentar la calidad (Gustavo Blutman, 2009: 65,66).

La idea es que todos estos principios inspiren un modelo de Estado diferente al Estado tradicional burocrático, anquilosado y atrasado. Un Estado eficiente, innovador, efectivo, enfocado en el ciudadano como un cliente a quien tiene que atenderse de manera eficaz, rápida y segura como si se tratase de un cliente de una empresa privada altamente competitiva en el mercado nacional y mundial.

A partir de la idea central de buscar la eficacia en la administración pública para dar viabilidad a la gobernabilidad democrática en distintos países, principalmente en los más desarrollados, se proponen distintos modelos de innovación de la administración pública. El motor de estos modelos de innovación pública está basado en los conceptos de eficiencia, eficacia, liderazgo y economía. Casi todos los modelos de innovación pública proponen la separación de la política y la administración, considerando que esta última podría seguir un rumbo diferente a la del poder, el que por su propia constitución no puede operar rápidamente grandes cambios a nivel del Estado. La administración, en cambio, por desenvolverse en la esfera cotidiana genera rápidamente en los procesos administrativos satisfacción o insatisfacción de los ciudadanos. Lo que subyace a muchos de estos modelos es una suerte de supresión de la política en el manejo de la cosa pública, en el supuesto de que un buen gobierno podría hacerse sin política. Un nuevo modelo de gerencia pública o gerencialismo, como así se conoce estos nuevos enfoques de gerencia pública, se impone como consecuencia de importantes giros ideológicos liberales en muchas democracias Europeas y en los Estados Unidos, los que terminaron por imponer una nueva visión sobre cómo debe organizarse institucionalmente el Estado y modificar así las relaciones en la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos. Pero esta situación no tiene por qué confundirse con el achicamiento total del Estado y el predominio del mercado sobre las relaciones de poder. De lo

que se trata en este caso -como dice Arellano- es de reformular los presupuestos metodológicos del gerenciamiento público para reconfigurar el sector público con miras a generar gobiernos que sustenten su actuación en términos de resultados obtenidos y de impactos reales observados (Marcelo Moriconi, 2008: 80).

Se trata de un modo de actuación del Estado para mejorar la gobernabilidad. Fukuyama sugiere superar la perspectiva **NORMATIVA** (legal) como un modo de incentivar las motivaciones deficitarias de los funcionarios del gobierno con incentivos antes que mediante un complejo y cambiante conjunto de normas. Por esta razón, un enorme volumen del trabajo que se está realizando en estos momentos para mejorar la gobernanza pretende alinear los incentivos de los agentes y los principales. El método empleado generalmente para alcanzar este objetivo radica en fomentar una mayor transparencia en las actividades de los agentes (un eufemismo empleado para referirse al control de su conducta) y obligarles mediante recompensas y sanciones a rendir cuenta de sus acciones. Buena parte del trabajo de la escuela de elección pública consiste en elaborar acuerdos consustanciales y legales que minimicen la captación de rentas y otro tipo de costes de agencia. Otro sistema -de mayor viabilidad en el sector privado que en los organismos públicos- consiste en unir a propietarios y directores mediante la concesión a los agentes de opciones sobre las acciones u otras formas de participación en los beneficios de la propiedad (F. Fukuyama, 2004: 80).

No se conoce en la gestión pública un caso de concesión de acciones u otras formas de participación de los funcionarios públicos en los beneficios de la “propiedad”, porque el Estado no es una empresa donde los ciudadanos o los administradores pueden tener acceso a determinadas formas de participación en la propiedad. La propiedad estatal no pertenece a un individuo en particular sino es de “todos para todos”. Esta situación no descarta en absoluto, sin embargo, el empleo de recompensas a los funcionarios para hacer más efectivo su trabajo.

Según Salas (2003), un Estado como el nuestro es reflejo de la sociedad y si en esta hay altos índices de corrupción, lo más probable es que hallemos elementos de corrupción no sólo en sus estructuras burocráticas, sino también en empresarios, sindicalistas y otros dirigentes corporativizados que no intentan modificar el sistema porque les resulta funcional a sus propósitos (Salas, 2003: 10).

En nuestro país, el comportamiento de los funcionarios públicos no está exento de formas de comportamiento indeseables. El ausentismo, la falta de atención al enfermo, la venalidad o el nepotismo está en casi todas las esferas de la administración pública, determinando la imperiosa necesidad de reestructurar la administración. No obstante que los discursos políticos proponen reformas, la mayoría de las veces estas nunca se emprenden o se emprenden parcialmente cuando de lo que se trata es de adoptar un enfoque en profundidad, que permita reestructurar toda la burocracia pública para que se pueda gerenciar la cosa pública con eficacia.

En los países Europeos y los Estados Unidos que han llevado a cabo reformas administrativas en profundidad, el cambio administrativo ha coincidido con el auge de la economía dando lugar a la modernización de estos estados y a la imperiosa necesidad de pasar de un Estado burocrático y tradicional a un Estado liberal y moderno, que les ha permitido trazar el camino por el cual discurren estos países por el siglo XXI. El gran reto de un país y un Estado pobre como el nuestro, con serias dificultades económicas, es tener una administración eficaz. Pero para lograrlo tendríamos que contar con los recursos y la voluntad política de nuestros gobernantes. La encrucijada en la cual se ve inmerso nuestro país es fatal. Tenemos poco dinero para gastar, pero quisiéramos servir cada vez mejor y al mayor número posible de compatriotas con eficacia. Para ello cualquiera que sea nuestro nivel de desarrollo económico tenemos que optimizar nuestros escasos recursos, a la vez que se tiene que dar prioridad al servicio público que se presta a los ciudadanos.

Uno de estos servicios prioritarios en nuestro país es la seguridad ciudadana, es decir la protección física de los ciudadanos de las amenazas delincuenciales que en la actualidad están afectando a todos los niveles de nuestra sociedad. Tratándose de un sector crucial del desarrollo del país tienen que modernizarse los procesos de implementación administrativa de las políticas de seguridad que hacen los funcionarios públicos, porque resulta prioritario proporcionar a los ciudadanos los mejores servicios policiales para la defensa física de las personas. La mayoría de los ciudadanos en este país esperamos una prestación de servicios públicos de calidad y tratándose de la protección física de nuestras vidas, las exigencias de estos servicios son aún mayores. Cualquiera que sea el nivel de criminalidad alcanzado en el país, la acción fundamental del Estado es la implementación de un modelo de acción del Estado que permita aumentar la eficiencia y efectividad. Mientras más pueda recrear el ámbito público las condiciones similares al funcionamiento del mercado. Y mientras más pueda la gestión pública hacer uso de técnicas mayormente inspiradas en el cálculo, la cuantificación y la elaboración de indicadores, el concepto político de ciudadano será reemplazado por el concepto de cliente, totalmente ligado al mercado. Porque cuando se busca la eficiencia en la atención al ciudadano tiene que hacerse con herramientas y dispositivos que se emplean en el mercado para garantizar una administración pública eficaz. La administración de procesos de implementación de políticas públicas que incorporan herramientas y dispositivos de mercado traslada a la administración pública preocupaciones de la lógica de mercado tales como la obtención de resultados, presupuesto por resultados, tasa de rentabilidad, grado de competitividad, orientación al cliente, preocupación por la eficiencia y otros.

La concepción de gestión pública inspirada en el espíritu empresarial busca superar las premisas de la organización burocrática que mayoritariamente rige la gestión administrativa gerencial del sector público. Se trata de cuestionar la forma tradicional y burocrática de funcionamiento de la administración, reemplazándola por otra más eficiente y eficaz capaz de prestar los servicios que los ciudadanos esperan. Los ciudadanos quieren que sus gobiernos funcionen, que sean más productivos y que su moneda tenga rentabilidad.

Existe una gran diferencia entre la empresa privada y la administración pública. Introducir cambios en el seno de la administración pública a partir de la lógica del mercado no significa que los organismos públicos se conviertan en una empresa privada ni actúen como ella. Los organismos públicos están inmersos en la lógica del poder, mientras que los negocios habitan la economía de mercado. Las organizaciones privadas están en el seno de sistemas de mercado altamente funcionales, mientras que los organismos públicos se encuentran en un sistema político regido por las relaciones de poder. De lo que se trata aquí es de transformar los organismos y los sistemas públicos, con instrumentos y dispositivos ligados al mercado que produzcan y generen mejoras espectaculares en su eficacia, eficiencia, adaptabilidad y capacidades para innovar, cambiando los incentivos, los propósitos, las responsabilidades y la cultura de la vieja burocracia tradicional por una administración pública que mejore los procesos de implementación de las políticas públicas.

El proceso de transformación de la administración pública consiste en sustituir los sistemas burocráticos públicos por sistemas empresariales públicos, que innoven de forma habitual y mejoren continuamente su calidad sin necesidad de que este proceso se lleve a cabo obligado, sino al contrario de manera natural.

Estos cambios tienen que ir desarrollándose a medida que el país se moderniza, porque este tipo de procesos difícilmente puede ejecutarse en un modelo de gobierno de tipo oligárquico. Debe tenerse en cuenta que los cambios en la administración pública corren paralelos a los cambios que se dan en la economía nacional y mundial. El proceso de globalización nos obliga a ser cada vez más eficientes, porque el mundo de hoy es sumamente competitivo. Si queremos participar ventajosamente en este proceso mundial, del cual no parece excluirse ningún país en el mundo, tenemos que ser eficientes y eficaces para insertarnos en el mundo global animado por una gran actividad cognoscitiva y de plena información. Este contexto exige un nuevo tipo de instituciones públicas que no va de acuerdo con los viejos gobiernos burocráticos anclados en una gobernabilidad de la era industrial. Es importante comprender que la administración pública, para ser competitiva en el nuevo mercado global, tiene que transformarse cualquiera que sea su situación. Luchar para adaptarse a un inmenso océano de cambios que se está dando en el mundo. Los modelos burocráticos que vienen funcionando en la administración pública de nuestro país lo vienen haciendo no por eficientes, sino porque vienen resolviendo los problemas a su modo. Prestan los servicios básicos a la gente, atienden a su modo los servicios de salud, educación, seguridad de las personas, desempleo, justicia, carreteras, escuelas y otros. Pero el mundo en el cual está inmerso hoy el Perú, es un mundo de cambios veloces, un mercado global que presiona al alza en calidad de servicios y productos, donde la mayoría de la gente, incluidos aquellos de los lugares más recónditos acceden a la información con rapidez.

Se sabe que la economía está basada en el conocimiento y los trabajadores exigen o trabajan en autonomía, los consumidores buscan gran calidad y amplias opciones que exigen tener instituciones flexibles, adaptables, eficaces, productivas y responsables con los clientes. En otras palabras,

se necesitan instituciones eficaces, que no solo se limiten a servir a los clientes sino que produzcan mejoras espectaculares en su eficacia, capacidades para innovar cambiando su propósito, sus incentivos, su responsabilidad, sus estructuras de poder y su cultura.

El modelo burocrático funciona no por eficiente, sino porque resuelve a su modo los problemas básicos de la gente; funciona si las tareas son relativamente simples, los consumidores aceptan los servicios y las deficiencias en la calidad las toman como naturales. La nueva realidad globalizada del país complica la vida de estas instituciones burocráticas tradicionales herederas de regímenes políticos oligárquicos y populistas. Por ello la burocracia tradicional ya no nos es útil.

Desde la década de los 90, el país fue modernizándose. Al mismo tiempo que se generan importantes cambios en su economía y forma parte de organismos económicos y políticos internacionales, lo viejo burocrático deja de ser útil y comienzan a darse medidas parciales para renovar los organismos públicos, impulsando a los gobiernos a partir de la década de los 90 a tener que impulsar cambios. Las medidas a lo largo de estas últimas décadas siempre han sido parciales, ningún gobierno ha emprendido un cambio en profundidad de la gestión pública. Ninguno de los presidentes del país, menos los gobernadores regionales, ni los alcaldes han buscado vías alternas para prestar servicios más eficientes a sus clientes; a pesar de las crecientes demandas ciudadanas, que presionan por una calidad en la prestación de los servicios, estos se encuentran inmovilizados por el control burocrático ante una sociedad cada vez más demandante de servicios y con necesidades muy diversas y heterogéneas, que exigen nuevas lógicas de integración y funcionamiento de los organismos públicos bajo el espíritu empresarial.

Están equivocados quienes piensan que este proceso de innovación de la administración pública implica que el gobierno debe funcionar como una empresa. Este no es el caso porque gobierno y empresa son en esencia dos cosas muy diferentes. Gobierno y empresa no tienen los mismos objetivos ni los mismos móviles, ni sus fuentes de ingreso son las mismas. A diferencia de los empresarios, la administración pública está abocada a tomar en cuenta el interés general de las personas y de ningún modo el interés de uno solo o de un grupo en particular. A diferencia de los empleados empresariales, los empleados públicos ven los riesgos y las recompensas de modo distinto que los privados, porque la misión fundamental de un gobierno no consiste en ganar dinero, sino hacer el bien común y no enriquecerse. La preocupación general de un gobierno es servir o intentar servir de manera igual a todos, con independencia de las posiciones y situaciones ideológicas, económicas o sociales. En la administración pública no se pueden alcanzar los mismos objetivos que en una empresa, porque esta última es de carácter estrictamente mercantil. A pesar de encontrar muchas similitudes entre la gestión pública y la gestión empresarial, la teoría de la administración de una empresa no es suficiente para administrar la cosa pública. Administrar un gobierno en términos empresariales no significa, sin embargo, que el gobierno se torne una entidad privada. El gobierno ciertamente no puede actuar como una empresa, puesto que está sostenido por principios democráticos. Cuando un gobierno no está sostenido por estos principios, como así ocurre en los regímenes autoritarios u oligárquicos, la democracia se desnaturaliza porque esta sirve a los

intereses de una o unas cuantas familias, en desmedro de las grandes mayorías, como ha ocurrido en el Perú, en la década de los años 30, 40 y 50 del siglo pasado.

Aunque los distintos gobiernos que se han sucedido en el Perú, después de la década de los 90, han intentado ejecutar algunas reformas administrativas, siguen aferrados a ideas obsoletas en el campo de la gestión pública. La mayoría de los líderes políticos siguen sujetos al viejo modelo burocrático de administración del Estado y defienden en unos casos la reducción del Estado (neoliberales) y en otros la ampliación de este, en todos los campos de los servicios públicos o el recorte de un programa o la expansión de otro, pero ninguno de ellos trata sobre lo obsoleto que ha quedado nuestra administración pública porque el problema principal es la forma cómo se ejerció y se ejerce el poder. Desde que se ha instaurado la democracia, el ejercicio del poder dice Carlos Sebastián (2016) ha tenido tres características que se han ido manifestando de forma creciente: la ocupación de instituciones públicas por parte de las cúpulas de los partidos políticos, una forma de hacer política dominada por un marcado clientelismo y por intereses corporativos, y una devaluación de la producción legislativa, consecuencia de otorgar un gran rédito político a la producción publicitada de una nueva ley y poco valor al cumplimiento de la misma y al análisis de los incentivos que la norma genera. A la devaluación de las leyes también han contribuido los frecuentes incumplimientos de las mismas por la propia Administración (C. Sebastián, 2016:21).

Esta forma de ejercer el poder no ha resuelto hasta hoy la burocratización de los organismos y sistemas públicos. Los problemas que quedan pendientes en este campo son muchos, pero podríamos nombrar algunos elementos innovadores que permitirían superar esta vieja burocratización de la administración pública. Nos referimos, por ejemplo, a la necesidad de promover la competencia entre proveedores, redefinir a los usuarios como clientes y no como “ciudadanos”, prever los problemas y no esperar que estos ocurran para proporcionar el servicio requerido, descentralizar la autoridad mediante la gestión participativa y sobre todo preferir los instrumentos y dispositivos de mercado antes que los mecanismos burocráticos. En cada uno de estos principios subyace una nueva forma de entender el gobierno, un nuevo modelo coherente de gobierno inspirado en las experiencias exitosas de las organizaciones de mercado, que trasladadas al sector público permiten reinventar la gobernabilidad, dejando de lado los gobiernos burocráticos, tradicionales que afectan el desarrollo del país. El problema medular que nos mantiene en una situación de atraso y subdesarrollo es el tipo de gobierno deficiente que hemos tenido a lo largo de nuestra vida republicana.

Para superar este problema necesitamos una nueva gestión gubernamental inspirada en el espíritu empresarial, llamado también gobierno empresarial, que produzca más, pero con menor costo; que priorice las necesidades y exigencias de los clientes en la prestación de los servicios públicos, que empodere a los empleados en la toma de decisiones para romper con la jerarquización burocrática de las instituciones públicas y acabar con la tramitología y papeleo innecesario en casi todos los niveles del sector público.

Llevar el espíritu empresarial al sector público tiene que hacerse de manera crítica, evaluando en cada sector los impactos positivos y negativos de este tipo de gerencia pública que se quiere implantar.

El manejo de los recursos y los gastos, preocupación básica de cualquier organismo público y privado, aplicado a un presupuesto por programas o resultados ha sido enormemente beneficioso para el manejo del presupuesto público, porque en lugar de centrarse en los productos de las actividades lo hace en los resultados o los objetivos, es decir la necesidad de lograr calidad o efectividad en la producción del servicio que se está promoviendo. La idea del presupuesto por resultados, por el modo como se usa supone la posibilidad de ofrecer a los administradores y legisladores una mayor información objetiva sobre el gasto público. Este tipo de información orienta las decisiones de los legisladores, en cuanto a la asignación de nuevos o mayores recursos para el sector, que ha hecho un buen uso de su presupuesto en beneficio de los usuarios. La asignación de los recursos y los egresos con objetivos identificables hace de este instrumento un magnífico recurso para responder con agilidad y eficiencia a las demandas de los usuarios. El desarrollo de un presupuesto por programa o resultados requiere de una gran habilidad administrativa empresarial.

Lo que debe tenerse en cuenta es la pasión por la eficiencia que debe tener la administración pública. El desarrollo de una nueva gestión pública exige nuevos retos, tanto en la comprensión como en la práctica de la administración de lo público. Lo que tiene que comprenderse es que estos cambios en la gestión administrativa del sector público influyen en dos dimensiones de la actividad del gobierno. Por un lado, en la redefinición de las funciones del Estado a partir de la acotación de su campo de acción en la llamada reforma del Estado y, por otro, las posturas con las que se pretende dar solución al viejo problema de hacer la tarea del Estado más eficiente y eficaz. Esta corriente basa su análisis y propuesta en dos pilares dominantes que le pueden proveer legitimidad. Se ha retomado el liberalismo económico y la corriente de “elección racional” a partir de las cuales se sustentan las prescripciones sobre el tamaño del aparato del gobierno, así como el comportamiento de los individuos (tanto burócratas como consumidores). La segunda es la teoría de la organización, con la que se da soporte a propuestas como autonomía de gestión, evaluación por indicadores de desempeño, desarrollo del liderazgo de gerentes, cultura organizacional, etcétera (David Arellano, 204: 144).

Encontramos aquí una suerte de retorno del gobierno a la sociedad, la búsqueda de atender a los ciudadanos en sus demandas de manera eficiente, lo que pasa por la modernización de la administración pública en la que los gerentes públicos juegan un rol dinamizador de las tareas del Estado. Ante una sociedad más demandante y con necesidades diversas y heterogéneas, el Estado aparece como una institución que tiene que redefinir sus tareas para ser más eficiente y eficaz, dando en estas circunstancias una mayor libertad de acción a los gerentes encargados de las dependencias gubernamentales para desarrollar una nueva cultura organizacional.

Cabe reconocer, sin embargo, la necesidad de ejercer control sobre los gerentes que adquieren mayor discrecionalidad para disponer y hacer uso de los recursos públicos. A este dilema se ha respondido con la vieja idea de que la moral de los servidores públicos obligaría a que la libertad de acción de los gerentes públicos se encaminará a dar respuestas más ágiles a las problemáticas y demandas de la sociedad. Por otra parte, se ha buscado evaluar a los funcionarios por indicadores de su desempeño más que por el cumplimiento de reglas y procedimientos rígidos. Así se cumple con la prescripción de evaluar los impactos de los productos de las organizaciones en la solución de los problemas que se atacan (David Arellano, 2004: 145).

En esta propuesta de gestión pública inspirada en el espíritu empresarial radica la gran apuesta por solucionar los problemas de gestión pública con mecanismos derivados de la lógica de mercado, basada en mecanismos de administración de calidad o de reingeniería de procesos. Pero lejos de esperar que este proceso implique exclusivamente adaptar la administración pública a entornos competitivos; la gestión pública, así como el papel económico del Estado, la relación entre el Estado y la sociedad, el redimensionamiento de lo público, involucra aspectos de orden político complejos que pasan por una profunda reforma del Estado. La complejidad política que implica una reforma del Estado comprende una serie de contradicciones o dilemas que no pueden fácilmente resolverse, sobre todo en el campo de la administración pública, donde tenemos que asistir probablemente a la presencia de un determinado tipo de gobierno que combine el uso de mecanismos de gestión burocráticos (como los de la propuesta ortodoxa) y las herramientas gerenciales que le den a la administración pública nuevas posibilidades de adaptación a los contextos turbulentos y altamente complejos que caracterizan a la función pública (D. Arellano, 2004: 147).

En un país como el nuestro, con una dinámica de funcionamiento lento del Estado, por la complejidad política difícilmente se puede trasladar a toda la administración pública herramientas y dispositivos que se emplean en el mercado. Hace falta llevar a cabo profundas reformas del Estado.

Pero este mismo Estado, frente al límite extremo de los mecanismos de gestión burocrática en determinados sectores de la gestión pública, tiene que resolver la presión de las demandas de servicios (antes que este colapse) con nuevas herramientas de gestión que le den a la administración pública la posibilidad de superar los estados burocráticos, adaptándose de la mejor manera posible a nuevos instrumentos de gestión. En este caso será imprescindible rediseñar en este u otro sector una nueva configuración del espacio público, con nuevas herramientas gerenciales para hacer la tarea del Estado más efectiva.

Este hecho nos lleva a rediseñar el espacio público ministerial del sector de Interior con nuevas propuestas de autonomía de gestión en el campo de la salud, la vivienda, la administración de los colegios policiales, la tercerización del servicio de patrulleros y una propuesta también tercerizada de una vigilancia policial satelital. La prestación de los servicios en los distintos espacios públicos ya ha colapsado, es decir no hay solución a las demandas a través del sistema de gestión burocrática, por lo que es necesario hacer uso de los mecanismos de gestión de mercado, tales

como la autonomía de gestión, evaluación por indicadores de desempeño, desarrollo del liderazgo de gerentes, cultura organizacional y otros, en tanto no se dé una solución acabada al viejo problema de las tareas que tiene que cumplir el Estado.

El patrullaje motorizado con el uso del automóvil aventaja a todos los demás métodos generales de patrullaje, porque la velocidad permite una respuesta rápida a las demandas de servicios de emergencia y la posibilidad de cubrir grandes zonas geográficas. Puede dar cabida a otros oficiales, detenidos, ropa extra, un radio, una computadora, armas adicionales, pertrechos de control de disturbios, un extintor, un maletín de primeros auxilios y otras clases de equipo, lo que convierte a la patrulla en una oficina policiaca móvil (J. J. Fyfe y otros, 1997: 604).

Las ventajas del automóvil en el control de la delincuencia, como se puede ver es vital, lo que exige a cualquier gobierno mantener una importante flota de miles de patrulleros para asegurar las operaciones de seguridad ciudadana. Pero la gran dificultad no está en la calidad de la máquina, sino en su mantenimiento, es decir en la reparación permanente de estos vehículos que por el exigente uso requiere un cambio rápido de pertrechos. Este servicio no lo puede dar una institución policial, porque el mantenimiento de unidades motorizadas no es una especialización de la policía. En estas condiciones es sumamente difícil, para una institución policial cuyas funciones son totalmente diferentes al del mantenimiento de sus diversas flotas motorizadas, seguir operando con el sistema de compra de vehículos si no tienen el mantenimiento adecuado.

Por ello se tiene que plantear una profunda modernización en la adquisición de estos vehículos, radicalmente distinta en su concepción y manejo, porque la prestación de este servicio, el patrullaje motorizado, requiere un nuevo enfoque centrado en la llamada tercerización de este servicio, la que puede revitalizar el aparato administrativo de la Policía Nacional del Perú para actuar de manera eficiente, eficaz y con legitimidad. La tercerización del servicio es una alternativa a la que ofrece la administración pública tradicional, es decir la compra de patrulleros, una alternativa que puede solucionar de manera efectiva los mecanismos atrasados de una administración pública mediante soluciones viables y de reformas efectivas.

Para tener una administración pública eficiente se tienen que dar mecanismos de gobernanza y políticas que estén orientadas a generar profundos cambios al nivel del gobierno cualquiera que este sea, porque este es el único capaz de transformar el comportamiento de las instituciones y organizaciones gubernamentales. El proceso de cambio de la administración pública no es un proceso exclusivamente técnico, ya sea de diseño institucional o de diseño gerencial. Se trata más bien de un proceso estrictamente político a través del cual se revalorarán las reformas que implican un cambio en la administración pública.



La existencia de la hipoteca predial minera y naval en el Perú está supeditada a que tanto el bien inmueble como la garantía hipotecaria sean debidamente registradas para que existan (Vista de un asiento minero).

**ASPECTOS JURÍDICOS REGISTRALES DE LA HIPOTECA
PREDIAL, MINERA Y NAVAL EN EL PERÚ:
CONSTITUCIÓN, VIGENCIA Y EXTINCIÓN**

***LEGAL ASPECTS OF REGISTRY OF MORTGAGE
PROPERTY, MINING AND MARINE IN PERU:
CONSTITUTION, VALIDITY AND EXTINCTION***

David Rubio Bernuy (*)

Recibido: 14 de mayo de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

CONTENIDO: I. Antecedentes. II. Bienes susceptibles de ser hipotecados: 2.1. Predios. 2.2. Concesiones mineras. 2.3. Concesiones de servicios públicos. 2.4. La hipoteca naval. 2.5. Sobre bienes futuros. III. Requisitos de validez de la hipoteca. IV. Formas de extinción de la hipoteca. V. A Manera de conclusiones.

I. ANTECEDENTES

**1.1 LA NECESIDAD DE CAPITALES Y EL ORIGEN DE LAS INSTITUCIONES
FINANCIERAS**

A fines del siglo XVIII, en Inglaterra, se produjo un cambio económico y social que originó la sociedad capitalista. A este hecho se le denominó la Revolución Industrial que tuvo las siguientes características principales: La aparición de la máquina y la incorporación de ésta en los procesos

¹

Notario de la provincia de Trujillo. Maestro en Derecho con estudios doctorales concluidos, Universidad Nacional de Trujillo. Docente en la Maestría en Derecho Civil y Empresarial, Universidad Privada Antenor Orrego – Sede Trujillo. Miembro titular del grupo de trabajo que elaboró “El Manual Oficial de los Servicios Registrales de la SUNARP 2010”. Ex Jefe Zonal SUNARP – Trujillo; SUNARP-Piura-Tumbes y SUNARP-Huaraz.

productivos, las innovaciones tecnológicas, la utilización de nuevas fuentes de energía, la organización del obrero en fábricas, la división del trabajo y la necesidad cada vez más grande de capitales.

La Revolución Industrial produjo un cambio en el sistema económico, ya que la necesidad de capital provocó la aparición del capitalismo industrial. La ideología del capitalismo es el liberalismo de Adam Smith, que se basa en la no intervención del Estado y en la siguiente afirmación: “La búsqueda del beneficio individual nos llevará a conseguir el beneficio de la sociedad”.

Durante el capitalismo industrial había gran cantidad de pequeñas empresas, empresas familiares, muchas de ellas no podían autofinanciarse, tenían más necesidades de capital. Los medios de producción eran de propiedad privada y se concentraban en pocas manos, es decir, si bien es cierto siempre ha existido la necesidad de dinero o capital; sin embargo, es la época de la Revolución Industrial que marca el inicio de la necesidad importante de capitales para financiar los proyectos de las diferentes industrias.

1.2 EL CRÉDITO Y LAS GARANTÍAS REALES

Como se ha señalado en el punto anterior, en la época de la Revolución Industrial aparecen las necesidades significativas de capitales y la creación de las entidades financieras. Ante estas necesidades de capital tanto de las empresas industriales como de los individuos en forma particular, surge el fenómeno del crédito, como un mecanismo para financiar la adquisición de los bienes y servicios y así asegurar la subsistencia o financiamiento de las iniciativas de las personas y de las sociedades.

El fenómeno crediticio es definido por el autor nacional Marco Falconi de la siguiente manera:

*“Es una operación bancaria mediante la cual una empresa del sistema financiero otorga un préstamo a una persona, con la condición que al vencimiento del plazo le devuelva el capital más los intereses pactados”.*²

² FALCONI PICARDO, Marco: *El derecho bancario a la luz de la legislación y jurisprudencia peruana*. Lima-Perú; Edic. 1ra; Año 2000. Pág.989.

Ahora bien, el préstamo de dinero o cualquier otra obligación a la que acceden las personas beneficiadas, en la mayoría de los casos las entidades financieras las otorgan previa constitución de una garantía real, ya sea sobre bienes muebles o bienes inmuebles.³

Las garantías reales, que regula nuestro sistema jurídico, recaen sobre bienes muebles e inmuebles, los mismos que pueden ser de propiedad de los deudores o de terceros que van a garantizar obligaciones determinadas o determinables.

Las garantías reales fundamentalmente son tres: La garantía mobiliaria que recae sobre bienes muebles; la anticresis y la hipoteca sobre bienes inmuebles.

De las tres garantías reales antes indicadas, sólo se abordará lo relacionado a la hipoteca, su constitución, vigencia y extinción.

II. BIENES SUSCEPTIBLES DE SER HIPOTECADOS

LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

El fenómeno crediticio tiene fundamentalmente como fuente de financiamiento el ahorro de las personas. Por ello todas estas operaciones son otorgadas por entidades del sistema financiero, sin perjuicio de su control por parte del Estado, en la mayoría de los casos con la previa constitución de garantías, que pueden ser de naturaleza personal o real.

El derecho real de hipoteca tiene sus inicios en el Derecho Romano, donde existían hipotecas convencionales, hipotecas legales, hipotecas judiciales en las que el acreedor es puesto en posesión de los bienes del deudor.

En su obra *Exégesis*, el maestro Max Arias-Schreiber nos enseña lo siguiente:

“Cabe señalar que el sistema hipotecario romano era deficiente, por cuanto los gravámenes tenían caracteres generales y carecían de publicidad, de modo que los terceros adquirentes del dominio se veían permanentemente sujetos al riesgo de una hipoteca fantasma u oculta con el subsiguiente desconcierto y falta de seguridad. Fue en esas circunstancias que surge la concepción germana, en la cual la espe-

³

CONFORMACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. En el Perú, con la entrada en vigencia de la “Ley de la Garantía Mobiliaria” Ley N° 28677, publicada en el Diario Oficial el 1° de Marzo del 2006, sólo forman parte del registro de la propiedad inmueble los siguientes registros: 1.- El Registro de predios; 2.- El registro de derechos mineros; y, 3.- El registro de concesiones para la explotación de servicios públicos. La misma Ley 28677 considera como bienes muebles, a partir del 1° de junio 2006, a las naves, aeronaves, embarcaciones pesqueras y buques, bienes que dejan de ser considerados inmuebles, como hasta esa fecha lo establecía el art. 885 del Código Civil.

cialidad y la publicidad reemplazaron a la generalidad y a la ocultación, respectivamente. Los terceros se vieron protegidos y quedaron rotas las barreras que dificultaban el tráfico dominial y se acrecentó el crédito territorial”.⁴

BIENES SUSCEPTIBLES DE SER OTORGADOS EN HIPOTECA

En principio se debe precisar que la garantía real hipotecaria sólo recae sobre bienes inmuebles. Un análisis sistemático de nuestro Código Civil, sin embargo, concluye que para que exista la hipoteca, se establece que uno de los requisitos de validez o de existencia es que el acto se inscriba. La existencia de la hipoteca, por lo tanto, está supeditada a que tanto el bien inmueble, como la garantía hipotecaria deben ser debidamente registrados para que existan.

Contrario sensu, si el bien no está registrado y la garantía real tampoco, entonces no existe hipoteca; sólo existirá un derecho de crédito personal, eficaz sólo para los otorgantes, no oponible erga omnes. Todo lo cual en aplicación estricta del art. 1099 del Código Civil y la Ley 26366 de fecha 14-10-1994 que crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

El Código Civil de 1984 en su art. 885 enumera cuales son los bienes que son considerados inmuebles.

“Artículo 885.- Bienes inmuebles. Son inmuebles:

- 1. El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.*
- 2. El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.*
- 3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.*
- 4. Las naves y aeronaves. (*)*
- 5. Los diques y muelles.*
- 6. Los pontones, plataformas y edificios flotantes. (*)*
- 7. Las concesiones para explotar servicios públicos.*
- 8. Las concesiones mineras obtenidas por particulares.*
- 9. Las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio (*)*
- 10. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.*
- 11. Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.*

⁴ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max: **EXÉGESIS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984**; Lima-Perú; Edit. Gaceta Jurídica, Edic. 1ra; Año 1995. Pág.159.

Incisos derogados por la sexta disposición final de la Ley N° 28677, publicada el 01 marzo 2006, vigente a los noventa días de la publicación de la citada Ley”.

Como vemos de la transcripción del art. 885 del C.C. que antecede a la fecha de la dación de la Ley N° 28677, ley de la garantía mobiliaria, existen 8 bienes que son considerados como inmuebles, de los cuales no todos tienen acceso al Registro. No podrían ser otorgados, por lo tanto, en garantía hipotecaria de manera independiente, pues los únicos bienes que podrían acceder al registro son aquellos bienes registrables.

En la actualidad los bienes inmuebles que tienen acceso al registro son los siguientes:

- 2.1 LOS PREDIOS EN GENERAL:** Estos predios pueden ser de naturaleza urbana, rural o eriaza, los mismos que deben estar debidamente registrados en el registro de predios de su jurisdicción territorial.
- 2.2 LAS CONCESIONES MINERAS:** Las que pueden ser de exploración – explotación, labor general, beneficio y de transporte minero debidamente registrados. Las hipotecas mineras pueden ser constituidas bajo condición o plazo; además para los efectos de dicha hipoteca especial se puede considerar como una sola unidad toda la explotación económica, conformada por varias concesiones mineras. Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario. Para los efectos de la valorización y remate, los contratantes pueden considerar como una sola unidad varias concesiones mineras que formen un conjunto de bienes unidos o dependientes entre sí.
- 2.3 LAS CONCESIONES PARA LA EXPLOTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS:** Explotación de servicios, concesión forestal, concesiones eléctricas, etc., todas debidamente registradas.
- 2.4 LOS BUQUES REGISTRADOS:** Sobre los buques en nuestro país existe una figura sui generis, en el sentido de que siendo un bien mueble e inscrito en el registro de bienes muebles, el derecho real de garantía que recae sobre dichos bienes es la hipoteca y no la garantía mobiliaria.

Lo anteriormente indicado se debe a que la Ley de la Garantía Mobiliaria N° 28677 modifica el art. 2° de la Ley N° 26366, estableciendo (a partir del 1 de junio 2006) que el registro de bienes muebles está conformado por los siguientes registros: El registro de bienes muebles; el registro de propiedad vehicular; el registro de naves y aeronaves; el registro de embarcaciones pesqueras y buques; y el registro mobiliario de contratos. Consecuentemente sobre los bienes inscritos en los registros antes indicados debería recaer como garantía real la garantía mobiliaria; sin embargo, el Perú aprobó y ratificó mediante Resolución Legislativa N° 28956 y mediante D.S. N° 010-2007 del 05-02-2007-RE. el “Convenio internacional sobre privilegios marítimos y la hipoteca naval”, por lo que en la actualidad en el Perú tenemos la hipoteca naval sobre embarcaciones

tipo “buque”, a pesar de ser considerado como bien mueble en el Código Civil y registrado en el registro de bienes muebles.

2.5 HIPOTECA SOBRE BIENES FUTUROS: El art. 1106 del Código Civil prescribe que no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros. La casación N° 984-2003/Lima- Sala Civil Transitoria, publicada en El Peruano el 30/04/2004 (páginas 11813-11814) resuelve:

*“Conforme al art. 1106, no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros; de tal modo que, al ser el subsuelo, suelo y sobresuelo bienes inmuebles independientes cada uno de ellos, tienen que tener existencia real al momento de pretenderse gravarlos; en consecuencia si al momento de hipotecarse el suelo o terreno no existe el sobresuelo o edificación; **la edificación posterior no está afecto a dicho gravamen a menos que se celebre un nuevo acto jurídico respecto de éste; asimismo, bajo el mismo razonamiento, de existir en el referido momento tanto el terreno como la edificación, para gravar ambos, lógicamente debe cumplirse con señalar las informaciones específicas de ambos para que la hipoteca tenga validez”.** (resaltado nuestro)*

Como vemos la existencia del bien y su determinación es ineludible para proceder a otorgar la escritura pública de hipoteca y su subsiguiente inscripción registral; es decir, no es posible constituir hipoteca sobre bien futuro; sin embargo, teniendo en cuenta el auge de la industria de la construcción, la Sunarp mediante Resolución N° 340-2008-SUNARP-SN, de fecha 23-12-2008, aprobó la directiva “Criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común”, por la cual se permite inscribir la predeclaración de fábrica, prerreglamento interno y se preindependizan los futuros departamentos, los mismos que aún no se construyen, pero constan debidamente delimitados en planos. La anotación de preindependización se realiza en partidas provisionales, de vigencia de un año, las mismas que pueden ser renovadas por el mismo plazo; entonces, registralmente es posible independizar bienes futuros (departamentos) e hipotecar los mismos, cuyo mantenimiento de vigencia está supeditada a la vigencia de la anotación de la independización, la misma que adquirirá plazo definitivo con la inscripción de la declaración de fábrica, y a la vez se pueden anotar contratos de transferencias e hipotecas, por lo que este tipo de preinscripción implica una excepción al art. 1106 del Código Civil.

En este sentido se debe precisar que no es un bien futuro al 100%, ya que el departamento en construcción es futuro, pero tiene existente real el terreno sobre el cual se edificará. Por lo tanto, se puede constituir hipoteca sobre bien parcialmente futuro y en el caso de no edificarse, la hipoteca subsiste sobre el porcentaje de copropiedad que tiene el titular del bien futuro sobre el suelo donde se proyecta la construcción.⁵

⁵ El actual Reglamento de Predios aprobado por Res. N° 097-2013-SUNARP-SN del 03.05.2013, en sus artículos del 73 al 77 regula la anotación preventiva de prerreglamento interno y preindependizaciones.

III. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA HIPOTECA

Continuando con el desarrollo del tema ahora abordaremos lo relacionado a los requisitos de validez de la hipoteca, para lo cual previamente transcribimos la definición que nos brinda el art. 1097 del Código Civil, que prescribe lo siguiente:

“Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión del bien al propietario y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

En cuanto al término que garantiza “Cualquier obligación, propia o de un tercero”, nuestra opinión es que ello no es verdad, ya que la hipoteca no puede garantizar la ejecución de una determinada obra (obligación de hacer) o impedir la inejecución de una obra (obligación de no hacer), o para cumplir con la entrega de un determinado bien (obligación de dar), pues toda hipoteca es accesoria a una obligación principal. En caso de incumplimiento de ésta (la obligación principal) conllevará ineludiblemente a la venta del bien hipotecado y con esa suma recaudada se cancelará al acreedor. En consecuencia, en rigor, la hipoteca no garantiza cualquier obligación sino que garantiza el pago valorizado de dicha obligación principal incumplida, más la cláusula penal o multa fijada monetariamente que estuviera previamente pactado por las partes.

Los requisitos de validez de la hipoteca establecidos en el art. 1099 del Código Civil son cuatro, los mismos que desarrollamos a continuación.

3.1 QUE LA CONSTITUYA EL PROPIETARIO DEL INMUEBLE O SU REPRESENTANTE

El primer elemento de validez del contrato de hipoteca es que el otorgante de la garantía real sea el propietario del bien. Esto implica que el propietario puede celebrar dicho acto en forma directa o a través de un representante, ya sea por apoderado o mandatario.⁶

Respecto al inmueble dado en garantía hipotecaria, éste debe ser específicamente determinado, en aplicación del principio de especialidad. Asimismo debe estar previamente inscrito.

⁶ El art. 156 del Código Civil de 1,984 establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA. Existen dos formas de constitución de la garantía real: la unilateral y la bilateral. A continuación abordaremos sólo lo relacionado a la hipoteca unilateral, por cuanto respecto a la bilateral no existe mayor debate doctrinario ni jurisprudencial.

A. POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL TITULAR DEL BIEN

La constitución e inscripción de la hipoteca unilateral se admite en el Perú cuando el propietario del bien a hipotecar cumple con el requisito de validez establecido en el numeral 1° del art. 1,099 del Código Civil. Además, como ya ha quedado zanjado, el registrador público no califica la existencia ni validez de la obligación, sólo se debe limitar a verificar si dicha obligación se encuentra expresada en el acto constitutivo de la hipoteca. El art. 1,099 del Código Civil no establece como un requisito de validez la participación del acreedor hipotecario. Así tenemos casos prácticos de hipotecas unilaterales:

A.1 Las personas que postulan a martilleros públicos obligatoriamente tienen que otorgar hipoteca unilateral a favor de la Zona Registral N° IX Sede Lima, en garantía de los posibles perjuicios que ocasionen en el desempeño de sus funciones. En caso contrario, de no otorgar dicha hipoteca unilateral no se les acepta como postulantes a una plaza de martillero público, por no cumplir con dicho requisito.

A.2 Otro caso muy usual de hipoteca unilateral es la que se otorga o constituye para la obtención del título de crédito hipotecario negociable previsto en la Ley de Títulos Valores N° 27287. Según esta norma, el registro expedirá a solicitud del propietario del inmueble registrado el título de crédito hipotecario negociable, cuando éste constituya hipoteca unilateral y además el bien materia de hipoteca no conste con cargas o gravámenes inscritos; es decir, el bien debe estar libre de gravámenes.

En cuanto a la formalidad de la hipoteca, como regla general debe constar en escritura pública, salvo disposición distinta de la ley.⁷

De la revisión de los 2,122 artículos que tiene nuestro Código Civil, no encontramos disposición alguna que establezca que la garantía hipotecaria nace de manera obligatoria de un acto bilateral y que sea necesario o imperativo la participación del acreedor para constituirse. Por tanto, reafirmamos nuestra opinión que en el Perú son perfectamente válidas e inscribibles en el registro de la propiedad inmueble los actos jurídicos unilaterales de constitución de hipoteca.⁸

⁷ **HIPOTECA EN DOCUMENTO PRIVADO.** Las hipotecas constituidas a favor del Banco de Materiales es un caso de constitución de la hipoteca formalizada en documento privado en virtud de la Ley N° 28275 y su reglamento aprobada por D.S. N° 018-2004-VIVIENDA. El Código Civil de 1936 establecía en su artículo 1012 que la hipoteca también podía constituirse por testamento.

⁸ Se debe precisar que **el registro de la propiedad inmueble** no sólo comprende al registro de predios, sino que también incluye al de derechos mineros y al registro de concesiones para la explotación de los servicios públicos (Art. 2° de la Ley 26366).

3.2 QUE ASEGURE EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DETERMINADA O DETERMINABLE

El segundo requisito de validez de la hipoteca está referido a que debe existir una obligación a garantizar, la misma que tiene que ser determinada o determinable.

Se sostiene de manera uniforme que la hipoteca tiene el carácter de accesoria frente a la obligación que garantiza. Según nuestra legislación vigente, no puede existir hipoteca sin obligación o crédito que garantizar.

Ordinariamente se constituye para garantizar obligaciones dinerarias, aunque nada impide que sea de otra naturaleza la obligación a garantizar, como que puede garantizar obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Sólo que estas obligaciones deben ser determinadas o determinables.

Las obligaciones determinadas o determinables que exige la Ley como un elemento de validez se denominan en doctrina especialidad en cuanto al crédito.

Esta especialidad en cuanto al crédito, la ley lo establece para resguardar el interés del deudor y de los terceros, que van a contratar sobre la base de la información que brinda o publicita el registro.

Téngase en cuenta que la hipoteca también puede garantizar el cumplimiento de obligaciones futuras, obligaciones que aún no existen, pero para los efectos de cumplir con la especialidad, y poder tener acceso al registro, tales obligaciones futuras o eventuales deben ser determinadas o determinables y constar en el documento que contiene el acto jurídico de la hipoteca.

Por ejemplo, se puede constituir hipoteca a favor de una empresa financiera para garantizar una línea de crédito de varios miles de dólares o para que una empresa construya un edificio de cinco niveles o pisos, etc.

3.3 QUE EL GRAVAMEN SEA CANTIDAD DETERMINADA O DETERMINABLE

El gravamen determinado o determinable es la suma de dinero hasta donde va a gravarse el bien inmueble dado en garantía hipotecaria para el cumplimiento de una obligación, de esta manera el legislador consagra el principio de especialidad respecto al gravamen o cobertura.

El fundamento del principio de especialidad en los contratos de hipoteca es proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de otros derechos reales que se pueden constituir sobre el mismo inmueble (Ej. Constitución de hipotecas de segundo o tercer rango, embargos, etc.), los cuales se inscriben y se publicitan, otorgando oponibilidad a sus titulares.

La determinación del gravamen inscrito facilita o favorece la circulación o tráfico de los bienes y propicia el crédito en general. Así, por ejemplo, si un propietario tiene hipotecado su inmueble con un monto indeterminado difícilmente va a conseguir nuevos créditos con la garantía del mismo inmueble, ya que un inmueble hipotecado sin un gravamen determinado o determinable no es bien valorado en el mercado inmobiliario para futuros actos jurídico económicos.

Al ser una característica de la hipoteca la especialidad, lo que publicita el registro es el monto preciso que será determinante para la celebración de los futuros contratos relacionados con el bien hipotecado, ya que como se ha dicho si los terceros no conocen con certeza el monto de la responsabilidad del inmueble, es muy probable que no adquieran dicho bien o celebren contratos con relación a ese inmueble o en todo caso su valor de venta se verá disminuido.

3.4 QUE SE INSCRIBA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

La inscripción en los registros públicos es el cuarto y último requisito de validez que necesita la hipoteca para existir. Esto significa que si no se inscribe la escritura pública en el registro de la propiedad inmueble, tal derecho de garantía no existe.

Por lo tanto, en nuestro país la inscripción registral de la hipoteca tiene el carácter constitutivo. Esto implica que la hipoteca es válida desde su inscripción registral. En el caso de la no inscripción de la misma, ésta sólo será un acto de carácter obligacional, por la cual una de las partes se encuentra frente a la otra en calidad de deudor de una obligación determinada o determinable, que puede ser un préstamo bancario u otras obligaciones lícitas determinadas y el acreedor no podrá hacer uso de los derechos de persecución, de preferencia y de venta judicial del bien, que sí lo tienen los acreedores con hipotecas registradas.⁹

Un contrato principal que contiene una garantía real de hipoteca, si no se inscribe sólo vinculará a las partes que lo otorgan, y se le aplicará el principio de relatividad¹⁰ de los contratos en virtud del cual existe una obligación personal entre los otorgantes; sin embargo, si la hipoteca es inscrita en el registro de propiedad inmueble se convierte en un derecho real oponible a todos *Erga omnes*, por cuanto el registro es el mecanismo absoluto que permite la publicidad material de conoci-

⁹ **INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984.** Una inscripción registral, es constitutiva del derecho o acto, cuando la inscripción es un requisito de validez o de existencia del acto. Ejemplos. Las Personas Jurídicas de Derecho privado, existen desde su inscripción registral (Art. 77 CC); El Patrimonio Familiar, el art. 496 del CC., establece como uno de los requisitos para constituir el patrimonio familiar que éste se inscriba en el Registro; y, el tercer ejemplo es la clásica hipoteca. El art. 1099 del C.C. establece como requisito de validez de la hipoteca que ésta se inscriba en el Registro.

¹⁰ **PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS. Art. 1363 del Código Civil:** Por el Principio de Relatividad de los Contratos, éstos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

miento y se presume sin admitir prueba en contrario de que todos conocemos el contenido de las inscripciones. Presunción *Jure et de jure* y lo consagra el art. 2012 del Código Civil, denominado Principio de Publicidad Material.

IV. FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

El Código Civil Peruano de 1984 establece cinco causales para la extinción de la hipoteca; sin embargo, como hemos explicado en el punto (3.4), para que una hipoteca exista es necesario e ineludible la inscripción registral de dicho contrato. Así la obligación garantizada haya sido pagada en su totalidad, esta cancelación no será oponible a terceros, hasta que no se inscriba en el registro la extinción de la hipoteca, por lo que se recomienda que cuando se tenga el documento pertinente que contenga la causal de extinción de la hipoteca se debe inscribir en el registro a fin de evitar inconvenientes como que el acreedor hipotecario ceda su crédito a un tercero de buena fe y, por consiguiente, el deudor se perjudique al no poder oponer dicho pago al cesionario de dicha hipoteca.

5.1 CAUSALES TRADICIONALES

El art. 1122 del Código Civil indica cinco causales de extinción de hipoteca, que son las siguientes:

- 1) Extinción de la obligación que garantiza.
- 2) Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.
- 3) Renuncia escrita del acreedor.
- 4) Destrucción total del inmueble.
- 5) Consolidación.

5.2 CAUSALES NO TRADICIONALES

En la casuística registral se presentan una serie de variantes, distintas a la establecida en el art. 1122 del Código Civil. Explicaremos algunas:

5.2.1 CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA MINERA POR CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN

Las concesiones mineras son autorizaciones o licencias administrativas que permiten al concesionario explorar y explotar mineral en una cuadrícula o cuadrículas determinadas de 100 hectáreas cada una. Esta autorización administrativa es un derecho real por determinación de la ley, con la naturaleza jurídica de inmuebles; por lo tanto tiene acceso al registro y es posible que sea transferido y otorgado en garantía hipotecaria.

Las concesiones en general y las mineras en particular están condicionadas al pago de un derecho de vigencia, el mismo que se cancela de manera anual y, en el caso de incumplir dicho pago, en dos años consecutivos, La concesión minera caduca, dicha caducidad es declarada por el IN-GEMMET del Ministerio de Energía y Minas y en virtud de dicha resolución administrativa, el registro de derechos mineros inscribe la concesión a nombre del Estado libre de gravámenes, para su posterior concesión a otra persona que lo solicite.

Consecuentemente, se recomienda a todo titular o acreedor de una hipoteca minera que constate periódicamente los pagos anuales que debe hacer el titular de la concesión a fin de evitar la sanción que aplica el Estado, que es la pérdida de la titularidad de la concesión y la extinción de todos los derechos inscritos, que incluye las hipotecas mineras.

5.2.2 CANCELACIÓN DE LAS HIPOTECAS POR CADUCIDAD: LEY N° 26639 DEL 25 DE JUNIO DE 1996

La Ley de Caducidad N° 26639, de fecha 25 de junio de 1996, incorpora en el Perú una nueva causal de extinción de la hipoteca: La caducidad que opera por el transcurso del tiempo, estableciéndose como plazo 10 años. Se solicita la cancelación al registro mediante una solicitud con firma legalizada ante notario, con indicación precisa del gravamen a cancelar y la indicación del plazo transcurrido.

La extinción de la hipoteca por caducidad es discutible; sin embargo, constituye un verdadero beneficio para el deudor, quien sin haber cancelado el crédito tiene el derecho a solicitar la cancelación de la hipoteca por caducidad y, por otro lado, es una sanción al acreedor no diligente que no ejecuta oportunamente la hipoteca para cobrar su crédito o en todo caso por no haber renegociado y mantener vigente la garantía real.

Sin embargo, la filosofía de la extinción de la hipoteca por caducidad está orientada a eliminar la inscripción de garantías que no podrían ser ejecutadas debido al transcurso del tiempo. El artículo 3° de la Ley de Caducidad N° 26639 no sólo está destinado a cancelar las hipotecas, sino también los gravámenes y las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito, como son las capellanías, las enfiteusis, los mayorazgos, etc. También se puede cancelar por caducidad las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.

A continuación veremos las dos variantes de aplicación de la extinción de la hipoteca por caducidad, específicamente las que garantizan créditos.

- A. HIPOTECA CON PLAZO DE VENCIMIENTO PACTADO.** En estos casos los 10 años del plazo de caducidad de la hipoteca son contados desde la fecha de vencimiento del plazo para cancelar el crédito. Así, por ejemplo, si existe una hipoteca con fecha 10 de enero del año 1980, para ser cancelado en 60 cuotas mensuales, esto implica que el plazo de 10 años para que opere la caducidad se contará a partir de enero del año 1985.

El X Pleno del Tribunal Registral de SUNARP adoptó el siguiente precedente de observancia obligatoria a tener en cuenta en la extinción de hipotecas por caducidad:

“CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA. Para el cómputo del plazo de caducidad establecido en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 26639, cuando en un contrato se haya pactado que el vencimiento de las cuotas es mensual y no exista algún período de gracia para dar inicio al cómputo del vencimiento de la primera cuota, debe interpretarse que el pago de la primera armada se efectuará luego de transcurrida un mes de la fecha cierta de celebración del contrato”.

Criterio adoptado en las resoluciones N° 364-2003-SUNARP-TR-L del 13 de junio de 2003, N° 649-2003-SUNARP-TR-L del 10 de octubre de 2003, N° 423-2003-SUNARP-TR-L del 9 de julio de 2004 y N° 599-2004-SUNARP-TR-L del 14 de julio 2004.

- B. HIPOTECA SIN PLAZO DE VENCIMIENTO PACTADO.** En los supuestos de hipotecas que garantizan créditos que no tienen plazo de vencimiento para el pago del crédito, los 10 años del plazo de caducidad son contados desde la fecha del asiento de presentación de la hipoteca al registro, en razón de que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación inmediatamente después de contraída.
- C. ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO COMO ACREEDOR HIPOTECARIO.** Ley de caducidad N° 26639, vigente desde el 25 de setiembre de 1996, estableció una nueva causal de caducidad de las hipotecas aplicable en contra de todo tipo de acreedor: personas naturales, jurídicas, entidades financieras, entidades no financieras, etc., es decir aplicables a todos. El 9 de diciembre de 1996, sin embargo, se publica en el diario oficial El Peruano la Ley N° 26702 de Bancos, Instituciones Financieras, de Seguros y AFP, vigente a partir del 10-12-1996, la misma que en su artículo 172 disponía que la caducidad prevista en la ley 26639 no es aplicable a las hipotecas constituidas a favor de empresas del sistema financiero.

La parte pertinente del artículo 172 de la ley N° 26702 prescribe:

“(…) La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa”.

- David Rubio Bernuy

En conclusión, a la fecha sólo es procedente cancelar hipotecas a favor de empresas del sistema financiero cuando el plazo de 10 años, contados desde la fecha del vencimiento de la fecha para el pago de aquellos créditos con fecha de vencimiento pactada, o desde la fecha de la inscripción para los créditos sin plazo de vencimiento para el pago, se hayan cumplido entre el 25 de setiembre del año 1996 y el 9 de diciembre 1996.

D. EXTINCIÓN DE HIPOTECA POR EXTINCIÓN DEL ACREEDOR CUANDO ESTE ES PERSONA JURÍDICA. Sobre esta causal de extinción de la hipoteca por extinción del acreedor, transcribimos la sumilla de la Resolución N° 173-2010-SUNARP-TR-A de fecha 14 de mayo del 2010 de la Sala de Arequipa.

“Cuando el acreedor es una persona jurídica y se ha inscrito su extinción, procede levantar la hipoteca que aún permanezca inscrita a su favor en el Registro de Predios, siendo la causal extintiva la señalada en el inciso 1) del art. 1122 del Código Civil: extinción de la obligación garantizada, ya que para la existencia de esta relación jurídica patrimonial se requiere de dos partes deudor y el acreedor, siendo que éste cuando es persona jurídica se ha extinguido no cabe forma alguna de que pueda manifestar su voluntad”.

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

- 1. INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.** La inscripción registral de la hipoteca en el Perú es de carácter constitutiva, pues si ésta no logra tener acceso al registro, para el derecho no existe tal acto. Inscrita una hipoteca se convierte en un derecho real de oponibilidad *Erga omnes*. En el caso de no acceder al registro sólo es un derecho de naturaleza obligacional, que sólo vincula a las partes que lo celebran, conforme al principio de relatividad de los contratos previsto en el art. 1353 del Código Civil.¹¹
- 2. BIENES HIPOTECABLES.** No todos los bienes inmuebles previstos en el Código Civil son susceptibles de ser otorgados en garantía real hipotecaria. Sostenemos en el presente trabajo que lo son: 2.1. Los predios registrados. 2.2. Las concesiones mineras registradas. 2.3. Las concesiones de servicios públicos registradas. 2.4. Las embarcaciones tipo “buque” registradas y 2.5. Bienes parcialmente futuros (edificaciones en planos).
- 3. ¿HIPOTECA SOBRE BIEN MUEBLE?** En el Perú existe una figura *sui generis*, en el sentido de que siendo un bien mueble los buques, inscritos en el registro de bienes muebles, pueden ser dados en garantía hipotecaria, en virtud de la ley N° 28677 de la Garantía Mobiliaria y la Resolución Legislativa N° 28956 que aprueba y ratifica el “Convenio Internacional sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval”.

¹¹ Art. 1363 del Código Civil: Principio de Relatividad de los Contratos. Los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

4. **HIPOTECA UNILATERAL.** La hipoteca unilateral no está regulada de manera expresa en el Código Civil, sin embargo de una interpretación sistemática del mismo cuerpo sustantivo y la legislación especial -Ley de títulos valores N° 27287-, sí es posible su otorgamiento e inscripción registral.
5. **CAUSALES DE EXTINCIÓN.** Existen en el Código Civil cinco causales de extinción de la hipoteca: 1) Extinción de la obligación que garantiza. 2) Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación. 3) Renuncia escrita del acreedor. 4) Destrucción total del inmueble. 5) Consolidación.
6. **NUEVAS CAUSALES DE EXTINCIÓN.** Las nuevas causales de extinción de la hipoteca son: A. En la hipoteca minera por caducidad de la vigencia de la concesión. B. En aplicación de la ley N° 26639 del 25 de junio de 1996, 10 años por vencimiento del plazo pactado o sin plazo de vencimiento pactado. C. Es posible cancelar hipotecas a favor de empresas del sistema financiero sólo si el plazo de 10 años se ha cumplido entre el 25 de setiembre del año 1996 y el 9 de diciembre 1996. D. También es posible cancelar la hipoteca por extinción de la persona jurídica acreedora.



Justicia

Pintura de Raffaello Sanzio da Urbino.

IVSTITIA

VR

RESULTADOS TARDÍOS Y DIMENSIÓN TEMPORAL DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA⁺

LATE OUTCOMES AND TEMPORAL DIMENSION OF THE OBJECTIVE IMPUTATION

Shikara Vásquez Shimajuko (*)

Recibido: 10 de mayo de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

1. Introducción

En la actualidad, no es posible negar la gran aceptación de la que viene gozando, desde hace algunos años, la teoría de la imputación objetiva. Esta acogida por parte de la doctrina se ha visto comprobada por la enorme discusión que ha tenido lugar no sólo en relación a sus fundamentos y presupuestos, sino también respecto de la solución de grupos de supuestos problemáticos, como ha sucedido con las cuestiones relativas al comportamiento de la víctima y su relevancia en la eventual responsabilidad del «autor», por un lado, y a las denominadas conductas neutrales, por otro.

Quienes estén familiarizados con el estudio de la teoría de la imputación objetiva podrán verificar fácilmente que, en Derecho penal, se ha venido trabajando sobre la base de supuestos que se caracterizan por la producción inmediata o casi inmediata del resultado. Así, por ejemplo, en un caso de homicidio, se dice que quien disparó el arma ha llevado a cabo este delito en grado de consumación, si el riesgo generado con su conducta (disparar el arma) se ha realizado en el resultado (muerte de la víctima). No sólo en los delitos contra la vida se parte del análisis de supuestos con resultados inmediatos. Por lo general, los problemas que se abordan mediante el recurso de la teoría de la imputación tienen como nota distintiva la escasa dilación temporal que

⁺ Artículo publicado originalmente en Carnevali, Raúl (Coord.), Derecho, sanción y justicia penal, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2017.

* Profesor de Derecho penal.

media entre el momento en que se realiza el comportamiento típico y el momento en el que tiene lugar la producción del resultado.

Los casos en los que se aprecia un resultado diferido, por el contrario, no han sido objeto de una discusión continua en la dogmática del Derecho penal. Así, el examen de estos supuestos, llevado a cabo por primera vez a finales de los años sesenta, se sometió a discusión hasta mediados de los setenta,¹ quedando el tema relativamente desatendido por más de una década. Posteriormente, y con motivo de la aparición de la enfermedad del SIDA en la primera mitad de los años ochenta, se reavivó la discusión acerca de si cabía hacer responsable al autor por el resultado cuando éste no tenía lugar inmediatamente sino después de mucho tiempo de haberse llevado a cabo el comportamiento.

Los autores que se ocuparon del tema en la primera de las dos etapas antes mencionadas sometieron a análisis un conjunto de casos que, sin embargo, diferían entre sí en sus rasgos estructurales. Fue el profesor SILVA SÁNCHEZ quien, desde la doctrina española, diferenció tres grupos de casos a partir de la constatación de dichas divergencias estructurales existentes entre ellos. A partir de allí, es posible distinguir entre *daños sobrevenidos*, *daños permanentes* y *resultados tardíos*.²

- a) Los *daños sobrevenidos* se caracterizan por la producción de una segunda lesión a partir de la conjunción de una primera lesión no curada y otras causas aparecidas posteriormente, lo que sucederá, por ejemplo, si un niño que ha padecido una intoxicación vitamínica por un error del farmacéutico, debido al estado de debilidad en que se encuentra, contrae una infección gripal en el hospital que le causa la muerte.³
- b) En los *daños permanentes* lo distintivo es la producción de una primera lesión que da origen a un daño duradero, el cual a su vez condiciona la producción de una segunda lesión que acaece con mucha posterioridad. Este es el caso del lesionado en un accidente de tránsito que pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad de locomoción, lo que le impide, años más tarde, escapar del incendio de su casa o del hospital en donde se encuentra inmovilizado, perdiendo, de esa manera, la vida. Pero también es el caso de aquel a quien se le ha amputado una pierna y, mucho tiempo después, sufre una caída mortal como consecuencia de su incapacidad locomotriz.

¹ Se le debe a RUDOLPHI haber llevado por primera vez a la discusión dogmática los supuestos de daños sobrevenidos en su trabajo sobre la previsibilidad y el fin de protección de la norma en la imprudencia; *vid.* RUDOLPHI, "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre", JuS, 1969, pp. 549 ss.

² SILVA SÁNCHEZ, "Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado", en SEMINARIO DE DERECHO PENAL E INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA – UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (coord.), 1989, pp. 678-679. Esta tripartición fue también propuesta en Alemania en su artículo "Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts", GA, 1990, pp. 207 ss.

³ Este caso fue sustanciado, a mediados de los años cincuenta, por el OLG KÖLN; *vid.* NJW, 1956, pp. 1848.

- c) Y, finalmente, en los *resultados tardíos*, una conducta inicial peligrosa da lugar, luego de una gran distancia temporal, a un resultado lesivo. Los supuestos más conocidos y que han recibido mayor atención por parte de la doctrina, son los casos de contagio de SIDA.⁴ En estos, en efecto, cabe apreciar una considerable dilación temporal entre la acción de contagio y la muerte de la víctima.

Como puede apreciarse, las diferencias entre los tres grupos de casos se evidencian con los ejemplos mostrados. Así, mientras que, en los daños sobrevenidos y los daños permanentes, el segundo resultado finalmente acaecido tiene lugar de modo *indirecto*, en los resultados tardíos sucede lo contrario. Éste, aunque de manera mediata –por el largo lapso de tiempo–, sí es consecuencia *directa* de la acción. En los daños sobrevenidos, la muerte, por ejemplo, ocurre debido a que la víctima de la primera lesión contrae una infección gripal, pero no puede afirmarse que es consecuencia directa de la intoxicación vitamínica. De igual modo, el fallecimiento de la víctima, en los ejemplos de daños permanentes, no es obra directa del autor, sino de una circunstancia adicional: el incendio del lugar donde se encuentra el lesionado.

Así las cosas, la diferencia fundamental entre los supuestos descritos radica en que el verdadero problema que afecta a los daños sobrevenidos y los daños permanentes no es el relativo a la amplia dilación temporal existente entre la acción y la segunda lesión, sino que el comportamiento del autor contiene también el riesgo jurídico-penalmente desaprobado de un segundo resultado. La posibilidad –más fácilmente apreciable en los daños permanentes que en los sobrevenidos– de que la segunda lesión se produzca después de transcurrido un considerable período de tiempo desde la realización de la acción constituye un problema adicional al tema central, aunque de ninguna manera de menor importancia. Pero este problema adicional sólo puede resolverse una vez que la pregunta acerca de la imputación del daño sobrevenido o del daño permanente sea contestada afirmativamente.

De acuerdo con esto, en el presente trabajo me ocuparé del análisis de los denominados resultados tardíos, dado que constituyen el grupo de supuestos en el que el factor temporal se presenta como su principal aspecto problemático. Las conclusiones que se extraigan aquí podrán ser aplicadas a los otros dos grupos de casos en los que la segunda lesión sea considerada típicamente relevante y acontezca luego de un considerable período de tiempo. Con todo, debe tenerse en cuenta que aquí no sólo me ocupo de responder la pregunta de si los resultados tardíos son o no imputables, sino también –y esto es también de gran relevancia– de responder la interrogante acerca de la existencia de una dimensión temporal de la imputación objetiva.

⁴ Sobre la discusión de la responsabilidad penal por contagio de SIDA en Alemania y España, *cfr.* los trabajos reunidos en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del Sida*, 1993.

2. Ubicación sistemática del problema

Para tomar una posición acerca de la ubicación sistemática de la problemática de los resultados tardíos debe tenerse presente que el aspecto central de la cuestión es la de si es o no posible hacer responsable al autor de una conducta no sólo por ésta, sino también por el resultado que la misma ha dado lugar después de un largo espacio de tiempo. Frente a supuestos como éstos, se podría pensar que la respuesta a dicha pregunta dependería de las posibilidades procesales para castigar al autor por la lesión tardía.⁵ En este caso, la cuestión abordada se constituiría en un problema de orden jurídico-procesal. Sin embargo, esta forma de ver la cuestión aludida se muestra rápidamente equivocada al verificar que no en todos los casos se habrá iniciado un proceso penal antes de que la lesión tardía se manifieste. En muchas ocasiones, éste se iniciará después de producirse el resultado, con lo cual no se plantearía problema alguno de esta naturaleza.

Una segunda alternativa sería entender que, en estos supuestos, la solución dependería de lo que el autor pretendiera con la realización de la acción. El recurso al tipo subjetivo, según esta perspectiva, definiría el problema.⁶ Pero también es posible considerar que la solución de los supuestos que aquí se abordan no se encontraría en el título subjetivo con el que actúa el autor. Podría, en efecto, pensarse que la posibilidad de responsabilizar al autor de la conducta también por el resultado diferido dependería del sentido objetivo del hecho. Desde esta forma de ver el problema, lo que el autor hubiera querido alcanzar con su comportamiento sería irrelevante, y la respuesta dependería, así, de si, desde una perspectiva externa, el resultado se entiende o no como consecuencia de una conducta realizada mucho tiempo atrás. Se trataría, por tanto, de una cuestión que atañería al tipo objetivo.

⁵ Ponen de relieve las dificultades procesales, PUPPE, NK, t. I, 3.ª ed., previo al § 13, núm. 257 y 259; B. SCHÜNEMANN, “Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung. Eine Zwischenbilanz”, en SCHÜNEMANN/PFEIFFER (eds.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pp. 484-485; EL MISMO, “Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA”, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del Sida*, 1993, pp. 33-34; EL MISMO, “AIDS und Strafrecht – ein Überblick”, en SZWARC (ed.), *AIDS und Strafrecht*, 1996, pp. 24-25; SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez de la producción del resultado”, pp. 686-687; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, 7/81; ROMEO CASABONA, “Responsabilidad médico-sanitaria y SIDA”, AP, 1993-2, pp. 484 y nota 69; EL MISMO, “Sida y Derecho penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Problemas del tratamiento jurídico del Sida*, 1995, pp. 77 y nota 17; EL MISMO, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, pp. 33 nota 21; EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 222 ss.; PÉREZ DEL VALLE, “Relación de causalidad, imputación objetiva y tipo penal: reflexiones sobre el caso límite de las consecuencias tardías”, RCCP, 1998, pp. 99-100; GÓMEZ RIVERO, “Zeitliche Dimension und objektive Zurechnung”, GA, 2001, pp. 293; LA MISMA, “Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo”, RGDP, 2008, pp. 42-43; LA MISMA, *La responsabilidad penal del médico*, 2.ª ed., 2008, pp. 376-377; SERRANO GONZÁLEZ DE MURRILO, “El comienzo del cómputo de la prescripción en los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica”, CPC, 2007, pp. 120.

⁶ En esta línea, HERZOG/NESTLER-TREMEL, “Aids und Strafrecht – Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung”, StrV, 1987, pp. 365-366; MEURER, “Aids und Strafrecht”, en GALLWAS/RIEDEL/SCHENKE (eds.), *Aids und Recht*, 1992, pp. 122. Aparentemente, también, KREUZER, “Aids und Strafrecht, Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion”, ZStW, 1988, pp. 796-797. Resalta los problemas probatorios que conlleva la prueba del dolo en estos casos, JUNG, “AIDS im Blickfeld des Strafrechts”, en UNIVERSITÄT DES SAARLANDES (ed.), *Problemkreis AIDS – seine juristischen Dimensionen*, 1988, pp. 17. La solución de los casos de lesiones diferidas en sede de tipo subjetivo también ha sido adoptada por la jurisprudencia alemana; *vid.* BGH, Urt. v. 4.11.1988, NSZ, 1989, pp. 114 ss. y la sentencia de la instancia anterior, LG NÜRNBERG-FÜRTH, Urt. v. 16.11.1987, NJW, 1988, pp. 2311 ss.

Sin embargo, los ejemplos que, en líneas precedentes, he empleado permiten apreciar que el aspecto nuclear del problema no se encuentra tanto en el título subjetivo de la conducta como en la relación entre la acción y el resultado producido mucho tiempo después. Se advierte, pues, que el aspecto problemático de los supuestos de resultados producidos a largo plazo se halla en la pregunta de si, entre acción y resultado, puede aún apreciarse una relación de sentido cuando éste ha acontecido después de una larga dilación temporal. Ello supone dejar de lado, en principio, el tipo subjetivo y prestar atención a los criterios que permiten afirmar que una determinada acción y un concreto resultado poseen significado delictivo y pueden entenderse como una unidad de sentido. Se trata, por tanto, de atribuir significado delictivo al comportamiento y al resultado, y, en ese sentido, de un tema relativo a la teoría de la imputación objetiva.

Evidentemente, que se trate de un problema que halla su ubicación sistemática en la teoría de la imputación objetiva no implica negar la importancia de los elementos subjetivos. Pero el importante papel que éstos desempeñan de cara a definir el hecho jurídico-penalmente relevante presupone determinar, desde una perspectiva externo-objetiva, si éste posee significado delictivo. Sólo después que se haya dado respuesta a esta interrogante, se procederá a imputar el hecho a título de dolo o, en su caso, a título de imprudencia. De esa manera, la problemática de los resultados a largo plazo pasa a ser el problema de si, en estos especiales supuestos, cabe afirmar la imputación objetiva de la acción y del resultado.

De cualquier forma, debe quedar sentado que, en la línea de lo anteriormente expresado, no se pretende establecer criterios de imputación objetiva sólo para los casos en los que se vean afectados intereses personales, como la vida o la salud. El objetivo es, más bien, el de formular criterios de imputación válidos para todos los casos de dilación temporal del resultado en los que se vean comprometidos bienes jurídicos con distinto contenido (patrimonio,⁷ medio ambiente,⁸ etc.). Con ello, una investigación de este grupo de casos problemáticos no sólo debe tener por objeto el brindar un adecuado tratamiento a los casos mencionados, sino que debe estar dirigida a determinar si se puede afirmar o no la existencia de una dimensión temporal de la imputación objetiva.

⁷ En este rubro delictivo, puede pensarse perfectamente en quien, incorporando un programa informático en el sistema de una empresa, da lugar, una década después, a la transferencia de una considerable cantidad de dinero, causando a dicha entidad un grave perjuicio patrimonial (art. 248.2 CP), o en quien infecta una costosísima escultura de madera con un hongo que destruye progresivamente y a largo plazo el material que compone dicho objeto (art. 263 CP; o si se interpreta “sustancias corrosivas” de manera que abarque la infección con hongos, art. 264.1.3º CP).

⁸ De igual forma, cabe imaginar el grave daño producido a algunos de los elementos que sirven para calificar una determinada superficie como espacio natural protegido (art. 330 CP). Dicho daño podría manifestarse luego de un extenso período de tiempo como consecuencia de los vertidos de sustancias eutrofizantes, que generan el crecimiento excesivo de algas altamente perjudiciales para la vida acuática de un estuario protegido.

3. La configuración temporal de la sociedad

Dado que aquí se parte de la comprensión de un concreto modelo de imputación objetiva que se encuentra estrechamente vinculado a la manera en que la sociedad está configurada, resulta imprescindible tener cierto conocimiento acerca de la configuración temporal de la sociedad moderna, y, en concreto, acerca de la orientación temporal de la misma. En ese sentido, el importante desarrollo que ha experimentado la Sociología del tiempo en los últimos treinta años justifica recurrir a los resultados de las investigaciones que se han llevado a cabo en este ámbito.⁹

3.1 La estructura temporal cíclica de las sociedades tradicionales

Pese a no contar, por lo general, con mecanismos elaborados para ubicar temporalmente la realización de las actividades sociales, el tiempo, en las denominadas sociedades *tradicionales* –también llamadas *primitivas o arcaicas*–, constituye una dimensión importante en su configuración. Sin embargo, a diferencia de los grupos sociales modernos, en los que se cuenta con instrumentos más exactos para computar el tiempo –como los relojes y los calendarios–, en aquéllas, el encuadramiento temporal de las interacciones se lleva a cabo mediante referencias a hechos con significación social.

En este tipo de sociedad, los sistemas de medición temporal no son más que el reflejo de las actividades del grupo dentro del cual éstas se desarrollan. El tiempo aquí no se entiende como un ente con existencia autónoma e independiente de la interacción social. Su origen, por el contrario, se reconduce a la interacción misma, y su ritmo está determinado, fundamentalmente, por la regularidad de las festividades religiosas y de las tareas cotidianas.¹⁰

Teniendo en cuenta la referencia a hechos con significado social para el cómputo del tiempo en esta clase de sociedad, el inicio y el fin de determinados períodos difieren sustancialmente entre los pueblos cuya actividad principal es, por ejemplo, la agricultura y aquellos cuya supervivencia depende de la caza o de la pesca o, en todo caso, del pastoreo.¹¹ En éstos últimos, el cómputo temporal está íntimamente relacionado al ciclo de vida del rebaño, y el conocimiento de las estaciones migratorias se convierte en una condición de su subsistencia.

⁹ Para una completa descripción del desarrollo y de los temas abarcados por la Sociología del tiempo, BERGMANN, “The Problem of Time in Sociology: An Overview of the Literature on the State of Theory and Research on the ‘Sociology of Time’, 1900-82”, *Time & Society*, 1992, pp. 81 ss.

¹⁰ Fue DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse: Le système totémique en Australie*, 6.ª ed., 1979, pp. 15, afirmó, en su momento, que “[L]as divisiones en días, semanas, meses, años, etc., corresponden a la periodicidad de los ritos, fiestas y ceremonias públicas. Un calendario expresa el ritmo de la actividad colectiva y, al mismo tiempo, su función consiste en asegurar su regularidad”. Vid., también, COTTLE/KLINEBERG, *The Present of Things Future. Explorations of time in human experience*, 1974, pp. 167. Un interesante y completo análisis de la propuesta de DURKHEIM sobre el tiempo, vid. en RAMOS TORRE, “El calendario sagrado: el problema del tiempo en la sociología durkheimiana (II)”, *Reis*, 1989, pp. 53 ss.

¹¹ SOROKIN/MERTON, “Social time: A Methodological and Functional Analysis”, *AJS*, 1937, pp. 620.

Por su parte, los pueblos agricultores ya no organizan sus actividades sobre la base del período de celo de los animales o del nacimiento de las crías. Los pueblos cuya principal fuente de alimento es la agricultura regulan su vida colectiva siguiendo el ritmo cíclico de las estaciones. No sólo las condiciones de humedad, nieve, lluvia y sequía, sino también la germinación y caída de las hojas, y la maduración y recolección de los granos y frutos, se convierten en fenómenos de gran relevancia social para la vida colectiva, constituyéndose, de esa manera, en puntos de referencia temporal.¹²

La vinculación de las referencias temporales a determinados fenómenos naturales cargados de significado da lugar a la idea de un tiempo que se repite indefinidamente. Las estaciones, por ejemplo, y con ellas los períodos de siembra y cosecha, vuelven cada cierto tiempo. De esa manera, dado que las sociedades primitivas computan el tiempo sobre la base de circunstancias que poseen relevancia práctica para ellas y éstas se repiten, la consecuencia de ello es la generación de secuencias temporales cíclicas. Aparece como signo distintivo un tiempo circular y repetitivo.¹³ El tiempo se convierte, por consiguiente, en un movimiento cíclico constante, en un «*eterno retorno*».¹⁴

A partir de estas observaciones, diversos estudios sociológicos han llegado a la conclusión de que las sociedades primitivas están orientadas temporalmente hacia el pasado y el presente. En este tipo de sociedad, la fuerza de la tradición posee una gran influencia y permea toda la estructura social, de tal manera que la temporalidad es experimentada como una dimensión en la que confluyen ambos momentos.¹⁵ El tiempo es, precisamente, cíclico, no sólo porque

¹² Para una completa descripción de los sistemas de cómputo temporal entre pueblos agrícolas (*los trobriands*), cazadores (*los ojibwa*) y pastores (*los nuer*), vid. MALINOWSKI, "Lunar and Seasonal Calendar in the Trobriands", *RAI*, 1927, pp. 203 ss.; HALLOWELL, "Temporal Orientation in Western Civilization and in a Pre-Literate Society", *AA*, 1937, pp. 647 ss.; y EVANS-PRITCHARD, *The Nuer. A description of the modes of livelihood and political institutions of nilotic people*, 1969, pp. 94 ss., respectivamente. Para un resumen de lo último, vid. MALTZ, "El cómputo primitivo del tiempo como sistema simbólico", en RAMOS TORRE (ed.), *Tiempo y sociedad*, 1992, pp. 351 ss. Asimismo, para una breve pero ilustrativa descripción de las distintas formas de medición temporal de algunos pueblos primitivos, vid. STURT, *The psychology of time*, 1925, pp. 27 ss.

¹³ En este sentido, GURVITCH, *The spectrum of social time*, 1964, pp. 32; LÉVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, 1996 (reimp.), pp. 227 ss., tomando como referencia la estructura de los mitos; LEACH, "Two essays concerning the symbolic representation of time", en EL MISMO, *Rethinking Anthropology*, 1966, pp. 126; EVANS-PRITCHARD, *The nuer*, pp. 95 y 108; COTTLE/KLINEBERG, *The Present of Things Future*, pp. 165; YOUNG/ZIMAN, "Ciclos en la conducta social", en RAMOS TORRE (ed.), *Tiempo y sociedad*, 1992, pp. 248; BORSCHIED, *Das Tempo-Virus. Eine Kulturgeschichte der Beschleunigung*, 2004, pp. 19-20; IGLESIAS DE USSEL, *La dimensión social del tiempo*, 2006, pp. 35 y 203. Asimismo, SCHMIED, *Soziale Zeit. Umfang, "Geschwindigkeit" und Evolution*, 1985, pp. 145, quien pone de relieve la connotación cíclica que trae consigo la etimología de los términos "time" (tiempo en inglés) y "Zeit" (tiempo en alemán) al estar relacionados con las palabras "tide" y "Gezeiten", que significan "marea" en inglés y alemán, respectivamente.

¹⁴ Cfr. ELIADE, *Le mythe de l'éternel retour. Archétypes et répétition*, 9.ª ed., 1969, pp. 68 ss. Cfr., también, SCHMIED, *Soziale Zeit*, pp. 151.

¹⁵ MALINOWSKI, *Argonauts of the Western Pacific. An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea*, 1922, pp. 327; COTTLE/KLINEBERG, *The Present of Things Future*, pp. 166; NOWOTNY, "Time Structuring and Time Measurement: On the Interrelation between Timekeepers and Social Time", en FRASER/LAWRENCE (eds.), *The Study of Time II*, 1975, pp. 328; GIDDENS, "Time and social organization", en EL MISMO, *Social Theory and Modern Sociology*, 1990 (reimp.), pp. 144; BERIAIN, *Aceleración y tiranía del presente. La metamorfosis en las estructuras temporales de la modernidad*, 2008, pp. 36.

la vida social está condicionada por secuencias naturales repetitivas, sino también porque el destino (futuro) es entendido no como un cambio de condición, sino como una situación idéntica al origen (pasado).¹⁶ De ese modo, en la estructura social de los pueblos primitivos, el presente siempre se explica sobre la base del pasado o, dicho de otra forma, el pasado siempre se actualiza, siempre está presente.¹⁷

3.2 La orientación temporal de la sociedad moderna y la superación social del pasado

El ritmo social que caracteriza a las sociedades modernas es bastante diferente al de las sociedades tradicionales. Si bien es cierto que ambas formas de organización social comparten la necesidad funcional de sincronizar y coordinar sus actividades, dichas funciones se llevan a cabo mediante el recurso a puntos de referencia de naturaleza distinta a los empleados en los grupos tradicionales.¹⁸

Al estar asociada a distintos puntos de referencia, la estructura temporal de las sociedades modernas es bastante diferente a la existente en las sociedades primitivas. En aquellas, el tiempo abandona su configuración cíclica derivada de su relación con acontecimientos sociales de secuencia repetitiva. Aquí la estructura temporal se haya desligada de hechos de la naturaleza y está, por el contrario, estrechamente relacionada con el prestigio de las ciencias naturales. El tiempo puramente social se presenta como variable e inseguro para regular las actividades, y es desplazado por un tiempo ligado al desarrollo de las ciencias físicas y de las matemáticas, esto es, por el «tiempo newtoniano».

Desde esta perspectiva, el tiempo se concibe como divisible, homogéneo y, en consecuencia, como sucesión. Asimismo, el «tiempo newtoniano» es entendido como una entidad abstracta e independiente (desvinculado de datos biológico-sociales), que avanza de manera uniforme y sin interrupciones. De ese modo, el tiempo ya no se representa como un movimiento circular, sino como una sucesión lineal que se proyecta indefinidamente. Ésta es, pues, la concepción temporal de las sociedades industriales y de las sociedades modernas en general, en las que el tiempo se di-

¹⁶ GREEN, "Temporal Attitudes in Four Negro Subcultures", en FRASER/HABER/MÜLLER (eds.), *The Study of Time*, t. I, 1972, pp. 407; COTTLE/KLINEBERG, *The Present of Things Future*, pp. 168.

¹⁷ Así, ELIADE, *Le mythe de l'éternel retour*, 9.ª ed., pp. 104. Resalta la prioridad del presente en las sociedades arcaicas, TABBONI, *La rappresentazione sociale del tempo*, 2.ª ed., 1989, pp. 49-53.

¹⁸ La necesidad de que toda vida social, sea ésta compleja o simple, esté estructurada temporalmente ha sido puesta de manifiesto por ADAM, *Time and Social Theory*, 1990, pp. 108-109. *Cfr.*, también, FERRAROTTI, *Il ricordo e la temporalità*, 1987, pp. 32-34.

vide en horarios, es racionalizado y transcurre de manera indefectible.¹⁹ Es fácil advertir que esta nueva forma de comprender el tiempo de la modernidad casa perfectamente con el uso extendido, en nuestra sociedad, de relojes y calendarios.²⁰

Un rasgo distintivo que poseen las sociedades modernas frente a las sociedades tradicionales se encuentra en que aquéllas están, por el contrario, orientadas hacia el futuro.²¹ Para las sociedades industrializadas, la hipercronometrización desempeña un rol importante al momento de determinar su orientación temporal. Así pues, la producción industrial exige la existencia de rígidos y minuciosos sistemas de división del trabajo, lo cual a su vez conlleva a una precisa coordinación espacial y temporal en la realización de las tareas. Por otra parte, el funcionamiento de las organizaciones que operan al interior de las sociedades modernas depende, de igual manera, de la presencia de horarios y plazos. Y ello es así, porque el funcionamiento de las organizaciones está condicionado, por lo general, a una lógica en la que se hace prioritario el logro de objetivos a mediano y a largo plazo.

La necesidad de estas estructuras temporales mínimamente flexibles es, pues, consecuencia inevitable de la planificación de actividades y la consecución de resultados futuros que caracteriza a la sociedad moderna.²² Así las cosas, en palabras de NOWOTNY, «el deseo de producir

19

MCGRATH/KELLY, *Time and human interaction. Toward a Social Psychology of Time*, 1986, pp. 29; TABBONI, *La rappresentazione sociale del tempo*, 2.ª ed., pp. 77-78 y 83; HASSARD, "Time and organization", en BLYTON/EL MISMO/STEPHEN/STARKEY (eds.), *Time, Work and Organization*, 1989, pp. 91; EL MISMO, "Introduction: The Sociological Study of Time", en EL MISMO (ed.), *The Sociology of Time*, 1990, pp. 8; GIDDENS, "Time and social organization", pp. 143; ADAM, *Time and social theory*, pp. 104 ss.; LA MISMA, "Perceptions of time", en INGOLD (ed.), *Companion Encyclopedia of Anthropology*, 1994, pp. 513; LA MISMA, *Timewatch. The Social Analysis of Time*, 1995, pp. 27; MAFFESOLI, *L'instant éternel. Le retour du tragique dans les sociétés postmodernes*, 2.ª ed., 2003, pp. 79; VALENCIA GARCÍA, *Entre cronos y kairos. Las formas del tiempo sociohistórico*, 2007, pp. 94-95; BERIAIN, *Aceleración y tiranía del presente*, pp. 42 ss. *Vid.*, también, RAMOS TORRE, *Reis*, 1989, pp. 99, quien señala que, en sociedades hipercronometradas, el tiempo social y cualitativo deviene en contradictorio; es, por el contrario, el tiempo cuantitativo y, por tanto, lineal el que ejerce el predominio.

20

En este sentido, también, ELIAS, *Über die Zeit*, 1984, pp. 5-6; MCGRATH/KELLY, *Time and human interaction*, 1986, pp. 36-37; GIDDENS, "Time and social organization", pp. 160-162. Con todo, es preciso indicar que la concepción newtoniana del tiempo se corresponde con los desarrollos de la física clásica. La física moderna concibe al tiempo como irreversible, en tanto que para la física newtoniana la característica de reversibilidad está presente. Es en este punto en donde se puede apreciar una discordancia entre el "tiempo newtoniano" y la representación temporal moderna, que la concibe como una sucesión irreversible. La idea de irreversibilidad temporal fue uno de los primeros hallazgos de la denominada "nueva física" y, sin embargo, parece ser la única que ha sido incorporada al paradigma temporal de la sociedad moderna.

21

En este punto, es necesario introducir un matiz. La orientación al futuro a que se alude aquí no debe entenderse en términos absolutos, sino que es posible advertir la presencia de constantes referencias al pasado en las sociedades modernas. Sin embargo, estas referencias son puntuales y se limitan a determinados temas, como, por ejemplo, la violación a derechos humanos (genocidio nazi).

22

En este sentido, MOORE, *Man, Time and Society*, 1963, pp. 10; GURVITCH, *The spectrum of social time*, pp. 133; REZSOHAZY, "The methodological aspects of a study about the social notion of time in relation to economic development", en SZALAI (ed.), *The use of time. Daily activities of urban and suburban populations in twelve countries*, 1972, pp. 452; LEWIS/WEIGERT, "The Structures and Meanings of Social time", SF, 1981, pp. 445; MCGRATH/KELLY, *Time and human interaction*, pp. 54; HASSARD, "Introduction", pp. 12; RAMOS TORRE, "Introducción", en EL MISMO (ed.), *Tiempo y sociedad*, 1992, pp. XIII; SZTOMPKA, *The sociology of social change*, 1993, pp. 48; BERIAIN, "El triunfo del tiempo (representaciones culturales de temporalidades sociales)", *Política y sociedad*, 1997, pp. 109; IGLESIAS DE USSEL, *La dimensión social del tiempo*, pp. 46.

más y de introducir cada vez más actividades en el tiempo disponible ha conducido a un fenómeno curioso: de algún modo parece como si “tomáramos prestado” el tiempo para extender nuestro horizonte temporal hacia el futuro. Como hay un excedente de deseos, planes y actividades que deben realizarse y que no pueden encajar todos en el presente, se amplía el horizonte temporal prolongándolo hacia el futuro».²³

Así las cosas, el predominio del tiempo lineal e irreversible del reloj, unido a la imposición de rigurosos sistemas temporales de coordinación de actividades y las exigencias de mayores niveles de productividad –características propias de las sociedades postindustriales– explican la tendencia, en términos temporales, hacia el futuro. En una sociedad de estas características, los acontecimientos se convierten rápidamente en historia y se nos revela una sociedad en la que los hechos se ven sometidos a un inevitable proceso de superación social del pasado.

3.3 Conclusiones

Las distintas características temporales de las sociedades primitivas y de las sociedades modernas permiten extraer algunas conclusiones valiosas en el tratamiento de la imputación de los resultados tardíos. Dado que las estructuras temporales de las sociedades arcaicas siguen una lógica cíclica, repetitiva, lo que conlleva a que entre pasado y presente existe una estrecha relación de sentido por más distancia que exista entre ellos, el paso de un prolongado lapso de tiempo entre acción y resultado no se opone a la imputación de éste, con independencia de cuánto tiempo haya transcurrido hasta la producción del resultado.

La conclusión es distinta tratándose de sociedades modernas. En éstas, la concepción lineal del tiempo y la orientación temporal hacia el futuro traen consigo un alejamiento del pasado con respecto al presente. El pasado se convierte en historia con mayor rapidez y pierde su relación de sentido con el ahora. En una sociedad como ésta, la relación de sentido entre acción y resultado tardío se desvanece con el transcurso del tiempo, de manera que una solución que mantenga, con indiferencia de cuál sea el tiempo transcurrido, la imputación del resultado contradice la configuración temporal de la sociedad y se presenta como disfuncional.

²³

NOWOTNY, “Time Structuring and Time Measurement”, pp. 331; LA MISMA, *Eigenzeit. Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls*, 1993, pp. 53. De igual manera, TRIST, “Aspects of the transition to post-industrialism”, en EMERY/TRIST, *Towards a Social Ecology. Contextual Appreciation of the Future in the Present*, 1972, pp. 88; LUHMANN, “The Future cannot begin: Temporal Structures in Modern Society”, *SR*, 1976, pp. 134: “sabemos que un índice más rápido de cambio requiere de un comportamiento más anticipatorio –literalmente, actuar con más anterioridad al acontecimiento, más planificación orientada al futuro”; FERRAROTTI, *Il ricordo e la temporalità*, pp. 110: “[P]rogramar el futuro mediante planes elaborados con antelación significa prever un cierto orden en las acciones, elaborar una tabla de prioridades de las iniciativas. Esto comporta una noción unilineal del tiempo, relativamente homogéneo, lógicamente dominable a mediano y a largo plazo”.

4. Primera cuestión metodológica: la necesaria «juridificación» de los aportes sociológicos

No obstante que los resultados de las investigaciones de la Sociología del tiempo sobre la configuración temporal de la sociedad constituyen un valioso punto de apoyo para la solución del problema que abordo, la pretensión de vincular la teoría de la imputación objetiva a la configuración de la sociedad presupone necesariamente responder la pregunta acerca de si es o no posible el diálogo entre la dogmática penal y las ciencias sociales. Sólo si la respuesta es positiva, se podrán tomar en cuenta los aportes de la Sociología del tiempo en la propuesta de una solución a la problemática de la imputación de resultados tardíos y de la dimensión temporal de la imputación objetiva.

Frente a la aspiraciones integradoras por parte de un importante sector de la doctrina se alega, principalmente, la imposibilidad metodológica de vincular los planos del ser y del deber ser. La sociología, se dice, se movería en el plano de lo empírico, mientras que la dogmática penal, por su parte, se desarrollaría en un nivel puramente valorativo. Una integración de ambas disciplinas supondría desbordar, una respecto de la otra, sus propios ámbitos de operatividad, puesto que, por un lado, la dogmática penal tendría como objeto de conocimiento el deber ser, mientras que, por otro, el objeto de conocimiento de la sociología estaría dado por el ser. No respetar dichos niveles de operatividad supondría incurrir en un grave «sincretismo metodológico», que invalidaría toda investigación realizada sobre la base de la pretendida integración.²⁴

Sin embargo, en mi opinión, dichas afirmaciones no constituyen una crítica definitiva. La tarea de la sociología no se limita a la mera descripción de fenómenos de la realidad social, sino que dicha disciplina también mantiene una permanente relación con enunciados valorativos. Los científicos sociales proceden sobre la base de determinadas valoraciones no sólo cuando seleccionan el tema de investigación o cuando hacen abstracción de los aspectos a analizar de un determinado tema. El sociólogo también procede normativamente cuando aplica las conclusiones de su investigación.²⁵

²⁴ Así, ACHTERBERG, “Gedanken zur Einführung rechtssoziologischer Lehrveranstaltungen in den Rechtsunterricht”, JZ, 1970, pp. 282; HENKE, “Jurisprudenz und Soziologie”, JZ, 1974, pp. 732-733; REICHARDT, *Einführung in die Soziologie für Juristen. Theoretische und methodologische Grundlagen*, 1981, pp. 32. En esta línea, BACIGALUPO, “Relaciones entre la dogmática penal y la criminología”, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982 pp. 62, criticando la postura metodológica de FERRI. Hace referencia a que esta idea también ha influido negativamente en la consideración de los datos económicos y sociológicos en el terreno del Derecho civil, WALZ, “Sozialwissenschaften im Zivilrecht. Eine Einleitung”, en EL MISMO (ed.), *Sozialwissenschaften im Zivilrecht. Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung*, 1983, pp. 12 y 23. Sostienen que la integración entre ciencias empíricas y normativas es todavía un objetivo lejano, RICHTER, “Die Rolle des Richters in unserer Zeit”, JZ, 1974, pp. 349; HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention, Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976, pp. 48.

²⁵ LAUTMANN, “Soziologie und Rechtswissenschaft”, en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaft*, 1973, pp. 40; AL-CÁCER GUIRAO, “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, ADPCP, 1999, pp. 186 ss. En el mismo sentido, MÜLLER-DIETZ, “Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik”, en EL MISMO (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971 pp. 149; WALZ, “Sozialwissenschaften im Zivilrecht”, pp. 23; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 136.

De igual forma, la sociología desborda el ámbito de lo puramente descriptivo cuando, por ejemplo, dirige su atención a problemas que tienen que ver con la estabilidad funcional de la sociedad.²⁶ Que un hecho concreto pueda ser calificado como funcional o disfuncional no depende de su simple regularidad, sino que dicha calificación está condicionada a una determinada interpretación de la realidad, que, como tal, implica siempre una valoración de los hechos.

Con todo, para proceder a la consideración de datos sociológicos en la dogmática penal, no resulta suficiente poner de relieve que los enunciados de la sociología y los de la dogmática penal se mueven en el mismo nivel de normatividad. Si bien se trata, en muchos casos, de valoraciones y no de simples descripciones de la realidad, ello no justifica su automática articulación en el sistema de conocimientos dogmáticos. Se hace necesario, para una verdadera integración, una adaptación de dichas valoraciones sociológicas a la racionalidad valorativa del Derecho penal.

Es preciso proceder, pues, a una «juridificación» de los aportes de la sociología o de otras disciplinas extrajurídicas. Se hace imprescindible una reformulación de los conocimientos sociológicos a partir de los principios que legitiman el Derecho penal,²⁷ a fin de lograr la compatibilidad de los conocimientos extrajurídicos con las consideraciones jurídico-valorativas. Tanto la sociología como las demás ciencias sociales pueden ser de gran utilidad en el sentido de servir como puntos de apoyo en el procedimiento de valoración o para formular hipótesis o demostrar su inconsistencia. Lo que, en todo caso, no pueden hacer es desempeñar una función legitimadora que no les corresponde. Ésta sólo le corresponde al Derecho penal.²⁸

Así pues, contar con un procedimiento que permita la «juridificación» de los aportes de la Sociología del Tiempo resulta ser una condición imprescindible para articular estos aportes en una teoría jurídico-penal que pretenda brindar una solución convincente a la problemática de la imputación de los resultados tardíos y de la dimensión temporal de la imputación objetiva. A mi juicio, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos puede ofrecer el camino para lograr tal articulación.

²⁶ LAUTMANN, “Soziologie und Rechtswissenschaft”, en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaft*, 1973, pp. 39-40, poniendo como ejemplo a la estigmatización de las minorías.

²⁷ En este sentido, WÜRTEMBERGER, “Strafrechtsdogmatik und Soziologie”, en EL MISMO, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*, 1970 pp. 39; RYFFEL, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, 1974, pp. 222; H.-W. SCHÜNEMANN, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz. Eine Einführung für Praktiker*, 1976, pp. 136-137; HOFFMANN-RIEM, “Rechtswissenschaft als Rechtsanwendungswissenschaft”, 1976, pp. 24; WALZ, “Sozialwissenschaften im Zivilrecht”, pp. 17-18; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 2005, pp. 760; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., pp. 150. De una opinión parecida, NAUCKE, “Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften”, 1972, pp. 32-33; EL MISMO, “Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht”, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE (eds.), *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 14; PLEMPER, “Soziologie und Strafrecht – die Angst vor der Vereinnahmung”, en OSTENDORF (ed.), *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften*, Festschrift für Lieselotte Pongratz, 1986 pp. 285. Cfr., también, ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1999, pp. 184-185.

²⁸ De modo similar, WALZ, “Sozialwissenschaften im Zivilrecht”, pp. 24. En efecto, sin una traducción de los datos sociológicos en clave jurídica, los conocimientos de la Sociología pueden verse sometidos a cualquier clase de manipulación política o ideológica; cfr. H. JÄGER, “Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation”, en LÜDERSSEN/SACK (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, t. IV, *Kriminalpolitik und Strafrecht*, 1980 pp. 11.

5. Segunda cuestión metodológica: el Derecho como sistema autopoiético

De acuerdo con los postulados de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, la sociedad es un sistema cuyo elemento constitutivo básico es la comunicación.²⁹ Los sistemas sociales, según la lógica autopoiética, son, asimismo, sistemas abiertos y cerrados a la vez, lo cual significa que dicho cierre operativo se refiere sólo a la autoreproducción de sus componentes, pues el sistema no deja de tener contacto con el exterior.³⁰ Sin embargo, las relaciones de éste con su entorno se rigen por los procesos internos del primero, y sólo aquellos elementos externos que son reconocidos por el sistema social como relevantes para la continuación de sus operaciones autopoiéticas se convierten en comunicaciones y adquieren *resonancia* al interior del sistema.

Debido al aumento de la complejidad del entorno,³¹ la sociedad, en tanto sistema autopoiético, procede a distinguir en su seno parcelas más especializadas de comunicaciones que, a su vez, constituyen subsistemas.³² Un medio ambiente que se ha transformado y que posee mayor complejidad actual se presenta como un universo también mayor de alternativas o posibilidades, y si el sistema pretende continuar su imprescindible relación con el entorno, deberá adoptar una nueva constitución, de manera tal que la tematización del nuevo medio ambiente más complejo sea posible.³³ Uno de los subsistemas que la sociedad ha diferenciado es el «sistema del Derecho» o «sistema jurídico».

²⁹ LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 2.ª ed., 1985, pp. 192; EL MISMO, “The Autopoiesis of social Systems”, en GEYER/VAN DER ZOUWEN (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes. Observation, Control and Evolution of Self-steering Systems*, 1986, pp. 177-178; EL MISMO, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 2.ª ed., 1989, pp. 50: “[D]ie Gesellschaft ist ein autopoietisches System auf der Basis von sinnhafter Kommunikation. Sie besteht aus Kommunikation, sie besteht nur aus Kommunikationen, sie besteht aus allen Kommunikationen. Sie reproduziert Kommunikation durch Kommunikation”; EL MISMO/DE GEORGI, *Teoria della società*, 6.ª ed., 1994, pp. 26. También, TEUBNER, “Evolution of Autopoietic Law”, en TEUBNER (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, 1988, pp. 221; EL MISMO, *Law as an Autopoietic System*, 1993, pp. 29.

³⁰ LUHMANN, *Soziale Systeme*, 2.ª ed., pp. 275 ss.

³¹ Pues el entorno siempre es más complejo que el sistema; cfr. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik, t. II, Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, 1981, pp. 275; EL MISMO, “Gesellschaft”, en EL MISMO, *Soziologische Aufklärung, t. I, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 5.ª ed., 1984, pp. 143; EL MISMO, *Soziale Systeme*, 2.ª ed., pp. 249; EL MISMO, “Komplexität”, en EL MISMO, *Soziologische Aufklärung, t. I, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 5.ª ed., 1984, pp. 210; EL MISMO, “Identitätsgebrauch in selbstsubstitutiven Ordnungen, besonders Gesellschaften”, en EL MISMO, *Soziologische Aufklärung, t. III, Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, 2.ª ed., 1991, pp. 199.

³² LUHMANN, “Soziologie als Theorie sozialer Systeme”, en EL MISMO, *Soziologische Aufklärung, t. I, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 5.ª ed., 1984, pp. 123.

³³ En ese sentido, las críticas de inmovilidad del sistema social formuladas por BARATTA, “Integración-prevención: Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, CPC, 1984, pp. 549-550, no pueden compartirse, pues la teoría de la evolución de los sistemas sociales constituye, para LUHMANN, uno de los pilares de su teoría de la sociedad. De esta opinión, también, FEIJÓO SÁNCHEZ, “La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 444 nota 27.

El subsistema del Derecho, en tanto que constituye un sistema parcial del sistema de la sociedad, cuenta, evidentemente, con su propio código binario o esquematismo binario, que está formado por los valores contrapuestos «conforme a Derecho/contrario a Derecho».³⁴ El sistema parcial del Derecho, mediante la aplicación de su código binario «conforme a Derecho/contrario a Derecho», realiza un procedimiento de selección de aquellas informaciones de su medio ambiente que pasarán a formar parte de él en calidad de comunicaciones jurídicas.³⁵ Así, por ejemplo, en el entorno, un puñetazo se presenta como un mero acontecimiento. Sin embargo, éste es procesado por el sistema del Derecho en virtud de su codificación binaria y enlazado como comunicación jurídica. El puñetazo pasa, de esa manera, a ser entendido como un delito (o falta) de lesiones.

Pero en el procesamiento del entorno por parte del sistema del Derecho no sólo interviene su código binario. Para tal efecto, es necesaria la intervención de los programas condicionales del sistema jurídico.³⁶ Éstos se presentan como las condiciones que permiten afirmar que a un acontecimiento perteneciente al entorno le corresponde ser calificado como «conforme a Derecho» o como «contrario a Derecho», y se caracterizan por su gran capacidad de transformación.³⁷ La maleabilidad de los programas es una condición para lograr la diferencia fundamental sistema/entorno, puesto que sólo en tanto que éstos adquieran una mayor adaptabilidad respecto del entorno, mayores sectores de la realidad podrán ser procesados. En ese sentido, el medio ambiente puede irritar al sistema, generando una transformación de su programación, a fin de que dicho ruido o molestia pueda ser procesado, en el futuro, como una comunicación, y el sistema siga diferenciándose de su entorno.

Para el sistema parcial del Derecho las normas jurídicas se constituyen como programas condicionales,³⁸ puesto que son ellas, entre otras estructuras, las que establecen los presupuestos de aplicación del código binario. Dado que una interrelación permanente con el medio ambiente es un requisito fundamental para su delimitación y existencia, el subsistema jurídico puede incluso modificar su programación (sus normas) con el fin de reflejar adecuadamente la realidad externa y lograr una mejor adaptación a ésta. En ese sentido, la programación condicional del sistema

³⁴ Las primeras indicaciones de LUHMANN sobre el código binario del Derecho “conforme a Derecho/contrario a Derecho” puede encontrarse en *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 21-22, 48, 49 y 57, si bien se trata de meras referencias sin mayor fundamentación. Cfr. también, TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, pp. 3, 11, 38, 43, 88 y 103.

³⁵ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, pp. 178.

³⁶ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 195: “los programas del sistema jurídico son siempre programas condicionales” (cursivas en el original).

³⁷ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 197.

³⁸ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 17; EL MISMO, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 93.

jurídico se constituye en las vías a través de las cuales el entorno llega a tener resonancia en el Derecho (un claro ejemplo de la resonancia que puede llegar a tener el entorno en el sistema jurídico lo constituye la influencia de las nuevas tecnologías en el Derecho). A través de los programas, el sistema construye una imagen de lo que acontece en el mundo exterior. El sistema jurídico se convierte, en palabras de LUHMANN, en *«aquel órgano de la sociedad del que se echa mano para dar forma jurídica a las concepciones cambiantes del mundo»*.³⁹

Ahora bien, al aplicar su código binario y su programación condicional, el sistema del Derecho observa el entorno.⁴⁰ Y puesto que esta observación es consecuencia de la aplicación de estructuras propias del sistema jurídico, el producto de la observación siempre será una construcción. La selección y el empleo de un concreto esquema de diferencias por parte del sistema condicionan el resultado de la observación. *Para un sistema de comunicación, como es el Derecho, la realidad siempre viene dada por aquello que la realidad es para él y no para otros sistemas que operan con esquemas de diferencias distintos*. Así, por ejemplo, si bien, en el sistema científico, se puede concluir –por ejemplo, mediante la realización de la prueba de ADN– que entre A y B no existe ninguna relación paterno-filial, puede ocurrir que, para las comunicaciones del sistema del Derecho, tal relación sí exista. Y, en sentido contrario, si bien, desde una observación del sistema científico, se puede afirmar que la libertad no existe, el sistema jurídico puede operar sobre la base de una realidad propia en la que la libertad es el presupuesto de la responsabilidad.

6. La prescripción de la pena como programa condicional del sistema del Derecho

Teniendo en cuenta cómo funciona la sociedad y sus subsistemas es necesario preguntar si el sistema del Derecho ha tenido en consideración la orientación temporal de la sociedad moderna. Esta pregunta debe responderse, a mi juicio, afirmativamente. En efecto, el sistema jurídico ha tenido en consideración el transcurso del tiempo de diversas maneras. Así, en algunas ocasiones, éste, a través de sus programas (sus normas), ha dispuesto las condiciones para atribuir al tiempo una importancia fundamentadora de la agravación de la responsabilidad penal, como sucede con el delito permanente, en el que la consumación no tiene lugar sólo en el instante en el que concurren todos los elementos típicos, sino que aquella puede ser mantenida volunta-

³⁹ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 95 (las cursivas son mías).

⁴⁰ En igual sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal”, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El Funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, 2003, pp. 27; PIÑA ROCHFORT, *Rol social y sistema de imputación*, 2005, pp. 211.

riamente por el autor, creando, de esa manera, una situación antijurídica de cierta duración.⁴¹ Se produce, a juicio de la doctrina, un incremento cuantitativo del injusto, debido a la mayor intensidad de la afectación del bien jurídico en comparación a una lesión que no se prolonga sino que produce de manera instantánea.⁴²

En otras ocasiones, los programas del sistema jurídico establecen los presupuestos para afirmar que el transcurso de amplios intervalos de tiempo cumple un papel negativo para la determinación del sentido delictivo de un hecho, como es el caso del delito continuado. En este supuesto, la doctrina especializada afirma que la existencia de un delito continuado no depende, en el plano objetivo, únicamente de la realización de una pluralidad de acciones típicas, por una parte, y de que éstas vulneren el mismo precepto o preceptos de semejante naturaleza, por otra. Aun cuando el art. 74 CP no lo establece expresamente, la doctrina absolutamente dominante considera que, para tal efecto, hace falta observar, además, un estrecho lapso temporal entre cada una de las distintas conductas realizadas.⁴³ Este requisito de la cercanía temporal entre las distintas acciones que dan lugar al delito continuado obedece a la necesidad de castigar una multiplicidad de comportamientos como si tratara de un único comportamiento típico. Así, esta estrecha relación temporal no sólo haría posible una delimitación con respecto al concurso real de delitos, sino que, fundamentalmente, haría factible hablar de una unidad de acción. Ya no se trataría de la realización de acciones típicas distintas e independientes entre sí, sino de una acción típica única.

Pero la consideración de la orientación temporal de la sociedad moderna ha encontrado su materialización en la figura de la prescripción de la pena. El sistema jurídico, en su constante interrelación con el medio ambiente, ha sido sensible a las influencias del entorno, ha modificado sus

⁴¹ En este sentido, HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, 1974, pp. 24 y 69-71; KÜHL, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, 1974, pp. 186; WERLE, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, 1981, pp. 31; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 116; BORJA JIMÉNEZ, "La terminación del delito", *ADP-CP*, 1995, pp. 153 ss.; SCHMITZ, *Unrecht und Zeit, Unrechtsquantifizierung durch zeitlich gestreckte Rechtsgutsverletzung*, 2001, pp. 47-49; KELLER, *Zur tatbestandlichen Handlungseinheit*, 2004, pp. 32; LLORIA GARCÍA, *Aproximación al estudio del delito permanente*, 2006, pp. 38-39. Ésta es también la opinión más extendida en la doctrina italiana; vid. MORO, *Unità e pluralità di reati*, 2.ª ed., 1954, pp. 226. En contra de la existencia de una situación antijurídica, PECORARO-ALBANI, "Del reato permanente", *Rit.DP*, 1960, pp. 400 ss.

⁴² Así, HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, pp. 71-72; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 6/81; BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP*, 1995, pp. 159 y 160; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pp. 121; GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho penal*, 2001, pp. 143.

⁴³ En este sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, 1951, pp. 67; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz*, 1961, pp. 307-308; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito continuado*, 1977, pp. 169-170; ANTÓN ONECA, "Delito continuado", en *NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA*, t. VI, 1985, pp. 459; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 209; TOMÁS TÍO, "El delito continuado en el Código penal (Art. 69 bis)", *CPC*, 1987, pp. 150; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 7.ª ed., 1989, pp. 428; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., 1996, pp. 716; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, pp. 191; KELLER, *Zur tatbestandlichen Handlungseinheit*, pp. 164. En la doctrina italiana, *cfr.* PUNZO, *Reato continuato*, 1951, pp. 12-13 y 22; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, 2.ª ed., 1976, pp. 60. En realidad, esta exigencia no sólo está referida a la cercanía temporal, sino también a que las acciones sean realizadas en un mismo contexto espacial. Sin embargo, en lo que atañe a los temas que se abordan en la presente investigación, adquiere mayor trascendencia el factor temporal del delito continuado.

programas condicionales para una mejor adaptación a éste y ha construido, con ello, una imagen de lo que sucede en la realidad extrasistémica. Al generar esta imagen del mundo exterior, ha construido una realidad –una realidad jurídica– en la que se aprecia la relevancia que posee el paso del tiempo para la exclusión de la responsabilidad penal. Esto, sin embargo, no ha ocurrido con la prescripción del delito. En la prescripción del delito, por el contrario, si bien se ha tenido presente el paso del tiempo, su regulación positiva impide vincularla exclusivamente con el proceso social de historización de los acontecimientos. La existencia de plazos de suspensión e interrupción de la prescripción de la infracción penal contradice la lógica de la superación social del pasado como fundamento único de esta figura.⁴⁴

De esa manera, es posible afirmar que *la prescripción de la pena se constituye en el programa condicional a través del cual la orientación temporal de la sociedad moderna se ha visto reflejada en el sistema del Derecho*. Y aquí debe quedar claro que ese «reflejo» no es otra cosa que la (re)construcción de la realidad que, en términos jurídicos, lleva a cabo el propio sistema. En consecuencia con ello, los plazos de la prescripción de la pena previstos legalmente fijan los períodos después de los cuales los hechos se convierten en historia y la necesidad de pena decae totalmente. La prescripción de la pena se constituye, así, en la «*herramienta de transformación*» de los datos extrajurídicos proporcionados por la Sociología del tiempo. En otras palabras: a través de ella puede llevarse a cabo la «juridificación» de los aportes de la Sociología del tiempo y armonizar la construcción dogmática con la configuración de la sociedad.

7. La dimensión temporal de la teoría de la imputación objetiva

7.1 Dogmática penal y programación del sistema jurídico. Los conceptos jurídicos adecuados a la realidad

En este punto es preciso empezar poniendo de relieve que la necesidad de que la formulación de teorías jurídico-penales tenga en consideración la configuración de una concreta sociedad se explica por el hecho de que, en el sistema jurídico, se lleva a cabo la generalización de las expectativas normativas. Por esta razón, este sistema debe tener en cuenta, en la medida de lo posible, lo que acontece en el sistema (total) de la sociedad, a fin de lograr una genuina y adecuada uniformización de las mismas. Ahora bien, para que ello tenga lugar no resulta suficiente que el sistema jurídico materialice las influencias del medio ambiente a nivel de sus programas condicionales –lo que ya ha sucedido a través de la prescripción de la pena, por ejemplo. Para tal fin es preciso, además, que la dogmática penal proceda a dar respuesta a las exigencias planteadas al Derecho

⁴⁴ Cfr. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva, 2013, pp. 238 ss.

desde distintos sectores de la sociedad, pero siempre de un modo tal que dicha respuesta compatibilice también con la realidad que el sistema jurídico ha construido.

En efecto, los programas condicionales del sistema jurídico constituyen imágenes del mundo exterior generadas por el mismo sistema. A través de éstos, dicho sistema construye su propia realidad, la realidad jurídica. Por ello, dado que la dogmática pasa a incorporarse a los programas condicionales,⁴⁵ aquella debe procurar elaborar conceptos que compatibilicen no sólo con la realidad jurídica que el sistema ha construido y plasmado en su programación, sino también con la realidad extrasistémica. Una verdadera uniformización de expectativas pasa, necesariamente, por una ineludible referencia al entorno.⁴⁶ La dogmática penal, en ese sentido, debe *reconstruir*, en el seno del sistema jurídico, la configuración de la sociedad.

Pues bien, el camino para materializar la pretendida compatibilización discurre por la formulación de *conceptos adecuados a la sociedad*.⁴⁷ Aquélla debe constituirse en autoobservaciones vinculadas, en la medida de lo posible, a la realidad extrajurídica. Sin embargo, la adecuación a lo social de estos conceptos jurídicos no significa que se trate de conceptos sociológicos introducidos sin más en la elaboración teórico-jurídica.⁴⁸ A esta forma de proceder se oponen los planteamientos fundamentales de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos sobre los que se basa la presente investigación. El subsistema del Derecho elabora sus propios conceptos en el marco de un continuo proceso de su propia construcción de la realidad, de manera que los conceptos aportados por observaciones realizadas desde otros subsistemas deben ser reformulados en términos jurídicos.

Así las cosas, la pregunta acerca de si los aportes de la Sociología del tiempo pueden o no pasar a formar parte de las construcciones dogmáticas del Derecho penal debe responderse de manera afirmativa, y esta posibilidad encuentra su explicación en el hecho de que, como ya lo hemos anotado en líneas precedentes, el sistema del Derecho, a fin de lograr una mejor adaptación a las influencias de su entorno, ha materializado, a nivel de su programación condicional, la orientación temporal de la sociedad actual y el proceso de historización de los acontecimientos a través de la figura de la prescripción de la pena.⁴⁹ A través de ésta, en efecto, el sistema jurídico considera que, luego de transcurrido un considerable período de tiempo, el hecho delictivo realizado se convierte en historia, y que insistir en la responsabilidad penal ya no tiene sentido.

⁴⁵ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 44.

⁴⁶ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 20-21.

⁴⁷ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 50.

⁴⁸ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 50.

⁴⁹ Por ello, tiene razón B. SCHÜNEMANN, "Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA", pp. 37; EL MISMO, "AIDS und Strafrecht", pp. 27-28, cuando considera que la relevancia del paso del tiempo la otorgan ciertos principios jurídicos.

7.2 La aplicación, vía analogía *in bonam partem*, de los plazos de prescripción de la pena

Pero que se haya demostrado que la prescripción de la pena constituye el mecanismo en virtud del cual se «juridifican» las conclusiones de la Sociología del tiempo no es todavía suficiente. Dado que se trata de someter a los supuestos de resultados tardíos a un correcto tratamiento dogmático y de determinar la existencia de una dimensión temporal de la imputación objetiva, hace falta trasladar las conclusiones obtenidas en dicho proceso de «juridificación» al nivel de menor abstracción al que pertenece la construcción teórico-jurídica del Derecho penal y, en concreto, al terreno de la teoría de la imputación objetiva. Esto podría hacerse, a primera vista, a través de la aplicación analógica de los plazos de prescripción de la pena.

Parece claro que, en la prescripción de la pena, el paso del tiempo trae consigo el decaimiento de la necesidad de pena.⁵⁰ El transcurso de un amplio lapso temporal desde la declaración de la culpabilidad no genera una disminución de la desvaloración realizada sobre la base de la lógica de racionalidad valorativa (es decir, del merecimiento de pena). El interés afectado con el comportamiento no pierde el valor que en sí mismo posee, debido a que el hecho se haya cometido muchos años atrás. De igual manera, la peligrosidad de la conducta concreta no se ve alterada por el paso de los años. En suma, el merecimiento de pena no se ve menoscabado por el hecho de que el delito se haya realizado en coordenadas temporales que distan del presente. El transcurso del tiempo afecta, por el contrario, el aspecto teleológico de la imposición de la pena.

En los supuestos de resultados tardíos sucede lo mismo que con la prescripción de la pena. Luego de mucho tiempo, la acción llevada a cabo por el autor se percibe como un suceso que ha perdido actualidad y que también ha pasado a formar parte de la historia. Dado que ya no se entiende como un hecho que afecta gravemente la configuración actual de la sociedad, el recurso a la imposición de la pena deviene innecesaria. Sin embargo, ello no impide que el comportamiento realizado en coordenadas temporales muy alejadas del presente siga estando desvalorado sobre la base de criterios de racionalidad valorativa. Lo que decae es, en consecuencia, la necesidad de pena y no su merecimiento.

50

Así, LORENZ, *Die Verjährung im Strafrechte. Eine dogmatische Untersuchung*, 1934, pp. 50 ss.; EL MISMO, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege data und de lege ferenda*, 1955, pp. 56; SCHÄFER, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, t. II, Allgemeiner Teil*, 1958, pp. 333; BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 191-192; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., pp. 912. Le otorgan mayor relevancia a la disminución de necesidades de prevención especial aunque sin descartar el debilitamiento de los efectos preventivo-generales de la pena, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, pp. 289-290; GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho penal*, pp. 81. Lo complementan con otros argumentos justificadores, MORILLAS CUEVA, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, 1980, pp. 83-84; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho penal*, 2003, pp. 26 y 247. También, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal: fundamento y aplicación (texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal)*, 2004, pp. 197-199, quien, además, señala que, en los plazos cortos de prescripción de la pena, el fundamento radica en argumentos de corte procesal.

Ahora bien, dado que la aplicación de la analogía trae importantes consecuencias de cara a la innovación del ordenamiento jurídico, el recurso a ella no puede dejarse a la total arbitrariedad. Es necesario la observancia de determinados requisitos que justifiquen cuándo la consecuencia jurídica de un caso puede ser extrapolado a otro similar. Para ello, debe tenerse en cuenta que si la solución de los supuestos de resultados tardíos pasa por aplicar, vía analogía, los plazos previstos para la prescripción de la pena, entonces se trata de tomar como punto de referencia *un precepto concreto* –el art. 133 CP– y no el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así las cosas, no estamos frente a una analogía iuris, sino que estamos frente a un caso de analogía legis,⁵¹ para lo cual se requiere: la existencia de una laguna, la existencia de precepto que regula caso análogo, e identidad de razón.

Pues bien, en el problema que se aborda en la presente investigación, estamos frente a una laguna normativa. Los casos en los que se aprecia una larga dilación temporal entre la realización de la acción y la producción del resultado no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico-penal español. No existe disposición legal alguna que establezca una determinada consecuencia jurídica a dichos supuestos.

Por su parte, una disposición legal que regule un supuesto similar a los casos de resultados tardíos viene dado por el art. 131 CP, que establece los plazos de prescripción del delito. Tanto la prescripción del delito como los supuestos caracterizados por la producción diferida del resultado cuentan, entre sus elementos esenciales, con el transcurso de un período de tiempo más o menos extenso. Pero, por otro lado, los casos de resultados tardíos comparten también dicha propiedad con el art. 133 CP, que prevé los plazos de prescripción de la pena. En ambas disposiciones legales, el paso del tiempo parecer ser el elemento fundamental, de modo que, a primera vista, la solución de los resultados tardíos mediante el recurso a la analogía *in bonam partem* podría venir de la mano de estos dos preceptos.

Sin embargo, la identidad de razón hay que establecerla con el art. 133 CP, que establece los plazos de prescripción de la pena del delito que se trate. El fundamento que legitima la extinción de la responsabilidad penal en la prescripción del delito no se corresponde, por las razones antes mencionadas, con el decaimiento de la necesidad de pena por el paso del tiempo. La identidad de

⁵¹

Sobre la distinción entre analogía legis y analogía iuris, *vid.* ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 2.ª ed., 1959, pp. 147; RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, 1976, pp. 107; ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9,10º del Código penal)*, 1978, pp. 18-19; FALCÓN Y TELLA, *El argumento analógico en el Derecho*, 1991, pp. 133; ESCUSOL CORREDOR/GARCÍA MARÍN, “Argumentación analógica y argumentación en contrario”, en CALVO GARCÍA (ed.), *Interpretación y argumentación jurídica*, t. I, 1995, pp. 126; SALGUERO, *Argumentación jurídica por analogía*, 2002, pp. 167 ss.; ITURRALDE SESMA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, 2003, pp. 232; GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6.ª ed., 2004, pp. 98; MONTIEL FERNÁNDEZ, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, 2009, pp. 145 ss. (<http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0116109-175526>; última visita: 17 de octubre de 2015).

razón cabe establecerla correctamente con los plazos de la prescripción de la pena, pues el fundamento de ésta sí viene dado por el debilitamiento de las necesidades preventivo-generales de pena por el transcurso del tiempo.

7.3 La pérdida de la relación de sentido de unidad delictiva entre acción y resultado tardío. El alcance temporal del riesgo típico (o plazo de imputación)

Admitida pues la posibilidad de la aplicación, mediante analogía *in bonam partem*, de los plazos de prescripción de la pena a los casos de resultados tardíos, cabe formular, en primer lugar, la pregunta acerca de en qué nivel de la teoría de la imputación objetiva tiene relevancia el transcurso del tiempo. A mi juicio, la problemática de la imputación de los resultados tardíos halla su correcto tratamiento en el ámbito de la imputación objetiva del comportamiento.

En la imputación objetiva de la conducta se determina, de hecho, cuál o cuáles de los aspectos del comportamiento realizado por el autor son los que sustentan la desaprobación jurídico-penal del mismo. En este nivel, se establece, pues, cuáles son los riesgos permitidos y los riesgos no permitidos que trae consigo la realización de la conducta en cuestión. Pues bien, si de lo que se trata, en la problemática que se aborda en este trabajo, es de precisar si el resultado producido luego de una gran dilación temporal puede fundamentar responsabilidad penal por delito consumado, entonces se debe determinar, antes de todo, si el riesgo creado por el autor también está desaprobado en relación a aquellos resultados acaecidos tardíamente.

Se trata de precisar, por tanto, cuál es la «dimensión del riesgo» jurídico-penal del comportamiento llevado a cabo por el autor. La pertenencia al círculo de problemas relativos al primer nivel de la imputación objetiva se explica, por otra parte, por el hecho de que es la acción típica –y no el resultado– la que se ve sometida a un proceso de progresivo debilitamiento de la necesidad de pena, de modo que, llegado un determinado momento, será posible apreciar un total decaimiento de su relevancia jurídico-penal.⁵² Esto sucederá una vez que se haya superado lo que he denominado el *alcance temporal del riesgo típico o plazo de imputación objetiva del comportamiento* correspondiente al delito que se trate.

Una vez superado el alcance temporal del riesgo típico, el comportamiento deja de pertenecer al plano de los significados –puesto que deja de tener significado delictivo–, de tal manera que la relación que éste entabla con el resultado que se produce fuera del plazo de imputación objetiva de la conducta ya no puede entenderse en términos de sentido delictivo, sino sólo en clave naturalística. Tiene lugar, de esa manera, la pérdida de la relación de sentido delictivo entre comportamiento y resultado tardío.

52

Con todo, es preciso señalar que, en algunos casos de los que he llamado resultados tardíos con implicaciones procesales, el problema se reconduce a la imputación objetiva del resultado; vid. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, La imputación de los resultados tardíos, pp. 333 ss.

Una vez superado el alcance temporal del riesgo típico, el comportamiento deja de pertenecer al plano de los significados –puesto que deja de tener significado delictivo–, de tal manera que la relación que éste entabla con el resultado que se produce fuera del plazo de imputación objetiva de la conducta ya no puede entenderse en términos de sentido delictivo, sino sólo en clave naturalística. Tiene lugar, de esa manera, la pérdida de la relación de sentido delictivo entre comportamiento y resultado tardío.

En efecto, la aludida relación de sentido delictivo se configura cuando el resultado se produce dentro del período en el que la conducta es considerada jurídico-penalmente relevante (esto es, dentro del plazo de imputación objetiva de la acción o alcance temporal del riesgo típico); o, expresado de otra manera, cuando el riesgo jurídico-penalmente relevante que trae consigo el comportamiento típico mantiene su condición de tal en el momento en que el resultado tiene lugar. Éste queda, pues, «cubierto», en términos temporales, por el significado delictivo del comportamiento. Así, debido a que el resultado es comprendido o «cubierto» temporalmente por el riesgo jurídico-penalmente relevante, entre comportamiento y resultado diferido se configura una *relación de sentido de unidad delictiva*. El resultado, de esa manera, es entendido ya no como la mera modificación del mundo exterior, sino como un resultado típico, como un resultado con relevancia para el Derecho penal. Acción y resultado tardío pasan a entenderse como una unidad de sentido.

Cuando, por el contrario, el resultado cae fuera del plazo de imputación objetiva de la acción, la conducta ya no puede explicar el resultado en términos de significado (delictivo). Dado que éste queda fuera del período durante el cual el comportamiento es todavía jurídico-penalmente relevante, se produce la *pérdida de la relación de sentido de unidad delictiva* entre el comportamiento y el resultado diferido. Debido a que éste cae fuera del alcance temporal del riesgo típico, ya no es posible entender ambos momentos como componentes de un único fenómeno delictivo, sino que pasan a ser concebidos como elementos normativamente inconexos y unidos sólo por una relación de causalidad.

Con todo, para calcular el plazo de imputación objetiva de la acción o alcance temporal del riesgo típico no debe perderse de vista, ante todo, que se trata de precisar la necesidad de pena *de la conducta* realizada y no del hecho total. De lo que se trata es, en efecto, de determinar cuánta necesidad de pena recae sobre la concreta conducta, puesto que es la necesidad de pena del comportamiento –y no la del hecho total– la que se ve afectada por el transcurso del tiempo. Por esa razón, la necesidad de pena debe ponerse en relación con la pena que le correspondería a la tentativa del delito cometido, para lo cual se deberá tener en cuenta, por una parte, el grado de peligro que lleva consigo el comportamiento y, por otra, el grado de ejecución alcanzado, de conformidad con el art. 62 CP.

En cuanto al primero de los dos criterios antes mencionados, al momento de determinar la pena respectiva debe considerarse que, como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, las conductas que generan *ex ante* un riesgo de producción tardía del resultado poseen una menor carga de desvalor en comparación con aquellas otras que crean el riesgo de producir el resultado inmediatamente o a corto plazo.⁵³ Por otra parte, en relación al grado de ejecución, dado que partimos de supuestos en los que el resultado se ha producido efectivamente y el proceso penal se inicia luego de la verificación de la lesión tardía, estaremos frente a un supuesto de tentativa acabada.

Así, por ejemplo, en un caso de homicidio, a cuya tentativa le correspondería la pena de prisión de ocho años, el alcance temporal del riesgo típico sería de quince años (art. 133.1.4° CP). De esa manera, sólo podrá afirmarse la existencia de una relación de sentido de unidad delictiva entre acción y resultado –y, por tanto, un resultado típico de homicidio– si la muerte de la víctima tiene lugar dentro del plazo de quince años. Si, por el contrario, la muerte acontece fuera del plazo de imputación objetiva de la conducta, ya no será posible hablar de un resultado típicamente relevante de ese delito.

Por su parte, en los delitos cuyas penas son imprescriptibles, el plazo de imputación objetiva de la conducta será ilimitado. Esto de ninguna manera constituye obstáculo alguno para afirmar que el subsistema del Derecho ha reflejado la configuración temporal de la sociedad. Como ya se ha expuesto, el sistema jurídico, como todos los sistemas sociales, observa el mundo exterior sobre la base de sus propias diferenciaciones y, en ese sentido, (re)construye la realidad. La condición de los sistemas sociales como sistemas que observan –y que construyen su propia realidad– permite explicar la ausencia de contradicciones entre la imprescriptibilidad de la pena y la orientación temporal de la sociedad. Del mismo modo que en el ejemplo anterior, cabe señalar que si bien en el sistema científico –en concreto, desde la Sociología del tiempo– se ha llegado a la conclusión de que todos los hechos pasan a formar parte de la historia luego de transcurrido un determinado período de tiempo, el sistema del Derecho ha considerado que, en determinados supuestos, la necesidad de pena no decae por más largo que sea dicho período. No se trata de una realidad científica ni tampoco de una realidad de los sistemas psíquicos, sino de una realidad jurídica.

⁵³

SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, pp. 683. También toman en consideración el grado del riesgo, SCHLEHOFER, “Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infiziert”, *NJW*, 1989, pp. 2025; WOLTERS/BECKSCHÄFER, “Zeitliches Auseinanderfallen von Handlung und Erfolg – ein Problem der Zurechnungslehre”, en PUTZKE/HARDTUNG/HÖRNLE/MERKEL/SCHLEHOFER/SEIER (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70 Geburtstag am 14. Februar 2008*, 2008, pp. 152-153.

8. Una necesaria distinción: genuinos resultados tardíos y resultados tardíos con implicaciones procesales⁵⁴

Dicho todo esto, a fin de lograr a un tratamiento adecuado de los casos de resultados tardíos, es preciso poner de relieve que no todos los supuestos de producción diferida del resultado son idénticos. El extenso período de tiempo transcurrido desde la acción trae consigo la nada despreciable posibilidad de que, antes de la producción del resultado, se inicie un proceso penal en el que se discuta la relevancia penal de la conducta llevada a cabo por el autor. No todos los casos susceptibles de ser sustanciados judicialmente llegarán a conocimiento del tribunal luego de la producción del resultado tardío. En muchas ocasiones, el juez se enfrentará a un caso, en el que, habiendo una condena firme con respecto a la conducta, el resultado lesivo pretendido por el autor se materialice posteriormente.⁵⁵ Pero también puede darse la posibilidad de que, durante la tramitación del proceso penal relativo al comportamiento típico y antes de emitirse la sentencia, tenga lugar el resultado perseguido por el autor.⁵⁶

Así pues, resulta conveniente partir de la distinción entre *genuinos resultados tardíos* y *resultados tardíos con implicaciones procesales*. Los primeros se caracterizan por el hecho de que el proceso penal se inicia con posterioridad a la producción de las consecuencias diferidas, mientras que los segundos tienen como nota distintiva la tramitación de un proceso penal luego de la realización de la acción pero antes de la producción del resultado.

Respecto del primer grupo de casos, hay que diferenciar entre aquellos supuestos en los que se crea el riesgo de producción del resultado fuera del plazo de imputación y aquellos otros en los que se crea el riesgo de producción del resultado dentro del plazo de imputación. En relación al primer subgrupo, cabe señalar que no es posible admitir la existencia de un delito intentado, dado que no es posible concebir como riesgo típico la potencialidad de una acción de causar consecuencias lesivas fuera del plazo de imputación objetiva de la conducta. La condición de riesgo típicamente relevante se establece en la medida en que éste es idóneo para producir un resultado también típicamente relevante, y las consecuencias manifestadas más allá del plazo de imputación no lo son. En otras palabras, se trata de una conducta inidó-

⁵⁴ Para una explicación más extensa y una distinción más completa de los posibles supuestos de producción de resultados tardíos, vid. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, *La imputación de los resultados tardíos*, pp. 303 ss.

⁵⁵ Por ejemplo, se procesa al autor por un hecho calificado como tentativa de homicidio y, meses después de que el autor ha sido condenado y existe una sentencia firme respecto de esta imputación, se produce la muerte de la víctima.

⁵⁶ Este sería el caso cuando la muerte de la víctima ya no tendría lugar después de que la sentencia adquiriera la condición de firme, sino cuando el fallecimiento ocurra, por ejemplo, durante la etapa de juzgamiento.

nea para provocar el resultado típico y, en ese sentido, constituye un comportamiento que no es susceptible de fundamentar un injusto de tentativa.⁵⁷ Pero, en todo caso, dentro de este subgrupo, es preciso distinguir aquellos casos en los que le es posible al autor impedir la producción del resultado tardío, y aquellos supuestos en los que el proceso lesivo se desarrolla progresivamente hasta la producción del daño final.

Los primeros poseen la estructura de la injerencia, por lo que, durante el período en el que el autor puede impedir la producción del resultado tardío, cabe hablar de una infracción permanentemente actualizada de la norma. Ello impide la conversión del hecho en historia y el decaimiento de la necesidad de pena, de manera que se fundamenta la relación de sentido de unidad delictiva entre la omisión de autor y el resultado acaecido a largo plazo. En los segundos, no es posible afirmar una infracción permanentemente actualizada de la norma. El desarrollo de un curso lesivo, fácilmente perceptible por los sentidos o no, carece de significación propia de cara a la actualización de la infracción de la norma. La conducta realizada, una vez transcurrido el plazo de imputación objetiva de la acción, ha perdido su condición de jurídico-penalmente relevante y es imposible defender una relación de sentido de unidad delictiva entre ella y el resultado tardío.

Por su parte, con respecto a los casos en los que se crea el riesgo de producción del resultado dentro del plazo de imputación, debe afirmarse la constitución de un injusto de tentativa cuando el resultado no acaece finalmente dentro del alcance temporal del riesgo típico, sino después del plazo de imputación.

En relación al segundo grupo de casos (resultados tardíos con implicancia procesales), es importante mencionar dos cuestiones. Por un lado, la imputación del resultado tardío sólo será posible en la medida en que se den las condiciones procesales para poder abarcarlo en el proceso que está siendo tramitado. Por ello, el estadio procesal de las conclusiones definitivas se presentará como un límite a la imputación del mismo: el resultado podrá dar lugar a un injusto consumado siempre que tenga lugar antes de dicho estadio procesal. Por otra parte, de *lege data*, la regulación del recurso de revisión (954.4 LECr) impide iniciar un nuevo proceso penal para juzgar el resultado que ha acontecido luego de que la sentencia ha adquirido la condición de cosa juzgada, pues dicho precepto admite la posibilidad de atacar la cosa juzgada sobre la base de consideraciones de justicia únicamente en aquellos casos en los que se conozcan *nuevos hechos* o nuevos elementos de prueba que evidencien *la inocencia del condenado*, que no es el caso en los resultados tardíos.

57

De cualquier forma, la imposibilidad de apreciar un comportamiento típico en relación a las consecuencias sobrevenidas luego de cumplido el plazo de imputación objetiva de la acción no se puede predicar respecto de aquellos otros resultados, también lesivos, que se manifiestan dentro del alcance temporal del riesgo típico. Así, en el supuesto de quien inocular a un niño de pocos meses de nacido un virus que le causará la muerte veinte años más tarde (el alcance temporal del riesgo típico del homicidio puede llegar a ser de quince años), si bien el comportamiento del autor no resulta ser típico de la muerte producida, este mismo comportamiento sí puede ser considerado como tal respecto de las lesiones causadas por el desarrollo del virus letal.

Pero, además, desde una perspectiva dogmática, el resultado tardío que se manifiesta luego de que la sentencia ha adquirido la calidad de cosa juzgada no puede considerarse un hecho distinto que pueda justificar el inicio de un nuevo juzgamiento.⁵⁸ Si bien es cierto que, en un primer momento, estamos frente a una conducta riesgosa para un determinado interés, y, en un segundo momento, frente a la materialización de dicho comportamiento, ello no permite descartar la identidad fáctica. La razón de ello se encuentra, a mi entender, en que el resultado tardío no puede ser sometido por sí mismo –como elemento independiente– a un nuevo proceso penal sin tener en cuenta la acción riesgosa realizada mucho tiempo atrás. El juzgamiento del resultado tardío deberá incluir, en ese sentido, un aspecto esencial de un hecho que ya fue sometido a un proceso penal.

Es importante mencionar que todas estas consideraciones respecto a los resultados tardíos con implicaciones procesales son derivaciones de una forma de comprender las relaciones entre dogmática penal y proceso penal, y de entender a éste como un co-configurador del hecho jurídico-penalmente relevante.⁵⁹

9. Conclusiones finales

El procedimiento argumentativo en dos niveles de abstracción (uno de mayor abstracción que se corresponde con la teoría de sistemas sociales autopoiéticos y otro de menor abstracción que es el de la dogmática jurídico-penal) que aquí he desarrollado muestra que el proceso social de superación del pasado que trae consigo la orientación temporal de la sociedad moderna no sólo ha sido tenido en cuenta por el sistema jurídico en tanto sistema parcial de la sociedad. Con tal procedimiento de argumentación se demuestra, sobre todo, que la configuración temporal de la sociedad ha calado de tal forma que puede ser reformulada en términos de dogmática jurídico-penal a través de la idea del decaimiento de la necesidad de pena.

⁵⁸ De manera similar, ROMEO CASABONA, *AP*, 1993-2, pp. 484 nota 69, quien señala que el resultado tardío no sería más que la consecuencia de un hecho previamente juzgado; EL MISMO, “Sida y Derecho penal”, pp. 77 y nota 17; EL MISMO, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, pp. 33 nota 21; EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, pp. 222-223. También se oponen a un nuevo proceso, B. SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA”, pp. 33-34; EL MISMO, “AIDS und Strafrecht”, pp. 24-25; GÓMEZ RIVERO, GA, 2001, pp. 293; LA MISMA, *RGDP*, 2008, pp. 42-43; LA MISMA, *La responsabilidad penal del médico*, 2.ª ed., pp. 376-377; PUPPE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung*, t. I, *Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld*, 2002, pp. 174; RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, 2001, pp. 392 y 393; REQUEJO CONDE, *El delito relativo a la energía nuclear*, 2005, pp. 72 y 77.

⁵⁹ Sobre la innegable relación entre Derecho penal y procesal y sus consecuencias para el tratamiento dogmático de los resultados tardíos con implicancias procesales, *vid.* VÁSQUEZ SHIMAJUKO, *La imputación de los resultados tardíos*, pp. 326 ss.

Por todas estas consideraciones, la interrogante acerca de la existencia de una dimensión temporal de la imputación objetiva del comportamiento debe ser contestada, sin lugar a dudas, afirmativamente. Con ello, se agrega a los otros criterios de la imputación objetiva de la conducta ya desarrollados en la doctrina (como son el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza y la conducta de la víctima) un ulterior criterio de imputación: el de la *dimensión temporal de la imputación objetiva del comportamiento*. Con todo, cabe advertir que éste no debe confundirse con los términos «alcance temporal del riesgo típico» o «plazo de imputación objetiva de la conducta». Aquel es un criterio de atribución de sentido delictivo de la acción, mientras que éstos se corresponden con el período dentro del cual cabe hablar de riesgo jurídico-penalmente.



Los principios del Derecho Laboral constituyen una referencia normativa de suma importancia y que, eventualmente en casos de contradicción, el juez ponderará su determinación para la tuición de los derechos del trabajador.

**EL INCUMPLIMIENTO DE
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL
EN LA TUTELA DE DERECHOS EN EL PERÚ**

*NON-COMPLIANCE OF
THE PRINCIPLES OF LABOUR LAW
IN PROTECTING HUMAN RIGHTS IN PERU*

Manuel Bermúdez Tapia (*)

Recibido: 12 de junio de 2018
Aceptado: 21 de junio de 2018

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, el crecimiento económico de las últimas décadas ha generado algunas condiciones y situaciones que permiten una evaluación muy especial de resultados.

Uno de estos resultados incide directamente en la evaluación de los derechos laborales de los trabajadores, tomando en cuenta la disparidad de resultados de este “item” en evaluación respecto del valor positivo de los ratios económicos del país.

De este modo, es posible observar en el mismo contexto dos situaciones contradictorias: por un lado, las cifras que representan el ámbito empresarial se ha incrementado y mejorado y, por otro lado, las estadísticas y referencias económicas de los trabajadores se ha limitado (i), se ha flexibilizado (ii) e inclusive se ha provocado un deterioro de las condiciones laborales (iii), lo que ha permitido el desarrollo y consolidación del sub empleo en el país.

1

Abogado, profesor de la Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

La complejidad de las relaciones económicas en una sociedad muy marcada en contextos sociales, culturales y productivos ha permitido que la “ley” no necesariamente represente un valor correcto en el ámbito de las relaciones laborales y ello repercute principalmente en el ciudadano de a pie, quien lamentablemente no accede a los beneficios de una economía que tiene índices y referencias positivas.

A esta situación, el incremento de migrantes de Venezuela ha provocado una mayor distorsión de la realidad laboral del peruano promedio, de aquel que labora en ambientes informales y de escaso ratio de productividad, en donde usualmente el Estado a través de la SUNAFIL no puede acceder porque ello provocaría un mayor costo de fiscalización para el mismo Estado y como estamos en un país en donde los derechos se relativizan frente a las condiciones de exigibilidad de los mismos por condiciones económicas, resulta posible que la misma ley desconozca algunos principios tuitivos, en el ámbito del Derecho Laboral.

Existe un contexto muy marcado entre dos polos contradictorios: la realidad social y económica de los trabajadores y la legislación laboral, que configura un panorama ideal pero ajeno a la efectividad de derechos.

II. EL DERECHO LABORAL EN EL PAÍS

El Derecho Laboral es una disciplina jurídica autónoma, cuenta con principios rectores que pueden definirse como aquellos conceptos de naturaleza general que inspiran y orientan la creación, la interpretación y la aplicación de las normas laborales.

En el ámbito de la regulación de los principios que regulan el Derecho Laboral, se parte del estudio de tres que delimitan el ámbito general de la disciplina:

- a) Informativa: sirven de fuente de inspiración al legislador al momento de elaborar las normas jurídicas en materia de trabajo.
- b) Normativa: ya que cumplen un papel de fuente supletoria ante los vacíos o deficiencias de la legislación.
- c) Interpretativa: actúan como un criterio orientador para quien pretenda interpretar las normas laborales.

Sobre dicha base se regulan principios políticos y principios jurídicos.

- a) Los principios políticos constituyen postulados de carácter programático hacia cuyo alcance debe orientarse el esfuerzo normativo en un país y en un momento determinado. Por lo general estos principios se encuentran consagrados en la Constitución.
- b) Los principios jurídicos constituyen criterios de carácter formal y significación general, aplicables en cualquier circunstancia de tiempo y lugar. Estos principios no hacen referencia a beneficio alguno en concreto, sino que tienen una significación muy general y amplia, que se extiende a todo el Derecho Laboral.

Complementariamente, la regulación del Derecho Laboral permite desarrollar las siguientes características descritas por la doctrina:

*“Los principios del derecho laboral se caracterizan por su amorfismo; por lo general, no tienen un procedimiento técnico de exteriorización. La norma los recepta pero no los expresa en forma directa; a veces lo que se enuncia es el presupuesto del principio. La concreción de éste en la ley puede a veces quitarle fecundidad; su cristalización puede llegar a congelar su función inspiradora de soluciones”.*²

Los principios del Derecho Laboral, por ende, a veces adquieren forma concreta en la ley (i), la jurisprudencia (ii) o la doctrina (iii). Sin embargo, como bien lo indica el autor citado, su consignación en la ley resulta perjudicial, pues les quita riqueza; por el contrario, en los ordenamientos jurídicos donde los principios no han sido enunciados por la legislación, éstos han alcanzado un mayor desarrollo.

III. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

No existe unanimidad entre los autores respecto de cuáles son los principios del Derecho Laboral, por lo que no estando el tema suficientemente definido, para efectos de este trabajo sólo comentaremos aquellos que, según la mayoría de autores, son considerados como los más importantes, descartando otros que no pasan de ser simples características de la relación laboral.

Los principios que permitirán detallar nuestra evaluación de la contradicción entre la “realidad social y económica” con respecto de la “ley en materia laboral”, que es materia del presente ensayo, son los siguientes:

² VASQUEZ VIALARD, Antonio (1986). *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima, Ediciones Jurídicas, p. 71.

1. EL PRINCIPIO PROTECTOR

El Derecho Laboral surge como una disciplina orientada a superar la desigualdad existente entre el trabajador y el empleador, buscando proteger al primero, por ser la parte débil de la relación laboral, respecto de una relación sinalagmática donde las partes son equivalentes, pero no *iguales*.

Álvaro García señala que este principio es también denominado “tuitivo”, porque este principio es el que inspira todo el Derecho Laboral y se funda en la desigualdad de posiciones existente entre el empleador y trabajador, manifestada en la subordinación de este hacia aquel.

“En la relación laboral, a diferencia de las relaciones jurídicas de tipo civil o mercantil, las partes se encuentran en franca disparidad de posiciones.

*Al respecto, la desigualdad de posiciones se manifiesta, creemos, antes de iniciada la relación laboral, durante su ejecución e, incluso, luego de extinguido el contrato de trabajo”.*³

Por estas condiciones es que la doctrina desarrolla tres reglas, que la determinan: a) In dubio pro operario, b) la aplicación de la norma más favorable y c) la aplicación de la condición más beneficiosa.

a) Regla in dubio pro operario

De acuerdo con esta regla, el juez o el intérprete, ante varios sentidos de una norma debe elegir aquél que resulte más favorable al trabajador, sea extendiendo un beneficio o restringiendo un perjuicio.

Tanto el artículo 26 inciso 3 de nuestra Constitución como el artículo II del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, condicionan la aplicación de esta regla a la existencia de dudas de carácter insalvable sobre los diversos sentidos de una norma; debiendo entenderse que estas dudas son las “*que no pueden ser resueltas por los sistemas propios de la hermenéutica interpretativa. Por lo tanto no se trata de que ante la mínima duda se busque una interpretación favorable al trabajador, sino como último mecanismo o también mecanismo de cierre*”.⁴

Este principio no crea un mecanismo distinto o adicional de interpretación normativa a los ya conocidos y/o admitidos tradicionalmente por el Derecho.

³ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. “¿cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial”. P. 9. En: Gaceta Jurídica, N° 3, febrero de 2010.

⁴ MARCENARO FRERS, Ricardo (1995). *El Trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A., p.157.

Finalmente, este principio puede detallarse en dos aspectos que lo identifican:

- i. La existencia de una norma jurídica
- ii. La duda sobre el sentido de la norma es insalvable

b) Regla de la norma más favorable

A diferencia del in dubio pro operario, la regla de la norma más favorable no se refiere ya a la interpretación de normas sino a su aplicación.

Según esta regla, en caso de existir distintas normas aplicables a una misma situación laboral, el juez debe aplicar la que reconozca mayores beneficios o derechos al trabajador.

Sobre la manera como el Derecho Laboral se aleja del sistema de jerarquía normativa existente en el derecho común, el argentino Martínez Vivot señala:

*“En este principio, el valor de una norma viene determinado sólo por su rango formal y su escala respectiva. En cambio, en el derecho del trabajo desaparece dicho axioma, para aplicar la norma más favorable, sin que necesariamente ésta sea la que tenga el rango formal más alto precisamente, sino la que contenga mayores beneficios para los trabajadores. Desde luego que debe agregarse siempre que resulte, además, compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad, o no contradiga una disposición de orden público general, contenida en una norma que responda a una fuente de grado superior, generalmente sancionada en interés de la comunidad”.*⁵

Esta regla es de aplicación cuando frente a una situación de hecho existe más de una norma jurídica aplicable. Entonces, podemos apreciar con suficiente claridad la diferencia con el principio de interpretación más favorable (indubio pro operario).

A continuación, se reseña los principales supuestos posibles y analizaremos si procede la aplicación del principio de la norma más favorable:

- i. Si las dos normas en conflicto son de distinto rango (ley y reglamento), no se aplica el principio de norma más favorable ya que el reglamento es inválido al contradecir a la norma superior, aun cuando el reglamento sea más favorable.

⁵ MARTINEZ VIVOT, Julio (1988). *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires, Astrea, p. 73.

- ii. Si se trata de dos o más normas del mismo rango, se aplicarán las reglas de especialidad y temporalidad, por lo que no cabría la aplicación de la norma más favorable.
- iii. Si el conflicto se da entre una ley y un convenio colectivo, en la medida que éste último mejore los beneficios que la ley concede al trabajador se le preferirá por ser más favorable y se aplica la regla. Claro está, si los disminuye el convenio es inválido y se prefiere la ley, pero no por razones de ser más favorable.

Si la ley posterior reduce un beneficio que el convenio anterior otorgaba, solamente si se trata de un máximo de derecho necesario (derecho necesario absoluto) se debe aplicar la ley, aunque el convenio sea más favorable. Tampoco se aplica la regla.

Y si la ley posterior mejora un derecho que el convenio anterior otorgó, se aplica la regla y se prefiere la ley por ser más favorable. El convenio recobra su vigencia si la ley es derogada o modificada por una nueva regulación inferior.

- iv. Si el conflicto se produce entre dos convenios colectivos, por ejemplo de dos niveles de negociación distintos, se aplica la regla y se otorga el más favorable.

c) Regla de la condición más beneficiosa

Con relación a esta regla de interpretación normativa, Américo Plá destaca lo siguiente:

*“La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar”.*⁶

Por su parte, Javier Neves señala la siguiente referencia:

*“el problema central se presenta en una hipótesis de sucesión de disminución, respecto de los beneficios que venían disfrutando los trabajadores antiguos, y que ahora se rebaja o suprime, y es el de saber si tienen derecho a retenerlos o no (...) Para hacer frente a esa hipótesis se ha construido el principio de la condición más beneficiosa, que permite al trabajador mantener la ventaja alcanzada”.*⁷

⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo (1988). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, p. 108.

⁷ NEVES MUJICA, Javier (2016). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, PUCP, p. 137.

De este modo, resulta posible relacionar los principales supuestos de aplicación de la regla de la condición más beneficiosa en los siguientes casos:

- i. Si un trabajador adquiere un derecho porque así fue pactado en el contrato de trabajo, o se lo concedió el empleador por acto unilateral o surgió de la costumbre, no podría el empleador, mediante disposición unilateral, reducir o eliminar ese derecho justamente por aplicación a favor del trabajador de la regla de la condición más beneficiosa.

Claro está, a menos que el trabajador voluntariamente lo acepte.

- ii. Si el contrato de trabajo entra en conflicto con un convenio colectivo y siempre que aquel reconozca un mejor tratamiento a un derecho, podría el trabajador invocar la regla de condición más beneficiosa y que se imponga el contrato.

No obstante ello, los opositores a esta tesis podrían alegar que el contrato de trabajo debe adaptarse al convenio colectivo y este debe primar, aunque nos inclinamos por la primera tesis.

- iii. Si la sucesión peyorativa se da entre dos fuentes del mismo rango (ley y ley; convenio colectivo y otro convenio colectivo; etc.), Javier Neves aclara que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en sí debe o no aplicarse la regla de la condición más beneficiosa.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El artículo 26 numeral 1 de la Constitución Política del Estado regula que “en la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) igualdad de oportunidades sin discriminación”.

En concordancia con el artículo citado, el artículo 2.2. de la Constitución señala: “Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Analizando de manera conjunta ambos enunciados constitucionales, apreciamos que los conceptos de igualdad y no discriminación van de la mano, aunque ciertamente son autónomos uno del otro.

Sobre el particular, Américo Plá establece una distinción basada en las siguientes dos razones:

“El principio de no discriminación es la versión más modesta o simple de este principio (igualdad): prohíbe introducir diferenciaciones, por razones no admisibles.

*El principio de igualdad es más amplio y ambicioso y a veces, recibe el nombre de principio de equiparación”.*⁸

En otros términos, puede postularse que el mandato de no discriminación está contenido dentro del principio de igualdad y apunta básicamente a detallar los criterios por los cuales está prohibido a las personas (al empleador, en material laboral) realizar distinciones. Será inaceptable fijar distingos en dichas razones prohibidas.

Este principio también está consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según la cual no pueden establecerse tratos desiguales entre trabajadores que se encuentren en idénticas condiciones laborales, por razones de sexo, religión, raza, nacionalidad, edad, estado civil o por cualquier otro motivo de carácter reprochable.

3. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

El principio de irrenunciabilidad niega validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad.

Este principio busca evitar que el trabajador, urgido por la necesidad de conseguir o continuar con un empleo, acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones lesivas a sus derechos, haciendo ilusoria la protección que la legislación laboral le concede. Esta protección también se extiende a los trabajadores cuyo vínculo se ha extinguido.

La doctrina acepta casi unánimemente que el principio de irrenunciabilidad sólo protege al trabajador y no puede favorecer al empleador.

Nuestra legislación reconoce el principio de irrenunciabilidad en dos niveles:

- a) En el ámbito constitucional cuando regula el inciso 2 del artículo 26 de nuestra Carta Magna se establece que en la relación laboral se respeta, entre otros principios, el *“Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”*.
- b) En el legal cuando el artículo III de la Ley Procesal del Trabajo dispone que *“El juez debe velar por el respeto del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”*.

Una interpretación literal, tanto del texto constitucional como del legal, pareciera indicar que sólo tendrían carácter irrenunciable los derechos cuyo origen fuese la Constitución o la ley, no encontrándose comprendidos dentro del ámbito de protección del principio en comentario los derechos originados en otras fuentes, tales como los tratados internacionales, los convenios colectivos o los convenios individuales.

⁸ PLA RODRIGUEZ, Américo. Ob. Cit, p. 412-413.

A continuación tenemos los aspectos irrenunciables y disponibles de los beneficios sociales y económicos propios de la relación laboral:

a) Compensación por tiempo de servicios

i. Aspectos irrenunciables

- El depósito debe ser efectuado por el empleador a la entidad financiera, dentro de la primera quincena de los meses de mayo y noviembre de cada año.
- No cabe el pago directo y/o adelantado al trabajador, salvo que por ley o costumbre se autorice (remuneración integral anual, construcción civil)
- Deben incluirse en la remuneración computable todos los conceptos remunerativos señalados en la ley. Con relación a las remuneraciones complementarias, variables o imprecisas, siempre que se cumpla el requisito de regularidad. Identificados los conceptos remunerativos, ingresarán necesariamente a la base computable.
- Los depósitos se realizan siempre en dinero. No corresponde ejecutar depósitos en especie como remuneración. Si el trabajador percibe ordinariamente remuneración en especie, se valoriza y se incluye su valor en la remuneración computable, pero el depósito siempre se realiza en dinero.

ii. Aspectos disponibles

- El trabajador podrá elegir que una porción del beneficio sea depositado en moneda nacional y otra en moneda extranjera, claro está dentro de una misma entidad financiera.
- Una porción de los depósitos es de libre disposición por el trabajador. No obstante, la tendencia actual es a eliminar progresivamente el margen de libre disponibilidad.
- El trabajador puede elegir el cambio de entidad financiera depositaria, a su elección, en el momento que desee.

b) Gratificaciones legales (Fiestas Patrias y Navidad)

i. Aspectos irrenunciables

El pago se realiza en la primera quincena de los meses de julio y diciembre de cada año, según el caso. El plazo es indisponible para las partes. No cabe el pago adelantado del beneficio, salvo disposición especial expresa o costumbre comprobada en contrario.

ii. Aspectos disponibles

Es un beneficio que puede ser sustituido por uno de naturaleza similar que por disposición especial, convenio colectivo o costumbre, reciba el trabajador, siempre que sea más favorable a este.

c) Descanso vacacional

i. Aspectos irrenunciables

El trabajador debe gozar por lo menos de siete (7) días de descanso físico anual, cuando ha optado por la acumulación de dos descansos consecutivos. Si no optó por la acumulación pero sí por la reducción de vacaciones, no podrá gozar de menos de quince (15) días de descanso.

La remuneración vacacional se abona al inicio del descanso.

ii. Aspectos disponibles

El trabajador puede reducir su descanso hasta dos descansos consecutivos, siempre que goce de por lo menos siete (7) días consecutivos en el año que acumula.

El trabajador puede reducir su descanso vacacional de 30 a 15 días, con el consecuente pago de la compensación vacacional.

4. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Con el nacimiento de la revolución industrial en el siglo XIX, se generaron un sinnúmero de acontecimientos sociales, como la contratación masiva de servicios.

Complementariamente, surge la imperiosa necesidad de diversificar la masificación de los servicios prestados. Por ello, cuando el hombre no es dueño de los medios de producción y requiere satisfacer sus necesidades se ve en la obligación de entregar sus servicios a quien sí cuenta con dichos medios, que será el encargado de dirigir el trabajo. Una situación que prácticamente condiciona negativamente al trabajador frente al empleador.

De este modo, surge la discrecionalidad empleadora del empleador, que es el que tiene el poder de “contratar” (bajo sus parámetros) y la obligación de compensar económicamente por el servicio recibido y, la otra parte, que es el trabajador, está sometido a las decisiones y autoridad del primero, quien es el dueño de los resultados del trabajo.

Es lo que se conoce como la denominación del trabajo por cuenta ajena, es decir, por cuenta del empleador, quien aprovecha o se perjudica con los resultados del trabajo. De ahí que la subordinación sea un hecho social que acompaña al trabajo asalariado a través de la historia.

De esta manera, aparece una dualidad de interés entre trabajadores y empleadores. Estos enfrentamientos en un determinado momento se agudizan y crean una cuestión social que hace necesaria la intervención del Estado para regularla y proteger el trabajo de los obreros industriales, frente a los excesos en que pudiera incurrir el que tiene el poder de dirigir y hacer suyo el resultado del trabajo.

Como conclusión de lo detallado, el Derecho Laboral se desarrolla desde sus inicios, hasta nuestros días, como el ordenamiento legal del trabajo dependiente.

El principio de primacía de la realidad, por tanto, es uno de los pilares del Derecho Laboral y permite detallar que en caso de existir discrepancia o divergencia entre los hechos y lo declarado en los documentos o en las formalidades, se preferirá siempre lo que ocurra en la realidad.⁹

A ello se debe el nombre del principio, ya que se privilegia la realidad por encima de las formalidades asignadas por las partes.

5. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La aplicación práctica de los principios generales del Derecho es complicada. En efecto, se advierte que la relación de trabajo resulta una situación contractual de carácter vertical, con una marcada situación de desequilibrio que se refleja en que el empleador, en virtud de su poder de dirección tiene la facultad de regentar los servicios que el trabajador desarrollará. Es decir, este último se encuentra claramente subordinado al poder directriz de aquel.

Coincidentemente, aunque refiriéndose a su ejercicio por los poderes públicos, el Tribunal Constitucional señala que

“la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias (...) esto implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”. (Exp. N° 00535-2009-PA/TC)

⁹

GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. “¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial”. P. 17. En: Soluciones Laborales. Manual Operativo. N° 3, Febrero 2010.

Los criterios recién citados nos dan una noción general de lo que implica la razonabilidad. Pero, ciertamente, determinar qué es lo razonable es algo a verificarse en cada caso concreto.¹⁰

6. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Este principio, también denominado *de* estabilidad o permanencia, representa la garantía del trabajador de desarrollar su actividad laboral de manera continua e indefinida en el tiempo; en su defecto, por el espacio de tiempo que exige la ejecución de actividades para las que fue contratado.

Se procura que la vigencia del contrato de trabajo permita el desarrollo de la labor del trabajador, salvo aquellos supuestos exógenos de la contratación laboral, como pueden ser la suspensión de la relación laboral, el cese colectivo, el despido por falta grave, etc.

La seguridad y tranquilidad de los trabajadores respecto a su permanencia en el empleo se transforman en claros beneficios tanto para la empresa como para el trabajador, ya que contribuye a generar un adecuado ambiente de trabajo y, por ende, mayores posibilidades de alcanzar altos niveles de producción.

Así lo entiende de los Heros Pérez Albela al definir el principio de continuidad como:

*“aquel precepto que trata de otorgar mayor seguridad, dentro de la racionalidad de la relación jurídica laboral, al trabajo humano, entendiendo que tal seguridad redundará en beneficio no solo para el trabajador y su desarrollo personal y familiar; sino también en beneficio del empleador para quien trabaja, todo lo cual tiene una protección social indudable en términos económicos y de promoción social”.*¹¹

IV. EL QUIEBRE DE LA REALIDAD FRENTE A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

Los principios del Derecho Laboral constituyen una referencia normativa de suma importancia y que, eventualmente en casos de contradicción, el juez ponderará su determinación para la tuición de los derechos del trabajador.

¹⁰ BAZÁN, José y MADRID, Raúl. “Racionalidad y razonabilidad en el Derecho”. P. 180. En: Revista chilena de Derecho. Volumen 18, N° 2, Santiago, 1191.

¹¹ DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso. “Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción?”. P. 284. En: PASCO COSMÓPOLIS, Mario (2004). *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima, Grijley.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la relación entre el empleador y el trabajador es una relación sinalagmática, en la cual la equiparidad se ejecuta en base a una relación contractual pero que implica una diferenciación material de condiciones sobre la cual se supedita una mayor posibilidad de ponderación de interés e imposición de condiciones de una sobre otra parte contractual.

Y esto suele suceder en la realidad nacional, en la cual la sobreoferta laboral excede el número de plazas, lo que genera la distorsión económica del mercado laboral. Esto ocasiona un aprovechamiento indebido de parte de los empleadores, quienes son conscientes de esta condición económica y de la condicionalidad laboral en el país.

Un efecto derivado de la práctica económica nacional, en términos históricos, es graficado como la empleabilidad de un trabajador a bajo costo derivado de la histórica fórmula de la mita indígena, primera fórmula laboral impuesta por la expansión europea, específicamente hablando de la española en suelo americano.

De esta sobreexplotación surge la denominación del “cholo barato”, por lo que se han establecido múltiples fórmulas y mecanismos de “control laboral”, sin tomar en cuenta el nivel de productividad o de empleabilidad a favor de la empresa.

La tergiversación de una realidad económica finalmente incide negativamente en el ámbito laboral y es por ello que, en los ámbitos judiciales, la aplicabilidad de los principios del Derecho Laboral resultan ser inaplicados a los contratos laborales que deben ser evaluados en el ámbito de la reclamación de los derechos del trabajador.

Una realidad sumamente crítica, pero que responde a una situación diacrónica de la realidad social en relación a las condiciones económicas surgidas en el ámbito laboral.



Los asociados que desempeñan cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación.

**RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS
DEL CONSEJO DIRECTIVO
EN LAS ASOCIACIONES CIVILES**

***RESPONSIBILITY OF THE MEMBERS
OF THE BOARD OF DIRECTORS
IN CIVIL ASSOCIATIONS***

Víctor Hugo Chanduví (*)

Recibido: 6 de junio de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

RESUMEN

Este artículo tiene el propósito de estudiar la figura de la responsabilidad civil en los miembros que integran el consejo directivo de las asociaciones sin fines de lucro, reguladas en el Código Civil y que participan activamente en la vida económica del país desarrollando actividades culturales, deportivas, sociales, educativas, etc.

Los miembros del consejo directivo pueden asumir responsabilidad por actos que causen daño a la asociación y esta consiste en la obligación legal de resarcir el daño ocasionado, restaurando el patrimonio de la asociación perjudicada.

Palabras clave: consejo directivo, responsabilidad civil y asociación civil.

* Doctor en Derecho, consultor de empresas – Profesor principal de Derecho Comercial e Historia del Derecho - Autor de publicaciones en el área de su especialidad.

ABSTRACT

This article intends to study the civil liability actions of the members who integrate the board of directors of non-profit associations regulated by the Civil Code, which are actively engaged in the economic life of the country, where they develop a series of cultural, sports, social, educational activities, etc.

The members of the board of directors may take on responsibilities for any damage they cause by means of acts that are contrary to the association and this implies a legal duty to repay or indemnify the loss or damage caused, restoring the legal heritage of the association affected.

Key words: board of directors, civil responsibility and civil association.

1. ANTECEDENTES

Primer Código Civil de 1852

Por ley del 23 de diciembre de 1851, bajo la presidencia de don José Rufino Echenique, se dispone la promulgación del Código Civil de 1852, el mismo que no regula la figura de la asociación civil sin fines de lucro.

Segundo Código Civil de 1936

A los 30 días de agosto de 1936, el presidente del Perú, don Oscar R. Benavides, promulgó mediante la ley N° 8305 el Código Civil de 1936. En la sección tercera destinada a las personas jurídicas y en el Título II regula la figura de las asociaciones en sus artículos 46 al 63.

El artículo 61 señalaba que “La asociación pierde su capacidad jurídica con la declaración de quiebra. En caso de insolvencia deben los órganos directivos provocar aquélla, y si hay morosidad responderán a los acreedores del perjuicio que les resulte”. Es el único artículo que habla de responsabilidad de los órganos de gobierno en el caso de causar daño a terceros. No habla de manera expresa de la responsabilidad de los miembros del Consejo Directivo.

Tercer Código Civil de 1984

El nuevo Código Civil entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, el cual fue promulgado a los veinticuatro días del mes de julio de 1984 por el presidente constitucional de la República Don Fernando Belaunde Terry, siendo Ministro de Justicia don Max Arias Schreiber Pezet.

En el Libro Primero Derecho de las Personas, Sección Segunda Personas Jurídicas, Título I Disposiciones Generales (artículos 76 al 79) y en el Título II se regula la Asociación Civil en los artículos 80 al 98 del Código Civil.

2. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad de los directivos de las asociaciones está señalada en el artículo 93 del actual Código Civil, que establece que “Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición”. Al respecto, Juan Espinoza Espinoza en su comentario que realiza al Código Civil Comentado manifiesta:

“La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo directivo ante la asociación es de naturaleza contractual. Sin embargo, si la actividad de los miembros del consejo directivo daña a un asociado individualmente considerado (ejemplo, si se le excluye de la asociación sin motivo justificado o no se le permite ejercer sus derechos como asociado), la responsabilidad será de naturaleza extracontractual. Dentro de este último supuesto, también se encuentra el tercero (como podría ser un acreedor de la asociación), que se pudiera perjudicar con el actuar dañino de los miembros del consejo directivo. Es importante distinguir la responsabilidad (personal) de los miembros del consejo directivo, de la responsabilidad de la persona jurídica (en este caso, la asociación) por los actos de los miembros del consejo directivo. El artículo 93 del Código se refiere al primer tipo de responsabilidad”. (Gaceta Jurídica, tomo I, pág. 1455- [codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf](#))

Igual sentido encontramos en la Ley General de Sociedades Ley N° 26887 en relación a los directores de las sociedades anónimas. Podremos advertir, sin embargo, que una primera aproximación al concepto de responsabilidad la encontramos en el Código Civil que la concibe como la consecuencia de la comisión de un acto ilícito que causa daño a otro y obliga al que lo cometió a resarcir o reintegrar el patrimonio del perjudicado.

Ahora bien, para cometer un acto ilícito se tiene que violar una norma jurídica. Cuando la norma que se viola es una conducta tipificada en el Código Penal se trata de un delito y el autor está obligado a reparar los daños materiales y morales causados.

La responsabilidad civil consiste en la obligación legal de resarcir el daño ocasionado; tiene la función de reintegración patrimonial, es decir, que el resarcimiento cumple el cometido de restaurar el patrimonio del perjudicado. Es una obligación predeterminada si se genera de una violación contractual o una obligación nueva si resulta de la violación de cualquier norma. El autor nacional Lizardo Taboada Córdova manifiesta “que la responsabilidad civil constituye uno de los tópicos centrales del derecho privado en la actualidad. Sin embargo, y a pesar de la enorme importancia

- Víctor Hugo Chanduví Cornejo

del tema, en nuestro sistema jurídico no existe un estudio sistematizado sobre la responsabilidad civil en general.” (2001: 9)

El Código Civil regula la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, ambas responsabilidades nacen por imperio de la ley; es decir tanto la contractual como la extracontractual son sanciones establecidas por la ley cuando se causa daño y lo que caracteriza a ambas responsabilidades es la indemnización, que es la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil.

El deber jurídico en la responsabilidad contractual es el incumplimiento de la obligación pactada y en la extracontractual no causar daño a los demás. El deber jurídico genérico está consagrado en el art. 1969 del C.C.

Lizardo Taboada Córdova, en el curso Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, dictado en la Academia de la Magistratura- modalidad a distancia, sostenía: “ como es sabido, la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de “responsabilidad civil contractual”, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada “responsabilidad civil extracontractual”. La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado “relación jurídica obligatoria”.

La responsabilidad civil se ha convertido en el medio sancionador normal, cumple una función reguladora y complementaria que absorbe las reglas jurídicas por el principio de responsabilidad.

El maestro argentino Alterini manifiesta que “la obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal”. (1974: 15)

Consecuentemente se produce una distribución social de los daños porque los que crean un riesgo deben soportar las consecuencias.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, las corrientes doctrinarias se dividen en dos campos.

- a. La responsabilidad subjetiva.- Requiere la existencia de culpa o dolo por parte del autor del daño o perjuicio.
- b. La responsabilidad objetiva.- La obligación de indemnizar se produce en razón de lo que ésta ocasiona, prescindiéndose de si hubo o no culpa del agente.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD

- A. El acto dañoso.- Debe ser un acto voluntario por una acción o una omisión. La doctrina distingue en los actos voluntarios el intencional o doloso y la negligencia o culposo.
- B. La ilicitud.- El acto debe ser considerado como ilícito por el Derecho, comprendiéndose el ilicitud civil u obligacional y el ilícito delictual o cuasi delictual. Puede consistir en la ejecución u omisión o en la inejecución total, parcial o defectuosa de un deber.
- C. La culpabilidad.- Es la base de la responsabilidad, supone la ilicitud del acto y se refiere a ésta y no al perjuicio. Puede haber culpabilidad aunque el daño no sea previsible y aun cuando pueda ser previsible una ganancia como producto del acto ilícito. Pero también puede haber dolo sin la intención de perjudicar.

En cuanto a la responsabilidad civil de los directivos de las asociaciones está señalada en el artículo 93 del actual Código Civil y se encuentra enmarcada en la llamada teoría organicista que destaca la relación entre la persona jurídica y el órgano social, de manera que cuando el directivo incumple sus obligaciones incurre en responsabilidad orgánica asimilaba a la responsabilidad civil contractual.

La responsabilidad contractual de los asociados que desempeñan cargos directivos se genera por la inobservancia, incumplimiento, trasgresión o infracción de las normas legales, conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.

El acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otra persona, dándose lugar a la figura jurídica de la representación.

La representación es una figura jurídica en virtud de la cual una persona denominada representante celebra uno o más actos jurídicos en cautela de los intereses de otra denominada representada.

La representación puede ser legal, cuando emana de la ley y voluntaria o convencional cuando emana de la convención entre las partes.

La representación legal tiene su fundamento en la función tuitiva del ordenamiento jurídico de los derechos subjetivos de las personas naturales o jurídicas, que por carecer de capacidad de ejercicio o por una situación de hecho requieren de la cautela de sus intereses; o por su condición de entes abstractos, en el caso de las personas jurídicas, cuando en la ley de su creación o en el acto constitutivo no se ha previsto el modo de ejercer sus derechos ante determinadas situaciones.

En la representación legal tenemos la representación de los incapaces, la representación de los desaparecidos y ausentes; la representación de la sociedad conyugal; la representación de los establecimientos abiertos al público y la representación de las personas jurídicas.

La representación voluntaria emana de un acto jurídico unilateral, siendo ésta una de sus características más propias y típicas; lo cual lo diferencia del mandato, toda vez que este es un contrato que supone bilateralidad.

La responsabilidad contractual de los asociados que desempeñen cargos directivos se genera por la inobservancia o infracción de las normas legales, conforme a las reglas de la representación que acabamos de exponer; excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición. Esta es una fórmula parecida a la de los directores en las sociedades anónimas.

En relación al daño, la ley peruana recoge el sistema subjetivista al precisar que debe tener como causa el dolo, el abuso de facultades o la negligencia grave por impericia o imprudencia. Desde el punto de vista procesal, esto obliga a probar que no se actuó con dolo o culpa o que no se abusó de las facultades.

La responsabilidad civil obliga a los directivos a indemnizar a quienes resulten afectados por los daños o perjuicios que sus acciones originen. Fuentes de las obligaciones están constituidas por la ley, el estatuto social, los acuerdos de la asamblea válidamente adoptados, los del propio consejo directivo, así como las relaciones derivadas de la vinculación entre el directivo y la asociación.

La responsabilidad como contenido jurídico de la norma legal lleva implícitamente la imputabilidad de un sujeto, autor de un acto u omisión con el que se ha causado un daño. Igualmente está implícita la obligatoriedad del resarcimiento del daño en términos económicos o patrimoniales y, finalmente, comprende la afectación patrimonial del obligado.

En la legislación nacional y el Derecho Comparado no se considera la culpa leve como causal de responsabilidad de los directivos. Así solo responderán del daño causado por culpa lata, que en la doctrina se equipara al dolo; igualmente responden por el abuso de facultades o negligencia grave, de tal suerte que la norma legal contiene un claro fundamento de equidad por cuanto la gestión administrativa y la dirección de la asociación por el consejo directivo implica la toma de

decisiones y actuaciones, cuyos resultados o efectos llevan una cuota de riesgo. Y puede ocurrir que aun poniendo el mismo cuidado y la misma atención en un asunto, los resultados sean unas veces favorables y otros adversos. Por esta razón la ley no considera la culpa leve, pero sí se fija en la culpa lata.

La responsabilidad civil de los directivos cobra especial importancia por el rol que cumplen las asociaciones en las diversas actividades económicas, culturales, deportivas, sociales, educativas y también como ONG, captando dinero nacional e internacional. En la actualidad, las asociaciones administran un patrimonio importante y es necesario que las autoridades le presten mayor atención, a fin de que estas cumplan con la finalidad para la cual fueron creadas.

Por tal motivo los asociados pueden impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias, en resguardo de los intereses de la misma asociación.

Artículo 92º. Impugnación judicial de acuerdos

“Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.

Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo.

La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.”

4. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO

La acción de responsabilidad regulada en el Código Civil es de carácter contractual en razón a que tiene por finalidad el resarcimiento o indemnización por los daños causados de conformidad con el artículo 1321 del Código Civil que establece: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmedia-

- Víctor Hugo Chanduví Cornejo

ta y directa de tal inexecución.” En los casos de dolo o culpa grave o inexcusable el resarcimiento comprende los daños inmediatos y directos previsibles e imprevisibles al momento de contraer la obligación, mientras que en los casos de culpa leve los daños inmediatos y directos solamente previsibles al momento de asumir la obligación.

5. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS

“Artículo 93°.- Responsabilidad de los directivos

Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.”

No es responsable el directivo que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta e inclusive que haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial.

Esto obliga a los directivos a asumir sus responsabilidades a plenitud y en forma consciente, así como hacer uso de las atribuciones de que están investidos.

6. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN

La titularidad de la acción de indemnización corresponde a la asociación cuando ésta es la directamente afectada.

Después la titularidad corresponde a los socios porque el daño provocado repercute sobre todos ellos que ven perjudicada a la asociación, la que fue creada para cumplir un fin lícito de conformidad a la Constitución Política del Perú. El inciso 9 del artículo 2 de la Constitución establece que las personas, tanto naturales como jurídicas, realizan distintas actividades culturales, deportivas, económicas, ideológicas, laborales, políticas, religiosas, sociales o de cualquier otra índole.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02243-2010-PA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02243-2010-AA%20Resolucion.html>) ha establecido que este derecho tiene una doble dimensión.

- a. Una dimensión positiva que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), la de afiliarse a las organizaciones existentes y la de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias.

Dentro de la facultad de conformar organizaciones se encuentra comprendida la posibilidad de estructurar, organizar y poner en funcionamiento la asociación (principio de auto organización), la que se materializa a través del estatuto, que debe establecer como mínimo reglas acerca del comportamiento exigido a los socios y de las cargas que se les imponen, así como de los derechos y de la manera en que el socio puede terminar el vínculo con la asociación o ser excluido de ella. En este contexto el ejercicio del derecho de asociación supone un número plural de personas que acuerdan de manera autónoma, libre y espontánea la creación de un ente para realizar un proyecto común, pacífico y lícito.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces para ejercer derechos y contraer obligaciones, a fin de responder autónomamente por su devenir social, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro.

- b. En su dimensión negativa comprende la facultad de toda persona para negarse a formar parte de una determinada asociación, así como el derecho a no ser obligado a integrarla o el derecho a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee.

Esta manifestación negativa se encuentra reconocida en el inciso 2 del artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto señala que “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

Por tanto, aquellas normas contenidas en los estatutos que impidan el ejercicio del derecho de asociación en su manifestación negativa contravienen no sólo la Constitución sino también la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por dicha razón, ninguna asociación puede denegar las solicitudes de retiro, renuncia o desafiliación que presenten sus asociados.

El derecho de asociación garantiza que a nadie se le pueda impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y que ninguna persona pueda ser forzada u obligada a asociarse.

7. SUJETO DE DERECHO

En los sistemas jurídicos se establece que el sujeto de derechos y obligaciones es la persona; sin embargo, la persona jurídica siempre resulta ser un grupo de personas que buscan la consecución de fines comunes, ya sean altruistas o lucrativos; lo cual significa que nos encontramos frente a un ente distinto del ser humano entendido como persona y, por ende, el concepto que nos brinda el ordenamiento jurídico abarca mucho más.

En el Quinto Pleno Casatorio Civil -Sentencia del Pleno Casatorio- Casación N° 3189-2012-LIMA NORTE publicada en el Diario Oficial El Peruano, sábado 9 de agosto de 2014, se estableció que “Las personas jurídicas son un sujeto de derecho distinto de sus miembros, razón por la cual este centro ideal normativo es también sujeto de obligaciones y derechos. Pues bien, (...) los sujetos jurídicos pueden distinguirse en sujetos individuales o entes colectivos. Los primeros se identifican con las personas físicas (...) Los segundos, se dividen a su vez en entes colectivos reconocidos como personas jurídicas y entes desprovistos de reconocimiento formal (...)”.

Estos entes colectivos, que entendemos como personas jurídicas, existen para el ordenamiento jurídico a pesar de ser abstracciones o entequeías, se encuentren o no inscritas en los registros públicos y, en consecuencia, tienen una realidad jurídica innegable como titulares de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o desventaja. Consideramos que la categoría jurídica genérica de sujeto de derecho recae tanto en el ser humano y en lo que entendemos como persona jurídica, más allá de ser una creación del derecho que simplifica las situaciones jurídicas subjetivas.

La existencia de un sujeto de derecho como la persona jurídica responde a que esta resulta ser distinta a los sujetos de derecho que la integran. Se establecen dos esferas jurídicas diferenciadas, tanto en la adopción de decisiones como en la manifestación de las mismas, así como en la existencia del patrimonio diferenciado de cada uno de estos sujetos de derecho.

De esta manera que “(...) estos entes colectivos, queremos puntualizar, existen para el derecho a pesar de ser abstracciones jurídicas, éstos tienen una realidad innegable a tal grado que pueden contraer obligaciones y tener derechos (...). No puede soslayarse el desarrollo de la vida en relación de las personas naturales que constituyen sujetos de derechos individuales, quienes utilizando el ordenamiento jurídico a efectos de facilitar el desarrollo de sus actividades, para obtener fines altruistas o lucrativos, buscan agruparse utilizando para ello los mecanismos que establece el ordenamiento jurídico a fin de realizar en conjunto fines comunes, sean lucrativos o no”.

“(...) en la vida observamos cómo se dan supuestos de hecho en los que hay una pluralidad de personas que se agrupan para conseguir un fin común a todas ellas (...). Esta abstracción, en cuanto a la génesis de la persona jurídica, permite que su desarrollo se produzca independientemente de las personas naturales que la componen; sin embargo, la adopción de los acuerdos de éstas deben realizarse en atención a la normativa vigente, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un negocio jurídico, adoptado en base al quórum y mayoría establecida en la ley y los estatutos propios de la persona jurídica, como lo veremos más adelante. Por ello es que el Código Civil de 1984 estableció en su artículo 78 que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. No es extraño concluir que existe en la persona jurídica una separación de patrimonios y de responsabilidades, dado que las actividades del ente y su patrimonio son independientes a los integrantes de ésta”. (Pleno Casatorio- Casación N° 3189-2012-Lima Norte publicado en el diario oficial El Peruano, sábado 9 de agosto de 2014)

8. RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 198 del Código Penal Peruano, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29307, publicada el 31 de diciembre del 2008, establece:

“Artículo 198. Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.”

En su artículo “Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta”, Alberto Juárez Muñoz establece que este delito comprende a las ocho formaciones delictivas en las que puede incurrir el sujeto que lleva las riendas de una persona jurídica, desacatando normas básicas de conducción que le han sido impuestas por la Ley General de Sociedades, las que esencialmente se refieren a la veracidad en la información sobre la real situación económica y financiera de la persona jurídica, con lo que se tiende a proteger el patrimonio social y el interés de las comunidades interna y externa (Revista Lex-Lima, 2016,págs. 187-219).

Tras simplificar las diversas variables que contiene el amplio articulado penal para facilitar su aprendizaje y comprensión, Juárez Muñoz aclara los supuestos normativos que integran cada una de las modalidades penales, comprendiendo que se trata de un delito contra el patrimonio que protege la posibilidad de que se cause un daño económico a los interesados, aun cuando en la mayoría de sus párrafos se verifica actos de falsedad, implicancia de normas de la Ley General de Sociedades y hasta conductas omisivas propias.

La norma se refiere a la persona jurídica para abarcar todos los sujetos de derecho que conocemos. En el Código Civil encontramos el término “persona jurídica” que designa a las organizaciones que no tienen finalidad lucrativa y a las previstas en leyes especiales que sí tienen finalidad lucrativa. Las que no tienen finalidad lucrativa son las asociaciones, las fundaciones, los comités, los que a su vez pueden ser inscritos y no inscritos, y las comunidades campesinas y nativas.

Las personas jurídicas con fines de lucro se encuentran reguladas en la Ley General de Sociedades y la Ley N° 21621 regula la empresa individual de responsabilidad limitada, que comprende las sociedades de personas que son las colectivas y las comanditarias y las sociedades de capital que son la sociedad de responsabilidad limitada (S.R.LTDA) y la sociedad anónima en sus formas de sociedad anónima cerrada (S.A.C), ordinaria (S.A.) y la abierta (S.A.A). También existen otras personas jurídicas reguladas por leyes especiales como son las cooperativas y sociedades mercantiles sujetas al régimen de la pequeña y mediana empresa, Ley de Bancos y Ley de Mercado de Valores.

Como señala A. Borda en su *Manual de Derecho Civil*, la persona jurídica es sin lugar a dudas una agrupación de personas distinta a las que la personifican, con derechos y obligaciones tan iguales como los que tienen las personas que la conforman; sin embargo, aun cuando en el ámbito real sea solo una creación del Estado, se desenvuelve en la sociedad entre relaciones iguales a las personas físicas. (<https://es.slideshare.net/Coleman78/bordaguillermomanualdederechocivil-partegeneral>)

Carlos Fernández Sessarego señala: en su artículo de la Revista DÍKÉ ¿Qué es ser “persona” para el derecho? Establece que “El derecho positivo no tiene otra opción, reiteramos, que reconocer que no hay más personas que los seres humanos, individual o colectivamente considerados. Es decir, las cuatro “maneras del ser” a las que hemos hecho referencia con anterioridad. No cabe la posibilidad que la política legislativa concluya resucitando a Incitatus - el caballo al cual Calígula hizo Cónsul – como persona o que nos recomiende que se otorgue la calidad jurídica de persona al “césped”, que supuestamente tiene el derecho a no ser hollado por el ser humano, o al “camarón” que tendría el derecho a no ser pescado porque tendría derecho a la vida.

En estas hipótesis referidas en el párrafo precedente, son los seres humanos los que tienen el derecho a contar con áreas verdes bien conservadas para su esparcimiento y por razones estéticas. Y es también a los seres humanos a los que le interesa que, para su deleite como consumidor, no se extinga el camarón a consecuencia de una pesca incontrolada.

En síntesis, persona es el sujeto de derecho. Sujeto de derecho que no es otro que el ser humano, individual o colectivamente considerado. Ser humano cuya naturaleza es ser una unidad psicósomática sustentada en su libertad. Ninguna política legislativa debería contrariar esta realidad ya que ello tendría como consecuencia el desnaturalizar el sentido del derecho para la vida humana.

Es decir, del derecho creado, como exigencia existencial, por seres humanos libres y coexistentiales, que requieren de normas jurídicas, valiosamente concebidas, que le permitan realizar su personal proyecto de vida dentro del bien común. ((http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF)

En cambio el artículo 78 del Código Civil, cuando enuncia que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos, ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas., está distinguiendo a la persona natural de la jurídica. Consecuentemente como las personas jurídicas se rigen a través de órganos de gobierno, que están integradas por personas naturales, éstos pueden causar daño contra la persona jurídica, sus socios u asociados y los terceros, teniendo que asumir la responsabilidad que establece la ley especial y el Código Civil.

Los miembros del consejo directivo de las asociaciones pueden ser procesados por el delito de lavado de activos regulado por el D .Leg. N° 1106. De acuerdo con el doctor Víctor Prado Saldarriaga, “el delito de lavado de activos está tipificado en tres modalidades: 1. actos de conversión y transferencia (artículo 1), 2. actos de ocultamiento y tenencia (artículo 2), 3. actos de transporte y traslado de dinero en efectivo o títulos valores (artículo 3)”. (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf)

Además señala las siguientes características comunes: “1. son tipos penales representativos y no literales (de activos cada conducta representa una etapa del proceso de lavado), 2. el objeto de acción del delito lo constituyen activos (dinero, bienes, efectos o ganancias) de origen ilícito (generados o derivados de una actividad criminal), 3. son delitos dolosos (dolo directo o dolo eventual: “debía presumir”), 4. son delitos de tendencia interna trascendente (con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación y decomiso), 5. son delitos comunes o de dominio (cualquier persona puede ser autor del delito). 6. son delitos de consumación instantánea o permanente (la tentativa sólo es posible en los actos de conversión), 7. son sancionados con penas conjuntas privativa de libertad (no menor de 8 ni mayor de 15 años) y multa (no menor de 120 a 350 días multa)”. (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf)

Respecto al objeto de acción del delito en el proceso del lavado de activos, Prado Saldarriaga explica:

1. El objeto de acción del delito lo constituyen activos de origen ilícito a los cuales se les generará una apariencia de legitimidad a través de sucesivas mutaciones cualitativas o cuantitativas.
2. Ahora bien, en un plano operativo podemos distinguir tres clases de bienes: • los que son producto directo e inmediato de un delito precedente y que serán el objeto de acción en los delitos de conversión a través de actos de colocación; los que son bienes transformados y que son aquellos resultantes de prácticas de intercalación, los cuales serán objeto propio de delitos

de transferencia; • los bienes mezclados que son los que fusionaron bienes lícitos más bienes de fuente ilícita. Ellos se constituyen en el objeto de acción de los delitos de ocultamiento y tenencia mediante actos de integración (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf)).

Según el mismo autor son actos de conversión los que están tipificados en el artículo 1 del decreto legislativo 1106. “Se criminalizan conductas vinculadas con la etapa inicial del proceso de lavado de activos (colocación) los actos de conversión que involucran a todas las modalidades de colocación o movilización primaria del capital líquido o dinero en efectivo u otros bienes (metales preciosos) obtenidos de una actividad criminal previa. Incluyendo los actos de recolección y acopio de bienes (el prelavado), que pueden ser ejecutados por el propio autor del delito precedente (el autolavado). Las modalidades más recurrentes de este delito corresponden a prácticas de inserción o de sustitución del dinero ilícito original a través de operaciones de inmisión financiera (abrir cuentas bancarias) o de su mutación cualitativa o cuantitativa en otros bienes (cambio de moneda o de denominación numeraria, adquisición de bienes muebles o inmuebles, adquisición de tarjetas prepago o cheques de viajero, compra de acciones, electrodomésticos, automóviles, etc.)

1. Transporte y traslado transfronterizo de dinero en efectivo (modalidad especial de delito en el artículo 3)
2. Fraccionamiento o estructuración del dinero para proceder a depósitos o inversiones (prácticas de estructuración, uso de pitufos)
3. Empleo de cómplices en el sector financiero para posibilitar la inserción a través de ellos del producto ilícito (agentes de banca, bolsa, agentes de seguros).
4. Colocación fraudulenta de los productos ilícitos en instituciones financieras no tradicionales (hawala, casas de cambio, remesadoras, casas de pignoración o empeño, servicios postales, mercados y bodegas autorizadas).
5. Pago en efectivo de servicios (hoteles, restaurantes, supermercados, casinos, etc.).
6. Adquisición o arriendo de bienes con pagos en efectivo (inmuebles, compra de joyas empeñadas, automóviles de segunda mano, etc.).

Modalidades más comunes de actos de conversión, los actos de transferencia también están tipificados y sancionados por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1106.

1. Se materializan como una secuencia continua y diversificada de operaciones con bienes transformados, es decir, con aquellos que representan una primera modificación cualitativa producida en la etapa de colocación (ellos ya no son más el dinero generado por el delito precedente o producto sino un nuevo bien obtenido o transformado)
2. Se trata, pues, de actos reiterados de circulación de operaciones financieras, comerciales, contractuales, etc.

3. Los actos de transferencia procuran alejar los bienes de su primera transformación mediante la sucesión en serie y de modo continuo de complicadas y diversificadas transacciones.
4. No se trata solo de transferencias electrónicas bancarias sino de toda clase de actividades capaces de producir nuevas transformaciones de bienes como permutas, reventas, organización, auspicio o patrocinio de espectáculos financiados o cofinanciados, o cualquier otra forma de negocios jurídicos que conlleven la traslación o intercambio del dominio con bienes legítimos de terceros, sea que se realicen a título oneroso o gratuito con saldos favorables o deficitarios (lo importante no es ganar sino legitimar).

Actos de ocultamiento o tenencia:

1. Se encuentran criminalizados en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1106.
2. Son aquellas operaciones que consolidan el momento final del lavado de activos o etapa de integración.
3. Es una práctica propia de los testaferros que pueden aparecer como asesores financieros, empresarios, apoderados, administradores, representantes, locadores, etc.
4. Se trata de conductas que recaen exclusivamente sobre bienes mezclados, es decir, sobre aquellos que por sus sucesivas transformaciones adquirieron una sólida pero ficticia apariencia de legitimidad en la etapa de transferencia y que permite ahora que puedan fusionarse con bienes lícitos radicados en cualquier espacio económico o financiero y mantenerse ocultos o disimulados bajo ese estado.
5. No se trata de esconder físicamente los bienes lavados (la expresión ocultamiento indica disimulación) sino por el contrario hacerlos visibles y socializarlos conjuntamente con bienes de origen lícito en nuevas inversiones o fusiones.
6. El agente debe saber o presumir la condición de bienes lavados cuando los mezcla con bienes legítimos propios o de terceros, integrándolos y procurando mantener a la vez que consolidar esa calidad todo el tiempo que le sea posible (delito permanente).

De acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo 1106 los actos tipificados son:

1. adquirir, 2. utilizar, 3. guardar, 4. administrar, 5. custodiar, 6. recibir, 7. ocultar y 8. mantener en su poder actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores.

Prado Saldarriaga manifiesta que este delito está regulado en el artículo 3 y es una acertada innovación del decreto legislativo 1106, consiste en prácticas abiertas o encubiertas de desplazamiento físico, interno o externo, de dinero en efectivo de cualquier denominación o nacionalidad pero de origen ilegal. Se le considera la manifestación más histórica y básica del lavado de activos (contrabando de dinero o correos de efectivo). También se comprende como objeto de acción de este delito a títulos valores al portador o instrumentos financieros negociables. Este delito es una modalidad especial y tiene lugar durante las etapas de colocación. El artículo 3 tipifica las siguientes modalidades delictivas:

1. Transporte o traslado en el interior del país, 2.hacer ingresar al país y 3.hacer salir del país, actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores. En torno a este delito cabe tener en cuenta lo regulado en la sexta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley 28306, modificada por la cuarta disposición complementaria y modificatoria contenida en el Decreto Legislativo 1006.

También es pertinente concordar su tipificación con lo regulado en el reglamento de la obligación de declarar el ingreso o salida de dinero en efectivo y/o instrumentos financieros negociables emitidos al portador aprobado por Decreto Supremo N° 195-2013-EF. En base a estas normas se deben resolver tres problemas hermenéuticos y prácticos:

1. Su conexión con las infracciones contenidas en los numerales 6.1 y 6.2 y con las consecuencias previstas en los numerales 6.3 y 6.4.
2. Las competencias para la investigación penal o administrativa de casos de ingreso o salida de dinero en efectivo o instrumentos negociables con un modus operandi subrepticio y fraudulento.
3. El procedimiento aplicable y la autoridad competente para la acreditación de ingresos lícitos, actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores:
4. Los numerales 6.1 y 6.2 regulan reglas y prohibiciones para el ingreso y salida de dinero en efectivo y títulos negociables al portador, fijando umbrales no superiores a 10.000 y 30.000 dólares
5. Las infracciones a tales disposiciones generan consecuencias sancionadoras que consisten en la aplicación de multas (30% del valor no declarado en caso del 6.1) y en la retención total del dinero o instrumentos financieros al portador (en los casos del 6.1 y 6.2. Todas estas medidas son de competencia de la SUNAT.
6. El proceso de acreditación del origen lícito del dinero o instrumentos financieros al portador es competencia exclusiva de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el plazo de acreditación de 72 horas es en principio improrrogable.
7. El proceso de acreditación sólo alcanza a los supuestos de ingreso y egreso no fraudulento ni subrepticio, la no acreditación habilitará la competencia del Ministerio Público para investigar penalmente tales actos (indicio de lavado de activos).
8. Todo acto de ingreso o salida fraudulentos o subrepticios constituyen también indicios de lavado de activos y deben dar lugar a la incautación del dinero y al inicio de investigación penal por el Ministerio Público.

La estructura operativa en la modalidad interna(a cargo de los propios cárteles mexicanos) es la siguiente:

1. El jefe financiero, 2. el jefe operativo, 3 el coordinador de transporte, 4. el jefe de célula, 5. el jefe de plaza y 6. la red de transportadores.

En la modalidad externa todo el proceso es realizado por el agente financiero (contratista independiente norteamericano), la tipología del transporte y traslado de dinero en la frontera México-Usa.

El artículo 4 del Decreto Legislativo 1106 regula un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes específicas que operan con cualquiera de los delitos de lavado de activos (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf)).

8. Conclusiones

- De conformidad con el artículo 93 del Código Civil los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación. Esta responsabilidad en el Derecho Civil recae en el ámbito contractual como extracontractual.
- En la responsabilidad civil cuando el daño que se causa es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla de la responsabilidad contractual, es decir de la responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones, como tener la debida diligencia para gestionar la asociación, no cometer actos que la perjudiquen, etc.
- Los directivos de la asociación, que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición, se exoneran de dicha responsabilidad civil.
- El delito de administración fraudulenta establecido en el artículo 198 impone al actor un deber de fidelidad a la persona jurídica que administra, representa o dirige, debido a la posición de privilegio que ostenta en ella.
- El delito de administración fraudulenta protege el patrimonio social de la persona jurídica; sin embargo, la acción del agente debe estar dirigida a los supuestos del mencionado artículo 198 del Código Penal y si perjudica a la sociedad con otras conductas, será pasible de la comisión de otros delitos patrimoniales en perjuicio de la persona jurídica.
- El sujeto pasivo está representado por la persona jurídica que sufre el perjuicio patrimonial, pero también lo son los socios, asociados, accionistas y terceros que tengan un legítimo interés en la marcha de la persona jurídica.
- El artículo 198 del CP designa al sujeto activo como “el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza (...)”. En el caso de la asociación desempeña las funciones de administración y representación el consejo directivo que se designe, de acuerdo con los artículos 82, 86 y el artículo 93 del C. Civil, que señala la responsabilidad de los directivos
- El bien jurídico que protege el tipo penal de administración fraudulenta está constituido por el patrimonio social de la persona jurídica, entendido como una universalidad jurídica de derechos y obligaciones. Así lo ha entendido el legislador. Por ello, al momento de legislar ha ubicado la figura de fraude en la administración de personas jurídicas entre los delitos rotulados con el nomen iuris de “delitos contra el patrimonio” en el Código Penal. De otro lado, también se protege la tutela de la fe pública, en el sentido de confianza, honestidad, buena fe en los negocios (Expediente N° 20821-2011).

▪ Víctor Hugo Chanduví Cornejo

- En los delitos de lavado de activos regulado por el D. Leg. N° 1106 se deben evaluar también el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 7-2009/cj-116 del 13 de noviembre de 2009 y el artículo 105 a del Código Penal introducido por la ley 30077.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A. 1974. *Responsabilidad Civil. Límites a la Reparación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Código Civil Peruano.

CHANDUVÍ CORNEJO, Víctor Hugo. Responsabilidad de los directores en las sociedades anónimas- Revista Campus. Trujillo- Perú, N° 8. Diciembre 2013. Págs. 9-20.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, en su comentario que realiza al *Código Civil Comentado Tomo I*. Gaceta Jurídica (Gaceta Jurídica, tomo I, pág. 1455- codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf

EXPEDIENTE N° 02243-2010-PA/TC

(<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02243-2010-AA%20Resolucion.html>)

EXPEDIENTE N° 20821-2011. Sentencia de fecha 5-9-2014, emitida por la primera Sala Especializada en lo Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de justicia de Lima, que condena a Guillermo Isaac Alarcón Méndez (presidente del Club Alianza Lima) como autor del delito contra el patrimonio- fraude en la administración de personas jurídicas, en agravio de la Asociación Club Deportivo “Alianza Lima”

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. 2001. *Derecho de las personas*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

GUILLERMO A., Borda. 1996. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot.

JUÁREZ MUÑOZ, Alberto. Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.940>

JUÁREZ MUÑOZ, Alberto. En Revista Lex-Lima. ISSN: 2313-1861. 2016. Volumen 14. N° 17, Paginación- 187-219. Perú

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Los tipos penales del delito de lavado de activos en el Decreto Legislativo 1106/

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf

QUINTO PLENO CASATORIO CIVIL -Sentencia del Pleno Casatorio Casación N° 3189-2012-LIMA NORTE. Publicado en el Diario Oficial el Peruano, Sábado 9 de agosto de 2014.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. En el curso de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, dictado en la Academia de la Magistratura- Modalidad a distancia.



En el Quijote y en todas las obras cervantinas alienta la más sincera y profunda inspiración cristiana y católica.

**EL QUIJOTE COMO VENTANAL
DEL MUNDO RELIGIOSO
ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO DE SU TIEMPO¹**

***THE NOVEL “DON QUIXOTE” AS PICTURE WINDOW
OF THE RELIGIOUS WORLD
FROM SPAIN AND LATIN AMERICA OF ITS TIME***

José Antonio Benito Rodríguez (*)

Recibido: 6 de junio 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

1. INTRODUCCIÓN “¡Y ENTRE TANTO QUE PUGNABA POR LEVANTARSE!”
2. UN CENTENARIO FRUCTÍFERO
3. APUNTES BIOGRÁFICOS ACERCA DE CERVANTES
4. EL CONTEXTO RELIGIOSO DEL QUIJOTE
5. ESPIRITUALIDAD ESPAÑOLA E HISPANOAMERICANA
6. CONCLUSIÓN: CUANDO LA REALIDAD SUPERA A LA FANTASÍA VALE UN PERÚ
7. BIBLIOGRAFÍA

¹ Comunicación en el Congreso Internacional ‘Cervantes, su obra y su tiempo. Cuarto centenario (1616-2016), 18 de diciembre 2016, Pamplona, Universidad de Navarra. La primera versión se presentó en versión oral y electrónica en “El Quijote y la espiritualidad de su tiempo” QUIJOTES. DISCURSOS, RELECTURAS, TRADICIONES. *Actas del Coloquio de la Asociación Peruana de Literatura Comparada* (Biagio D’Angelo, org.) UCSS, Lima, 2006, pp. 244-266. Publicado en Revista Catechumenium 17, Lima, enero-junio 2011, 113-132.

* CEPAC-UCSS, Lima (Perú) jbenito@ucss.edu.pe

1. INTRODUCCIÓN “¡Y ENTRE TANTO QUE PUGNABA POR LEVANTARSE!”

Don Quijote “es un héroe profético, para personas y tiempos en que parece imposible mantener un ideal, aquellos en que una tristeza espiritual propicia el desaliento generalizado. Pero no es menos cierto que a quien le entra hasta tocar el alma, es una obra que nunca se le separa de sus inquietudes”.²

Por su parte, J.L. Juan Luis Alborg ahonda esta primera reflexión indicándonos que “*Cervantes, el soldado de Lepanto, admirador de don Juan de Austria y orgulloso de haber participado en la más alta ocasión que vieron los siglos, hombre del espíritu de la época del Emperador; escribe el Quijote en ese momento de amargura en que España se siente ya arrastrada por su propio fracaso; y si su libro no es un grito desesperado es porque lo redime y salva el prodigio del humor cervantino que comprende y endulza toda pesadumbre y hermana el mundo heroico y el bajo en el abrazo de sus dos inmortales figuras*”.³ Ciertamente, pero a mí me parece que más allá de este sentido del humor, o más en el fondo, lo que le eleva es su gran esperanza. Es precisamente la esperanza de vivir y de realizar el bien y la justicia sobre la tierra la que fundamenta su vida. Don Quijote nunca llega a la desesperación: anticipación anti-natural del fracaso, cuando se desvanece -porque no llega a morir- en el cerebro de Alonso Quijano, asciende -con toda su permanencia ideal- a los senos eternos del arte.

El filósofo Andrés Jiménez nos da claves de sentido vital para nuestro tiempo a la luz de la obra:

¿Es posible combatir frente a un mundo cruel en el que triunfa la codicia, donde los pícaros de la más alta y la más baja estofa se ríen de la virtud, la dignidad humana y la justicia?, ¿con qué armas y convicciones?, ¿es aún posible la verdad y un amor honesto?... ‘En un lugar de la Mancha...’ empezó con decisión, y con decisión siguió un par de horas hasta que se le acabó la tinta y el sol dejó de iluminar. Las ideas iban cobrando forma, brotaban las historias y ocurrencias, las aventuras, las reflexiones... Un sorprendente e ingenioso sentido del humor y una honda mirada cristiana, dieron calado y figura al prodigio, frontera entre dos épocas”.

(<http://www.equipoagora.es/Cervantes-y-Shakespeare-dos-miradas-ante-el-drama-humano-Pf11.html>).

Augusto Tamayo Vargas dirá que para “los hombres que vivimos este girar trágico de los acontecimientos de hoy, don Quijote es —a cada momento— nuestra esperanza y el remozar de nuestras aspiraciones”. (TAMAYO, 1948: 30). Sobre las ruindades de la vida, nuestro caballero andante pone siempre el ideal. Una fe inquebrantable en el bien, en el triunfo de la justicia, en el valor de

² Santiago Arellano: <http://www.equipoagora.es/Que-hace-aqui-Don-Quijote-A220.html>.

³ Historia de la literatura española II, Gredos, Madrid, 2ª ed. 1983, p.180.

la voluntad y en la nobleza del sacrificio le guían siempre. Como auténtico varón, Don Quijote proclama sus deberes: «matar en los gigantes a la soberbia; a la avaricia y envidia, en la generosidad y buen pecho; a la ira, en el reposado continente y quietud del ánimo; a la gula y al sueño, en el poco comer que comemos y en el mucho velar que velamos; a la lujuria y lascivia, en la lealtad que guardamos a las que hemos hecho señoras de nuestros pensamientos; a la pereza, con andar por tildas las partes del mundo buscando las ocasiones que nos pueden hacer y hagan, sobre cristianos, famosos caballeros». Aunque fracase mil veces, Don Quijote no altera su regla: su fuerza al servicio del bien. De esta manera, convierte cada fracaso en triunfo de la conciencia.

Fernando Rielo lo expresa correctamente en *Teoría del Quijote. Su mística hispánica*: “Cervantes hizo señora a la esperanza, e hizo más, darle nombre: Dulcinea. El Quijote es, en este sentido, una teología novelada de la virtud de la esperanza cristiana frente a las alucinaciones y tragedias de este mundo”. (RIELO, 1989: 67)

Para adentrarnos en el personaje y en el objetivo del artículo –la espiritualidad española e hispanoamericana en tiempos de Don Quijote- recordemos algunos gestos del espíritu caballeresco e ideal de cruzada. El mundo de los conquistadores traslada el mundo de los caballeros andantes a América. Baste con pensar en sus “bautizos” geográficos: la región de California, por la reina Calefas; el río Amazonas por el mito de las bellas y heroicas mujeres guerreras... Hubo un conquistador, de nombre Pedro de Ledesma, con el cargo de piloto en la expedición de Juan Díaz de Solís, descubridor del Río de la Plata. Agonizante y con los sesos al aire, hizo huir a los indios gritándoles: “¡Pues si me levanto! Y con sólo aquello botaban a huir, como era un hombre fiero, de cuerpo grande y la voz gruesa”- rezan las crónicas.

¡Cómo recuerda al gesto heroico del Quijote mantenido con unos mercaderes!:

!Y entre tanto que pugnaba por levantarse y no podía, estaba diciendo: non fuyáis, gente cobarde, gente cautiva, atended que no por culpa mía, sino de mi caballo, estoy aquí tendido! (Parte I, cap.IV)

Recordemos la teatralidad de los marineros al desembarcar, de los conquistadores al tomar posesión de un territorio, de los adelantados y exploradores al nombrar accidentes geográficos nuevos para ellos...La obra que nos congrega y que estamos comentando está plagada de gestos de este tipo: la ceremonia de armarse caballero, el confundir los molinos con gigantes, la venta que es castillo, la fea aldeana Aldonza convertida en la sin par Dulcinea...Lo minúsculo, lo ordinario es transfigurado y magnificado a extremos insospechados.

Otro aspecto es cómo la lectura se presenta como semilla que fructifica en un cambio decisivo en las personas, en las que provoca una conversión. Dos ejemplos bien significativos los encontramos en Santa Teresa de Jesús y San Ignacio de Loyola. En ambos, como en Don Quijote, la lectura opera de forma radical. Tanto que el santo fundador de la Compañía de Jesús llega a exclamar, al

concluir su lectura de libros de santos: “Si ellos lo hicieron, yo también puedo hacerlo”. Y así fue. El caballero Íñigo, ante la Virgen de Monserrat, se arma caballero andante a lo divino.

En el Quijote y en todas las obras cervantinas alienta la más sincera y profunda inspiración cristiana y católica:

“La misma cruzada vencedora fue la que realizó Ignacio, al menos mientras iba de su país a otro como caballero andante de su idea y en tanto no vio firmemente avanzada su obra. Idéntico heroísmo en el padecer por un alto ideal es el que Teresa manifiesta cuando desde la celda toledana donde estaba detenida escribe a Juan de Jesús Roca: ‘Las cárceles, los trabajos, las persecuciones, los tormentos, las ignominias y afrentas por mi Cristo y por mi religión son regalos y mercedes para mí’. Los tres luchan en valiente y firme combate con la sociedad, con los hábitos inveterados y con la rutina... Los que no sean de ellos o les compadecen o les hacen servir de tema de mofa, les injurian o los vapulean. Como Cristo, sólo parecen encontrar cariño entre los pobres, los oprimidos y los pecadores públicos”. (PFANDL 1933: 325)

Es el mismo caso del soñador Cristóbal Colón: Quiere llegar al paraíso, cree que ha llegado, se siente el portador de Cristo-Crisóforo. Sus prácticas religiosas eran estrictas, hasta el punto de que se le hubiese tomado por miembro de una orden monástica, tanto en lo que concierne al ayuno como a los rezos. Jamás escribía sin caligrafiar en cabeza ‘Jesus cum Maria sit nobis in via’.

El ambiente popular de cruzada que reina en Castilla es evidente en la escena de los niños. Teresa de Cepeda y Ahumada (la futura santa) y su hermano Rodrigo, quienes sin cumplir los diez años son detenidos porque iban a ser descabezados a tierra de moros para ganar muy presto el cielo. Es el espíritu santamente ambicioso de Francisco Javier, misionero en el Japón, quien tenía como divisa: “Más, más y más”.

Tal ambiente lo recoge magistralmente el texto “El Caballero de la Virgen” del socarrón y mago de nuestra lengua Ricardo Palma en sus “Tradiciones Peruanas”:

Hacia 1640, en la bulliciosa Lima virreinal, hervidero también de portugueses judaizantes, vivía un hombre de baja estatura, de nombre Don Juan Manrique que se hacía descender de uno de los siete infantes de Lara. Pues resulta que un día que estaba la ciudad congregada en la plaza Mayor a las doce del día, se presentó nuestro hombre con caparazón morado y blanco, recamado de oro, estribos de plata y pretal de cascabeles finos, cabalgando un ágil caballo. El jinete relucía con armadura de acero, gola, manoplas, casco borgoñón, con gran penacho de plumas y airones y embrazaba adarga y lanzón, ciñendo alfanje de Toledo y puñal de misericordia con punta buida. Visible en el pecho, una banda blanca cruzada con letras de oro, destacaba esta divisa: El caballero de la Virgen. El pueblo, sorprendido por el gesto de tal jinete en tan brioso corcel, aplaudió al verle entrar y detenerse frente a palacio. Nuestro nuevo Quijote con cuerpo de Sancho frenó con elegancia el caballo, alzó la visera y lanzó con fuerza el siguiente pregón:

¡Santiago y Castilla! ¡Santiago y Galicia! ¡Santiago y León! Aquí estoy yo, D. Juan Manrique de Lara, caballero de la Virgen, que reto, llamo y emplazo a mortal batalla a todos los que negasen que la Virgen María fue concebida sin pecado original. Y así lo mantendré y haré confesar, a golpe de espada y a bote de lanza y a mojiçón cerrado y a bofetada abierta, si necesario fuese, para lo cual aguardaré en vigilia en este palenque, sin yantar ni beber, hasta que Febo esconda su rubia caballera. El judío que sea osado, que venga, y me encontrará firme mantenedor de la empresa...! Santiago y León! Y arrojó el guante sobre la arena de la plaza. El pueblo, que no esperaba esta pepitoria de los romancescos caballeros andantes, vitoreó con entusiasmo. Ni que el campeón hubiera sido otro Pentapolín, el del arremangado brazo...Don Juan Manrique permaneció ojo avizor sobre las cuatro esquinas de la plaza, esperando que asomase algún malandrín infiel a quien acometer lanza en ristre. Pero sonaron las seis de la tarde y ni Durandarte valeroso, ni desaforado gigante Fierabrás, ni andariago embreado, ni encantador follón se presentaron a recoger el guante. El dogma de la Inmaculada Concepción quedaba triunfante en Lima...D. Juan se volvió a su casa acompañado de los vítores populares. Desde ese día quedó bautizado con el mote de "El caballero de la Virgen".

2. CENTENARIOS FRUCTÍFEROS

Sea con motivo de su primera edición (2005) o de la muerte del autor (2016), se han acometido iniciativas mil en todos los puntos del planeta, especialmente en España. Congresos, cursos, exposiciones, conferencias, publicaciones, películas... Una muestra: el 28 de setiembre del 2005 informaba la agencia Zenit acerca de una «universidad flotante» tras las huellas de Cervantes en la audiencia con Benedicto XVI El Papa saludó a los profesores y universitarios españoles que han hecho escala en Roma, en el viaje en barco que realizan tras las huellas de Miguel de Cervantes hasta llegar a Lepanto. Al final de la audiencia, celebrada en la plaza de San Pedro del Vaticano, el presidente de la Universidad Camilo José Cela (UCJC), Felipe Segovia, intercambió unas palabras con el pontífice y le entregó una medalla conmemorativa del cuarto centenario de «El Quijote». Este proyecto de «universidad flotante», con treinta estudiantes universitarios becados por la UCJC a bordo del bergantín goleta Amorina, está recreando la travesía que en 1571 realizó Cervantes. Durante los 21 días de la travesía, que partió el 17 de setiembre de Almería, estos alumnos estudian Literatura, Humanidades, Historia y Náutica, y realizarán escalas, Nápoles, Lepanto (hoy Patras, Grecia) y Atenas. Según ha explicado a Zenit Jesús Arribas, presidente de la Sociedad Cervantina, director de la travesía, la iniciativa, en la que se enmarcaba el encuentro con el Papa, pretende ser como una «inyección fuerte» que estimule a los jóvenes universitarios «a conocer la cultura y la historia», que conforman el patrimonio humanístico de España y Europa. En la tarde de este miércoles, el embajador de España ante la Santa Sede, Jorge Dezcallar, ofreció una recepción oficial en la histórica sede de esa representación diplomática, en la Plaza de España, para presentar en presencia de los jóvenes este proyecto, que tiene por lema «La más alta ocasión».

A todos nos ha ayudado a leerlo nuevamente. Un gran manchego y gran maestro, además de amigo personal, don Tomás García de la Santa, termina su artículo sobre La Mancha y Don Quijote: con estas palabras:

“Leyéndolo, no sólo conoceremos mejor y amaremos más a la Mancha sino que al contacto del humanísimo espíritu de Cervantes (a quien, pese a sus desgracias, nunca la envidia le amarilleó la color; ni la pena pudo ensombrecer su limpio, claro y cariñoso mirar) nos sentiremos elevados y ennoblecidos y sentiremos más puro y alentador el soplo del ideal al que nunca renuncia el corazón humano. Nuestro Cervantes puede y debe ser amigo y compañero, inspirador y confidente entrañable”. (GARCÍA, T. 2005: p.6)

Al millón de participantes en el meeting de Rímimi del 2005 les inspiró el valor de la libertad. Cervantes había pasado cinco largos años de cautiverio en Argel, lo que agudizó, sin duda, su sentido de la libertad de forma radical, hasta convertirla a sus ojos en el bien más preciado:

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”. (II, 58)

León Felipe recreó en su poema “Vencidos” su lamento y su eterno recomenzar:

*“Por la manchega llanura, se vuelve a ver la figura de Don Quijote pasar...Y ahora ociosa y abollada va, en el rucio la armadura y va ocioso el caballero, sin peto y sin espaldas, va cargado de amargura...que allá encontró sepultura su amoroso batallar...Ponme a la grupa contigo caballero del honor, ponme a la grupa contigo pastor: Por la manchega llanura se vuelve a ver la figura de Don quijote pasar”.*⁴

J. M. Eguren dirá que Cervantes “trazó un símbolo inefable, el más excelso de todos los símbolos vivientes: el símbolo del espíritu. Su Quijote fue grande a cada prueba. La galantería y el valor, la nobleza del alma y el amor: las virtudes poéticas supremas. ...Cervantes no fue un imaginero; su fantasía, que tuvo tanto del hombre, era sintética; sus descripciones son dinámicas, procede por arranques como Beethoven; fue un incomparable lírico en la hondura del amor, del misterio y de la vida”.⁵

Don Miguel de Unamuno, peleando siempre por la inmortalidad, nos brinda páginas eternas en su *Vida de Don Quijote y Sancho* recreando el momento de la muerte de Don Quijote y cómo resucita –de algún modo- en Sancho:” Y si la bondad nos eterniza, ¿qué mayor cordura que morir? «Verdaderamente se muere y verdaderamente está cuerdo Alonso Quijano el Bueno»; muere a la locura de la vida, despierta de su sueño... ¡Oh, heroico Sancho, y cuán pocos advierten el que ganaste la cumbre de la locura cuando tu amo se despeñaba en el abismo de la sensatez y sobre su lecho de muerte irradiaba tu fe, tu fe, Sancho, la fe de ti, que ni has muerto ni morirás! Don

⁴ Revista ESTAR N° 190, Abril 2005, Madrid 2005, Citado por S. Arellano “¡Dulcinea del Toboso es la más hermosa mujer del mundo...!”, p.2

⁵ (Perú, 1874- 1942). Publicado en *La Prensa* del 23 de abril de 1931 en *Obras Completas*. (Mosca Azul, Lima, 1974)

Quijote perdió su fe y murióse; tú la cobraste y vives; era preciso que él muriera en desengaño para que en engaño vivificante vivas tú”. (UNAMUNO 1904: Cap.74)

Leer esta obra inmortal nos va a reportar decisivos frutos: gustar de su belleza literaria y asimilar sus valores en estos tiempos tan o más recios que los del Quijote.

3. APUNTES BIOGRÁFICOS ACERCA DE CERVANTES

Su niñez transcurrió quizás en Valladolid y parece que estudió en Salamanca y Sevilla por las reminiscencias de ambas ciudades encontradas en sus obras. Se le ha llamado ingenuo lego, sin títulos, pero sin que ello signifique que no tuviera cultura humana, pues la suya fue auténtica cultura adquirida con la vida, con los viajes, con el trato y conversación de gentes y de mundos. Entre todas las tierras extrañas que visitó amó sobremanera *la vida libre de Italia*, donde estuvo en el séquito del Cardenal Aquaviva. Entonces Italia era la cuna y el centro del Renacimiento, la patria soñada de los humanistas, artistas y literatos. Allí amó a Roma «por sus despedazados mármoles, enteros y medias estatuas, por sus rotos arcos y derribadas termas, por sus magníficos pórticos y anfiteatros grandes».

Se alistó en el ejército en 1569 y el 7 de octubre de 1571 peleó en la batalla de Lepanto «la más memorable y alta ocasión que vieron los pasados siglos ni esperan ver los venideros». En aquel glorioso combate, al decir de un testigo presencial, «el dicho Miguel de Cervantes estaba malo y con calentura, y... su capitán y... otros muchos amigos le dijeron que pues estaba enfermo... que se estuviese quedo, abajo en la cámara de la galera, y el dicho Miguel de C. respondió que qué dirían dél... e que más quería morir peleando por su Dios y por su Rey, que no meterse so cubierta». Y allí quedó herido, perdiendo el movimiento de la mano izquierda, fea herida, pero que a él le enorgullecía. Tomó luego parte en otros combates hasta que en 1574 saliendo de Nápoles para regresar a España. En la galera Sol fue apresado por corsarios turcos y llevado a Argel donde en cinco años, como él dice, «aprendió a tener paciencia en las adversidades».

Las posteriores y grises etapas de su vida rezuman a cada instante esta sabiduría. Allá en Argel intentó cien veces la fuga, sostuvo el ánimo de sus compañeros de cautiverio, hizo frente a la barbarie turca sin temor a los crueles castigos acabando por hacerse respetar. Hasta que el trinitario fray Juan Gil le rescató y pudo salir para Valencia el 24 de octubre de 1580. En este instante comienza un nuevo período de la vida de Cervantes. Al arrojo heroico, a las aventuras, a las hazañas de la guerra y a las inclemencias del cautiverio, suceden la estrechez y las privaciones, la mísera y monótona solicitud de cargos y favores, los sinsabores familiares y las dificultades con la justicia. Cervantes, como su máximo héroe, combate incansablemente por ideales que no verá realizados. Vive en Madrid sin lograr la gloria literaria, ni el amor y la dicha familiares. Cruza una y otra vez la Mancha, conoce en Sevilla el ambiente picaresco de Monipodias y rufianes y sufre prisión. En la prisión bosqueja el plan del Quijote; en Valladolid y en Madrid pasa apuros, sufre desgracias, vive a trompicones.

Son los últimos años de su vida, los más fecundos literariamente, coronados por su serena suerte: «El 23 de abril de 1616 murió Miguel de Cervantes Saavedra, casado con doña Catalina de Salazar, calle del León. Recibió los santos sacramentos de mano del licenciado Fco. López. Mandóse enterrar en las monjas Trinitarias. Mandó las misas del alma —y lo demás a voluntad de su mujer, que es testamentaria, y al Lcdo. Francisco Martínez, que vive allí». Tal reza la partida de defunción en la parroquia de S. Sebastián. Poco se sabe con certeza de su formación religiosa en la niñez y juventud. Fue discípulo de gramática del sacerdote Juan López de Hoyos, en el Estudio costeado por el Consejo de la Villa de Madrid. El trato de Cervantes con el docto sacerdote hubo de ser muy corto, puesto que éste entró como preceptor en el Estudio el 15 de enero de 1568, y ese mismo año Cervantes debió marchar a Italia, donde ciertamente residía en 1569. Se da por seguro que, ya sea en Valladolid o, ya sea en Sevilla, Cervantes cursó en un colegio de jesuitas, donde sin duda, aprendió el latín que luego muestra conocer, y donde oyó los sabios y prudentes consejos de los que hace encendido elogio en *El coloquio de los perros*.

Entre las fuentes literarias de su formación ascética, él mismo menciona en *El Quijote* a fray Cristóbal de Fonseca, agustino, en su libro *Tratado del amor de Dios*, y al dominico fray Felipe de Meneses en su obra *Luz del alma*. Cervantes pensaba que «la pluma es la lengua del alma: cuales fueren los conceptos que en ella se engendraren, tales serán sus escritos», como dice don Quijote al Caballero del Verde Gabán (II, 16). En todo caso, lo que sabemos de la vida de Cervantes nos lo muestra fiel creyente y fervoroso practicante de la religión católica. Antonio de Sosa, testigo presencial de la batalla de Lepanto cuando Cervantes tenía 24 años, dice: «El dicho Miguel de Cervantes estaba malo y con calentura; y su capitán y otros muchos amigos le dijeron que, pues estaba enfermo, que se estuviese quedo abajo, en la cámara de la galera, y Miguel de Cervantes respondió que «qué dirían dél e que más quería morir peleando por su Dios y por su Rey que no meterse so cubierta».

El mismo Antonio de Sosa, compañero de cautiverio en Argel, testifica que Cervantes, entre 1575 y 1580, «se ocupaba muchas veces en componer versos en alabanza de Nuestro Señor, y de su bendita Madre, y del Santísimo Sacramento, y otras cosas santas y devotas, algunas de las cuales comunicó particularmente conmigo, y me las envió que las viese». Desde 1609, Cervantes perteneció a la *Congregación de Indignos Esclavos del Santísimo Sacramento*, fundada el 30 de noviembre de 1608 por fray Alonso de la Purificación, trinitario descalzo, y don Antonio Robles Guzmán, gentilhombre de Felipe III y su aposentador. La partida y asiento de su ingreso, firmada por el propio Cervantes, figura en el libro I, folio 12, en el Oratorio del Olivar de Madrid: «Recibióse en esta Santa Hermandad por esclavo del Santísimo Sacramento a Miguel de Cervantes, y dijo que guardaría sus santas Constituciones, y lo firmó en Madrid, a 17 de abril de 1609. Esclavo del Santísimo Sacramento, Miguel de Cervantes».

En el lecho de muerte, tres semanas antes de su fallecimiento, profesó Cervantes en la Venerable *Orden Tercera de San Francisco*. El 8 de junio de 1609 reciben el hábito su hermana Andrea y su mujer Catalina de los Palacios, profesando luego, respectivamente, el 10 de enero de 1610 y el 27 de junio de ese mismo año. No se sabe cuándo Cervantes solicitó el ingreso y obtuvo el hábito; pero el 2 de abril de 1616 profesó «en su casa por estar enfermo». Al morir (el 23 de abril de 1616) recibió los santos sacramentos. En el libro de defunciones de la parroquia de San Sebastián, de Madrid, correspondiente a esa fecha, se lee: «En 23 de abril de 1616, murió Miguel Cervantes Saavedra, casado con doña Catalina de Salazar, calle del León. Recibió los Santos Sacramentos de mano del licenciado Francisco López. Mandóse enterrar en las monjas trinitarias. Mandó las misas del alma y lo demás a voluntad de su mujer, que es testamentaria, y al licenciado Francisco (Martínez), que vive allí».

Don Quijote ofrenda su sangre y su vida a la conquista de un ideal. Tiene conciencia de su misión: «Has de saber, Sancho amigo, que yo nací por querer del cielo en esta nuestra edad de hierro para resucitar en ella la dorada o de oro. Yo soy aquel para quien están guardados los peligros, las hazañas grandes, los valerosos hechos» (Cervantes I: XX). Cree en la Providencia: «Mas con todo esto, sube en tu jumento, Sancho el bueno, y vente tras mí, que Dios, que es proveedor de todas las cosas, no nos ha de faltar, y más andando tanto en su servicio como andarnos, pues no falta a los mosquitos del aire, ni a los gusanillos de la tierra, ni a los renacuajos del agua y es tan piadoso que hace salir su sol sobre los buenos y los malos, y llueve sobre los injustos y justos».

4. RELIGIOSIDAD DEL QUIJOTE

Conocidas son las abundantes profesiones de fe y religiosidad que Cervantes coloca en labios de los personajes de *El Quijote*, como hace en el resto de sus obras con frecuencia.⁶ Sancho dice creer «firme y verdaderamente en Dios y en todo aquello que tiene y cree la santa Iglesia católica romana» (II, 8). Y en el mismo capítulo, don Quijote le dice a Sancho: «Nuestras obras no han de salir del límite que nos tiene puesto la religión cristiana que profesamos». (II, 8)

Tras la aventura del cuerpo muerto, en la que don Quijote hirió a un clérigo, protesta el hidalgo: «Yo no pensé que ofendía a sacerdotes ni a cosas de la Iglesia, a quien respeto y adoro como católico y fiel cristiano que soy» (I, 19). En su discurso a los del pueblo del rebuzno, don Quijote afirma que, de las «cuatro cosas» por las que se «han de tomar las armas y desenvainar las espadas y poner a riesgo sus personas, vidas y haciendas, la primera (es) por defender la fe católica». (II, 27)

⁶ Salvador Muñoz Iglesias *Lo religioso en el Quijote*. Estudio Teológico de San Ildefonso del Seminario Conciliar, Toledo, 1989.

No se concibe esta obra sin acudir a la Biblia. Salvador Muñoz Iglesias ha estudiado las referencias bíblicas del Quijote, encontrando más de 80, 49 del AT (libros históricos y sapienciales) y 36 del NT (32 de los evangelios, y el resto de Hechos y epístolas). “La presencia de pasajes o expresiones relativas a los libros deuterocanónicos (Eclesiástico, Sabiduría, Epístola de Santiago) que no admiten los protestantes, así como la interpretación tradicional de sus citas o alusiones, excluye cualquier sospecha de influencias luteranas en Cervantes”. (Muñoz 1989: 67)

No especifica Cervantes en El Quijote el contenido de la fórmula genérica que pone en boca de Sancho: «Creo... firme y verdaderamente, en Dios y en todo aquello que tiene y enseña la santa Iglesia católica romana» (II, 8). Pero cuando se editaba esta segunda parte de El Quijote, «estaba ya acabando» –según escribe en el prólogo– la que había de ser su obra póstuma, Los trabajos de Persiles y Sigismundo, publicada en 1617, donde escribe dos profesiones de fe que con razón han sido consideradas resúmenes de la fe católica tridentina. Dos cosas destacan en estos pasajes: el conocimiento más allá de lo normal que Cervantes muestra tener de las principales verdades de nuestra fe y el cálido fervor que manifiesta al profesarlas o exponerlas.. Para Castro, ese estilo de Cervantes, ambiguamente hipócrita, era típico de la Contrarreforma, como había afirmado, antes que él, Ortega y Gasset.

Conviene destacar la vivencia de la comunión en Don Quijote y Sancho, quienes rompen las ataduras del individualismo. Juana Sánchez-Gey afirma que Don Quijote vive la conciencia extática para ser creador de mundos nuevos, “que le permite ser creador de mundos nuevos conocerse, intimarse para hallar “la originaria presencia que nos constituye”. (SÁNCHEZ-GEY 1997: 403)

Las inquietudes renacentistas de su tiempo son articuladas por Cervantes en el catolicismo, entendido y sentido con evidente autenticidad. Cervantes veía en la religión católica el nervio y origen de nuestra civilización. La verdadera valentía tenía su manantial en la religión. Viendo Don Quijote la imagen de San Jorge puesto a caballo, dijo:

- *Este caballero fue uno de los mejores andantes que tuvo la milicia divina, llamóse San Jorge, y fue además defensor de doncellas. Veamos esta otra. »Descubrióla el hombre, y pareció ser la de San Martín, puesto a caballo, que partía la capa con el pobre; y apenas la hubo visto don Quijote, cuando dijo:*
- *Este caballero también fue de los aventureros cristianos, y creo que fue más liberal que valiente, como lo puedes echar de ver; Sancho, en que está partiendo la capa con el pobre y le da la mitad, y sin duda debía ser entonces invierno; que si no él se la diera toda, según era de caritativo. »No debió de ser eso -dijo Sancho-, sino que se debió de atender al refrán que dice: ‘Que para dar y tener, seso es menester’. »Riese Don Quijote y pidió que quitasen otro lienzo debajo del cual se descubrió la imagen del Patrón de las Españas a caballo, la espada ensangrentada, atropellando moros y pisando cabezas; y, en viéndola, dijo Don Quijote:*
- *Este sí que es caballero, y de las escuadras de Cristo: este se llama don Santiago Matamoros, uno de los más valientes santos y caballeros que tuvo el mundo y tiene ahora el cielo.*

- *Luego descubrieron otro lienzo, y pareció que encubría la caída de San Pablo del caballo abajo, con todas las circunstancias que en retablo de su conversión suelen pintarse. Cuando le vido tan tal vivo, que dijera que Cristo le hablaba y Pablo respondía:*
- *Este -dijo Don Quijote- fue el mayor enemigo que tuvo la Iglesia de Dios Nuestro Señor en su tiempo, y el mayor defensor suyo que tendrá jamás; caballero andante por la vida, y santo a pie quedó por la muerte, trabajador incansable en la vida del Señor; doctor de las gentes, a quien sirvieron de escuelas los cielos y de catedrático y maestro que le enseñase el mismo Jesucristo.*
- *No había más imágenes y así mandó don quijote que las volviesen a cubrir, y dijo a los que las llevaban:*
- *Por buen agüero he tenido, hermanos, haber visto lo que he visto, porque estos santos y caballeros profesaron lo que yo profeso, que es el ejercicio de las armas; sino que la diferencia que hay entre mí y ellos es que ellos fueron santos y pelearon a lo divino y yo soy pecador y peleo a lo humano. Ellos conquistaron el cielo a fuerza de brazos, porque el cielo padece fuerza y yo hasta agora no sé lo que conquisto a fuerza de mis trabajos; pero si mi Dulcinea del Toboso saliese de los que padece, mejorándose mi ventura y adobándoseme el juicio, podría ser que encaminase mis pasos por mejor camino del que llevo". (Parte II, Cap. LVIII)*

A la hora de penetrar en la espiritualidad de Don Quijote quiero recordar el estupendo diálogo con su escudero acerca de la gloria, de la ambición del amor a la patria, como móviles de las grandes acciones. De improviso le interrumpe Sancho:

- *Y dígame ahora: ¿cuál es más, resucitar a un muerto, o matar a un gigante?*
- *La respuesta está en la mano -respondió Don Quijote-: más es resucitar a un muerto.*
- *Cogido le tengo -dijo Sancho-. Luego la fama del que resucita muertos, da vista a los ciegos, endereza los cojos y da salud a los enfermos, y delante de sus sepulturas arden lámparas y están llenas sus capillas de gentes devotas que de rodillas adorando sus reliquias, mejor fama será, para este y para el otro siglo, que las que dejaron y dejaren cuantos emperadores gentiles y caballeros andantes han habido en el mundo.*
- *También confieso esa verdad -respondió Don Quijote...*
- *Quiero decir -dijo Sancho- que nos demos a ser santos, y alcanzaremos más brevemente la buena fama que pretendemos; y advierta, señor, que ayer o antes de ayer -que, según ha poco, se puede decir de esta manera- canonizaron o beatificaron dos frailecitos descalzos, cuyas cadenas de hierro con que ceñían y atormentaban sus cuerpos se tiene en gran ventura el besarlas y tocarlas, y están en más veneración que está, según dije, la espada de Roldán en la armería del Rey nuestro señor, que Dios guarde. Así que, señor mío, más vale ser humilde frailecito, de cualquier Orden que sea, que valiente y andante caballero; más alcanzan con Dios dos docenas de disciplinas que dos mil lanzadas, ora las den a gigantes, ora a vestiglos o a endriagos. »*

▪ José Antonio Benito Rodríguez

- *Todo eso es así -respondió Don Quijote-; pero no todos podemos ser frailes, y muchos son los caminos por donde lleva Dios a los suyos al cielo: religión es la caballería; caballeros santos hay en la gloria.*
- *Sí -respondió Sancho-, pero yo he oído decir que hay más frailes en el cielo que caballeros andantes».*

Lo primero que afirma el propio autor sobre la religiosidad de su personaje es que, tratándose de una novela, no había por qué abordar *ex profeso* el tema religioso: cosa, por lo demás, bastante obvia. Dice en el prólogo el amigo que le dio la idea para componerlo: «Este vuestro libro, todo él, es una invectiva contra los libros de caballerías, de quien nunca se acordó Aristóteles, ni dijo nada san Basilio,... *ni tiene para qué predicar a ninguno mezclando lo humano con lo divino...; no hay para qué andar mendigando... consejos de la Divina Escritura*».

Hay un juicio global sobre la religiosidad de la primera parte, que Cervantes pone en labios del bachiller Sansón Carrasco: «...*la tal historia es del más gustoso y menos perjudicial entendimiento que hasta agora se haya visto, porque en toda ella no se descubre, ni por semejas, una palabra deshonesta ni un pensamiento menos que católico*». Y apostilla don Quijote: «A escribir de otra suerte, no fuera escribir verdades sino mentiras» (II, 3). Y poco antes había dicho Sancho: «...que si hubiera dicho de mí cosas que no fueran muy de cristiano viejo, como soy, que nos habían de oír los sordos» (II, 3). Ése era el juicio de Cervantes sobre su novela, incluida la valoración religiosa de la misma que en él se encierra. El propio Sancho sostiene que, «*cuando otra cosa no tuviese sino el creer, como siempre creo, firme y verdaderamente, en Dios y en todo aquello que tiene y cree la santa Iglesia católica romana*». (II, 8)

Del innegable carácter religioso es la primera tanda de consejos (*Documentos que han de adornar tu alma*), que don Quijote ofrece a Sancho en vísperas de ser gobernador: «Primeramente, ¡oh, hijo!, has de temer a Dios, porque en el temerle está la sabiduría, y siendo sabio, no podrás errar en nada... Muéstrate piadoso y clemente; porque aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia» (II, 42). Esta vez es el propio Cervantes quien comenta, al principio del capítulo siguiente: «¿Quién oyera el pasado razonamiento de don Quijote que *no le tuviera por persona muy cuerda y mejor intencionada?*» (II, 43). Tras la segunda tanda de consejos, Sancho, abrumado por su incapacidad reconocida para ser gobernador, confiesa: «Si a vuesa merced le parece que no soy de pro para este gobierno, desde aquí le suelto; *que más quiero un solo negro de la uña de mi alma que a todo mi cuerpo...*; y si se imagina que por ser gobernador me ha de llevar el diablo, más me quiero ir Sancho al cielo que gobernador al infierno». Y ahora es don Quijote quien elogia la actitud edificante de su escudero: «Por Dios, Sancho –dijo don Quijote–, que por solas estas últimas razones que has dicho, juzgo que mereces ser gobernador de mil ínsulas». (II, 43)

Con diversos autores pienso que Cervantes es un laico comprometido, desde su profesión de escritor profano, en el quehacer evangelizador de la Iglesia católica postridentina. Por esta razón, asume la responsabilidad evangelizadora sentida vivamente por los escritores laicos de la España, que, especialmente en tiempos de Felipe II, había vivido el siglo XVI comunitariamente empe-

ñada en la tarea de cristianizar América. Particularmente me gusta la escena en que don Quijote ruega que le dejen solo, porque quería dormir un poco. Después de más de seis horas, como gran contemplativo, despierta exclamando:

- *¡Bendito sea el poderoso Dios, que tanto bien me ha hecho! En fin, sus misericordias no tienen límite, ni las abrevian ni impiden los pecados de los hombres.*

Sorprendida la sobrina, le insiste que le aclare su pensamiento en alta voz: a lo que le responde Don Quijote:

- *Las misericordias, sobrina, son las que en este instante ha usado Dios conmigo, a quien, como dije, no las impiden mis pecados. Yo tengo juicio ya, libre y claro, [...] que quiero confesarme y hacer mi testamento.*

Bello testimonio que parece emanado del Jubileo de la Misericordia del actual Papa Francisco. M. M Andrés subraya el objetivo de la mística hispana de ver la celestial belleza en el hombre unido a Dios, transformado en él, trasunto de su hermosura, ideal supremo de la misma. Don Quijote concibe a Dulcinea como ideal de belleza y Cervantes a don Quijote como ideal de la caballería. Establece un paralelismo: Si Cervantes condensa al hombre en Don Quijote y Sancho; los místicos lo harán en la persona integrada y en sus acciones más llamativas y aparentemente mas características (ANDRÉS 1994: 447).

5. ESPIRITUALIDAD ESPAÑOLA E HISPANOAMERICANA

Constato con el profesor Claudio Sánchez Albornoz que la Reconquista ha sido clave en la historia de España. Tres fueron las tareas o misiones desempeñadas a lo largo de ocho centurias: conquistar, poblar y evangelizar. Esta triple misión termina por dotar a la nación española de una mística, de un espíritu colectivo militante del que participan autoridades y súbditos. Los Reyes Católicos culminaron esta obra de largo aliento que marcó la idiosincrasia de España y de su proyección en América. Los Reyes completan la obra mediante la pacificación interior, logrando el orden frente al bandolerismo, asentando su principio de autoridad, y terminando la reconquista con la toma del reino de Granada en 1492. Paralelamente llevaron a cabo un programa de renovación de la Iglesia a través del nombramiento de obispos, eligiendo a los de mayor condición intelectual y moral, con el establecimiento de la Inquisición en 1478, la expulsión de los judíos en 1498, y la reforma de la vida de los clérigos y religiosos. Su celo por la reforma les valió el título de “católicos” por parte del Papa Alejandro VI en 1496.

Conviene resaltar el “sentido misional” vivido como identidad de un reino que se proyecta. Isabel la Católica, ayudada por Fernando, prudente y sobresaliente líder, supo galvanizar los ánimos de los castellanos en una empresa colectiva entusiasta de la que todos se sentían gozosamente responsables Así nos lo manifiesta M. Andrés: “Un hecho significativo comienza a producirse en España en los últimos años del siglo XV: el despertar de la conciencia de grupo, que se manifiesta

en la valoración de sus acciones frente a las de los antiguos y los extraños, en una confianza cada vez mayor en sus descubrimientos y experiencias. El español toma conciencia cada vez más clara de haber pasado de un estado colectivo de desesperanza, resignación y recepción, al de una decidida voluntad de emprender, de realizar, de descubrir, de expandirse”. (ANDRÉS 1977: 5)

La toma de Granada, fin de la Reconquista o Cruzada Occidental, fue considerada como una compensación a la pérdida de Constantinopla en 1453 por los turcos. De igual modo, América será vista como un premio para la Iglesia en recompensa de tamaña pérdida. Conviene recordar que el sistema jurídico por el que se regulan las relaciones Iglesia-Estado es el de Patronato.

De hecho, un buen número de cronistas contemporáneos enfatizarán cómo las Indias fueron una recompensa divina a la empresa –especialmente la reconquista granadina– de los Reyes Católicos. Así lo expresó P. Sarmiento de Gamboa: “Los Reyes, antecesores de Vuestra Majestad, habían hecho grandes y santas obras extirpando herejes, lanzando los sarracenos de España, edificando templos, hospitales, monasterios y otras muchas obras de caridad y justicia. Por ello, merecieron no sólo el título de católicos, sino aun el que Dios, a quien de corazón servían, les recompensase con bienes temporales en este siglo, escogiéndolos entre todos los reyes del mundo para llevar la fe a América”. (SARMIENTO 1942: 15)

Y más explícitamente, Juan Suárez de Peralta: “...ayudando a esta merced recibida los méritos de los Reyes Católicos y servicio que le hicieron en la conquista de Granada; y echando moros y judíos de España, les ha dado a ellos y su ejército otros más amplios reinos que Egipto y Etiopía, que son estas Indias. Y hase de considerar dos cosas, que es la una que hasta que el reino de Granada fue conquistado no llegó el tiempo que las Indias fuesen descubiertas y conquistadas”. (SUÁREZ 1956: Tratado 20)

La historia de América no se entiende desconectada de la teología. El mismo proyecto colombino fue analizado por la Junta de los Reyes Católicos, formada preferentemente por teólogos. Descubridores, conquistadores, pobladores y evangelizadores, por el mero hecho de ser cristianos, poseían una teología implícita y fueron “chequeados” en su teología práctica por teólogos moralistas. Reyes y papas, virreyes y arzobispos, gobernadores y prelados, alcaldes y párrocos, regidores y doctrineros fueron contemplados en el espejo del Evangelio y el discernimiento de la moral. La plenitud teológica vivida en la península ibérica se proyectó en intrépidos misioneros que desplegaron una gran creatividad a la hora de aplicar su alto nivel teológico y celo por la misión en una realidad nueva. De igual modo, la gente del común, los fieles cristianos llevarán su trasfondo religioso a sus lugares habituales de trabajo, concretándose en cofradías, hermandades, devociones populares.

Junto al cristianismo que traían del Viejo Continente debe estudiarse lo que el Mundo Nuevo les suscita. El misionero vive la experiencia del Nuevo Mundo descubriendo en su ser la dimensión al Dios creador y salvador.

Este formidable encuentro de ida y vuelta llegó a generar en América un método teológico genuino y propio, basado en la realidad nueva, conocida, no sólo de modo directo sino de la mano de las ciencias empíricas, y que unido a la práctica pastoral, le llevará a dar una importancia capital al asunto de la salvación, tanto de los indios como de los propios españoles. La plenitud teológica vivida por la Escuela de Salamanca, con su riqueza humanística utópica y hondura espiritual, al tener que iluminar el gran despliegue evangelizador, necesariamente tuvo que chocar con la realidad cotidiana y someterse a un proceso de verificación que le obligó a trabajar con nuevo ardor, creando nuevos métodos y estrenando distintas estrategias.

De los Colegios Mayores como el de San Gregorio de Valladolid o conventos reformados como el de los franciscanos del Abrojo, en Valladolid, saldrán los más selectos misioneros dominicos y franciscanos como aquellos que Fray Domingo de la Parra pedía a Felipe II “y que sean de Castilla porque están criados en más sujeción y religión”.

Los fines de la Monarquía Católica Hispana de los Reyes Católicos, Carlos I, Felipe II, Felipe III, eran la unidad nacional y la defensa de la Iglesia. En 1609 – en tiempos del rey Felipe III- tuvo lugar la expulsión de los moriscos. De la pragmática se hace eco Cervantes “Heroica resolución del gran Filipo Tercero y inaudita prudencia en haberla encargado al tal don Bernardino de Velasco” (El Quijote, II, LV) .En 1648, la lucha contra la herejía, los protestantes, los turcos, los moriscos, con la paz de Westfalia, España llega al ocaso del Imperio y al auge del protestantismo.

Como destaca uno de los mejores conocedores del periodo, “tanto la Reconquista como el descubrimiento, que parecían milagrosos a los ojos de los españoles contemporáneos, eran en realidad un resultado lógico de las aspiraciones y tradiciones de una época anterior que quedaban ahora firmemente selladas por el éxito”. (ELLIOT 1973: 41) Tales ideales se vivirán en Perú de la mano de esta obra inmortal. Así lo reconoce el doctor Javier Prado: “Espíritu inmortal de Cervantes! ¡Con justicia la intuición fiel de tu pueblo siente tu gloria incomparable, y encarna en tu genio el alma y la lengua de su raza!” (PRADO 1918: 29). El polígrafo José de la Riva Agüero presenta la obra como “escuela de heroísmo y de hondo nacionalismo ...útil para el Perú, para la regeneración de nuestro carácter étnico y el mejoramiento de las presentes circunstancias”. RIVA-AGÜERO 1963:16)

Por su parte, como fruto de su estudio basado en Unamuno, Pfandl y Menéndez Pelayo, subrayará cómo “los valores del cristianismo: la realidad trascendente y la dignidad del hombre, conviven con el realismo profundo del pueblo español, que encarna Sancho, quien acaba por contagiarse de quijotismo. El ideal caballeresco es el de los cruzados, el de los místicos y el de los apóstoles...El ‘Quijote’ será, según la frase inmortal de Menéndez y Pelayo, la fiesta del espíritu cuyas antorchas no se apagarán jamás”. (BELAUNDE 1993: 39)

La espiritualidad creó una conciencia clara de fe militante que traspasó la vida española y superó los moldes italianos y clásicos, la herencia judía y musulmana (ANDRÉS 1994:74). El mismo Cervantes se hace portador de estos sentimientos: “Se verá España entera y maciza en la religión cristiana, que ella sola es rincón del mundo donde está recogida y venerada la verdadera verdad de Cristo”.⁷

A pesar de la decadencia política, en la cultura y en la espiritualidad vive España su gran momento. Cabe destacar el humanismo de Alcalá y pedagogos como Luis Vives y el nuevo escolasticismo de Salamanca con F. Vitoria a la cabeza, quien sustituye las “Sentencias” de Pedro lombardo por la “Suma” de Santo Tomás, Melchor Cano, Domingo y Pedro de Soto, Pedro de Sotomayor, dominicos salmantinos. Entre los jesuitas, junto a los teólogos citados de Trento, Láinez y Salmerón, Gabriel Vázquez, Juan Maldonado, Francisco Suárez. Otros serán Martín de Azpilcueta, Doctor Navarro, Diego de Covarruvias, Antonio Agustín, de derecho. Juan Ginés de Sepúlveda, Gaspar Cardillo de Villalpando, Gregorio de Valencia son los grandes polemistas contra el protestantismo; en cuestiones de gracia, los dominicos Bartolomé de Medina, Domingo Báñez, Juan de Santo Tomás y Luis de Molina.

Se han catalogado 1.200 obras espirituales en el arco cronológico que se extiende desde el año 1485 a 1750 y que contaron con un humus propio que las hizo florecer, convirtiéndose en el “esfuerzo más audaz de cristianización a fondo del mundo del renacimiento humanista”.⁸ Su presencia se vislumbra en muchas de “las decisiones personales y sociales de nuestro pasado común a ambas orillas del Atlántico”. En su obra nos ofrece con ciencia, amenidad y unción, las fuentes literarias en las que colmaron su sed espiritual los españoles de la península y de ultramar.

La mística busca la “vida de perfección cristiana y de unión con Dios, la de sus autores, ideas, itinerarios, movimientos, polémicas y relaciones con el mundo circundante”. Destaca la síntesis entre la lucha ascética y la unión amorosa con Dios que lanza a un compromiso con el hombre. La mística española es activa, “es una lírica de peregrino, de caminante, de varón de deseos. Tiene la melancolía de la búsqueda, la alegría del encuentro y la seguridad del triunfo en medio de grandes purificaciones y pruebas”. Se hace palpable al comprobar los títulos de sus obras: guía, camino, sendero, ejercicio...”por el que el hombre camina y se libera de todo lo que es medio, busca lo que es fin y experimenta lo único que permanece, el amor como servicio a Dios y a los hombres”, tal como expresa san Ignacio en el “principio y fundamento” de sus Ejercicios Espirituales.

7

Persiles y Segismundo. Ed. Aguilar, Madrid, 1965, p.1661.

8

Ha sido el profesor Melquiades ANDRÉS Martín quien ha escrito *Historia de la mística de la edad de oro en España y América* y *Los místicos de la Edad de oro en España y América. Antología*.

Fernando Rielo consideraba que Cervantes da el paso de la novela a la mística. Más allá de una ética religiosa (RIELO 1982: 152).

A principios del siglo XVI surge la primera floración con los franciscanos a la cabeza. Con Francisco de Osuna y su “Tercer abecedario espiritual”; Bernardino de Laredo, Diego de Estella, Juan de los Ángeles, San Pedro de Alcántara. A mediados de siglo destaca el dominico Fr. Luis de Granada, autor de “Memorial de la vida cristiana”, “Guía de pecadores”, “De la oración y de la meditación”, “Introducción al símbolo de la fe”. Junto a él el gran san Juan de Ávila, quien levanta el nivel espiritual del pueblo, dirige sacerdotes y escribe los grandes tratados “Audi filia”, “Cartas”, “Tratados de reforma”. Los jesuitas con los Ejercicios de San Ignacio y otros tratadistas como San Alfonso Rodríguez, Luis de la Puente, Luis de la Palma, Eusebio de Nieremberg. Los agustinos, Santo Tomás de Villanueva, Luis de Montoya, Alonso de Orozco, Fra. Luis de León con obras destacadas como “Los nombres de Cristo”.

La mística de la Edad de Oro abrió nuevos moldes de entrega a Dios y a los hombres por amor y llega al culmen con Santa Teresa y San Juan de la Cruz. Bajó a las raíces del hombre concreto y, desde la gratuidad y libertad, voló hacia lo universal y divino. Ahí reside su grandeza y perenne actualidad. Es una gozosa realidad el que la lengua castellana, pese a contar con figuras señeras como Juan de la Cruz o Teresa de Jesús, la mística no se recluye en cenáculos reducidos sino que hay un sentido proyectivo universal en todo tipo de trabajos. “Hablan de pucheros, de tarros de farmacia, de acarrear leña, de libros de biblioteca, de utensilios de cocina, de cultivo de la huerta, de aprender lenguas indígenas, de enseñar catecismo y silabario, artes y oficios, asignaturas universitarias, reglas para vivir en sociedad y en iglesia”. Llama la atención su ponderado equilibrio entre la contemplación y la acción. Lejos de la negra predestinación luterana y calvinista afirma la posibilidad humana de dar respuesta libre a la llamada de Dios, sabiendo que no todo depende de sí mismo. Al mismo tiempo se distancia del quietismo de los alumbrados que hasta llega a eliminar el deseo de la propia salvación. Manifiesta un horizonte de esperanza al constatar que, si la mística fue decisiva en la buena suerte del siglo de oro español, en la sociedad actual repleta de nubarrones puede aportar su pasada grandeza dotándola de perenne actualidad.

Este sentimiento religioso se palpa no sólo en los autores espirituales sino en todos los literatos como Calderón, Lope, Tirso de Molina, Quevedo y hasta en Cervantes. En la calle, se habla de teología, se “consume” hasta en el teatro como en los autos sacramentales. Una simpática y representativa muestra es la *Relación de las Fiestas que se celebraron en la corte de Pausa por la nueva de proveimiento de virrey en la persona del marqués de Montesclaros, cuyo grande aficionado es el corregidor de este partido, que las hizo y fue el mantenedor de una sortija celebrada con tanta majestad y pompa, que ha dado motivo a no dejar en silencio sus particularidades* (1607).

Es una época de grandes santos. Tomás de Villanueva, Ignacio, Juan de Dios, José de Calasanz, Teresa de Jesús, Juan de la Cruz, Juan de Ávila, Pedro Claver, Francisco Solano, Luis Beltrán, Toribio Mogrovejo, Francisco Javier, Mártires del Japón, Pascual Bailón, Alonso Rodríguez, Alonso

de Orozco, Simón Rojas, Miguel Mañara... Tal floración cristiana impregna todos los sectores sociales como el mismo arte: arquitectura isabelina, plateresco, manierismo, barroco. Como dice el historiador F. Martín, “el barroco es como una explosión de alegría y del triunfo de la fe, que si del Renacimiento retiene la alegre seguridad de la vida terrestre, del manierismo anterior recoge la profundidad cristiana y la tendencia a lo trascendente”. (MARTÍN 1982:125)

Como toda novedad y todo encuentro, éste también supuso -en términos generales- una inyección de ilusión colectiva que se concretó en una desbordante creatividad tanto en el Viejo como en el Nuevo Mundo. Fray Luis de León, consciente de la densidad histórica del momento, en su célebre obra *Los nombres de Cristo* anotó:

“Y lo que pasó entonces, en toda la redondez del orbe romano, pasó en la edad de nuestros padres y pasa ahora en la nuestra, y por vista de ojos lo vemos en el mundo nuevamente hallado; en el cual, desplegando por él su victoriosa bandera la palabra del Evangelio, destierra pon doquiera que pasa la adoración de los ídolos”.⁹

Santa Teresa de Jesús se hace portavoz de la benéfica influencia de misioneros que, como el P. Alonso Maldonado de Buendía, vienen a América y regresan a España renovados en su espíritu misionero:

Comenzóme a contar de los muchos millones de almas que allí se perdían por falta de doctrina e hizonos un sermón y plática animando a la penitencia, y fuese. Yo quedé tan lastimada de la perdición de tantas almas que no cabía en mí: fuime a una ermita con hartas lágrimas, clamaba a nuestro Señor; suplicándole diese medio cómo yo pudiese algo para ganar algún alma para su servicio [...]. Había gran envidia a los que podían por amor de nuestro Señor emplearse en esto aunque pasasen mil muertes. Y así me acaece que, cuando en las vidas de los santos leemos que convirtieron almas, mucha más devoción me hace más ternura y más envidia que todos los martirios que padecen, pareciéndome que precia más un alma que por nuestra industria y oración le ganásemos mediante su misericordia, que todos los servicios que le podamos hacer”. (Fundaciones I, 7)

El humanismo y antropocentrismo de la cultura renacentista permiten ubicar las constantes de la teología (doctrinal y pastoral) en América: la preocupación por defender la humanidad de los indios y la igualdad de derechos con los blancos (reconociendo al mismo tiempo la general incapacidad para percibir esto mismo en el negro y, en consecuencia, denunciar su esclavitud); el carácter utópico de propuestas que tendía a configurar la naciente iglesia de las Indias como si fuese el renacimiento de la iglesia primitiva (“nueva cristiandad de las Indias” repetía Santo Toribio); la preocupación por incluir las cuestiones y problemas de la vida cotidiana en la temática normal de la reflexión teológica académica. Por todo ello, se hizo evidente lo que continuamente repetía José de Acosta:

⁹ Capítulo “Brazo de Dios”.

“Por tanto, si no hay algunos teólogos insignes y acabados que guíen a los demás y los alumbren con el resplandor de su doctrina, sin duda toda la causa de la religión sufrirá gran detrimento en las Indias”. (De procuranda indorum salute, Cap.11)

Tal es el parecer de Cervantes: “Estos tales libros como la “Luz del alma” de Felipe Meneses, aunque hay muchos, son los que se deben imprimir, porque son muchos los pecadores que los usan y son menester infinitas luces para tratos desalumbrados”. (El Quijote, II, c.62)

6. CONCLUSIÓN: CUANDO LA REALIDAD SUPERA A LA FANTASÍA VALE UN PERÚ

Nos recuerda nuestro simpático e irreverente tradicionalista Ricardo Palma que uno de los ejemplares de “El Quijote” de 1606 era para Santo Toribio. Pero, el santo arzobispo ya había descansado en paz pues había fallecido meses antes, en el norte de Perú. Sin embargo, y voy a terminar con su memoria, él fue el Quijote de carne y hueso de nuestra tierra. Veamos. El Sancho es Sancho Dávila, el escudero del prelado Mogrovejo por 52 años, desde el tiempo en que le sirvió cuando fue nombrado inquisidor en Granada: “al cual recibió por paje y le dio escuela y estudio y anduvo con él por todo el Reino de España cuando salió a despedirse de SM y de sus consejos, cuando le presentaron por Arzobispo de esta ciudad y en la Villa de Madrid, y de allí a Mayorga a despedirse de su madre, tíos y parientes, caminando siempre con él y en su servicio este testigo...sin faltarle un punto”. Nadie como él conocerá las apasionantes aventuras del santo hidalgo arzobispo, de quien destaca su vida austera, sin regalos: “No recibió regalo ni valor de una manzana, desde que fue proveído por Inquisidor hasta que murió, de persona alguna ni jamás comió fuera de su casa, aunque en Madrid, yendo a despedirse de Su Majestad, para venir a estos reinos le convidaron muchos oidores amigos suyos y concoleas de sus Colegios y de ninguna manera aceptó convite ni regalo”.

El Dr. Fernando de Guzmán, maestrescuela de la Catedral, primer rector del Seminario y tres veces rector de la Universidad de San Marcos, y muy cercano al Santo, declarará en 1630 que siempre iba “tratando a sus súbditos con suma llaneza y amor de Padre y Pastor, siempre con un rostro alegre y unas entrañas de ángel”. Nuestro Quijote vivió sin mancha o, como dicen los testigos en el proceso: “La sinceridad y candidez de su ánima fue tanta que en alma tan limpia nunca cupo mala sospecha de nadie ni creía mal que le dijesen de otro, antes volvía por todos y les defendía con modo santo y discreto”.

Nuestro Sancho y nuestro Quijote protagonizaron aventuras sin cuento. Aquí, la primera, relatada por el propio Sancho en el testimonio dado para la beatificación en 1631:

Fue un vivo retrato de los santos en toda su vida y acciones y fue [...] aclamado por Santo, y Siervo de Dios y de vida inculpable. Y sabe este testigo que andando visitando la provincia de Moyobamba en este Arzobispado, trescientas leguas de esta ciudad, que es a la orilla del río Marañón, en compañía y servicio del Sr. Arzobispo y teniendo noticia que en unos pueblos contiguos que estaban despoblados se habían queda-

do algunos indios cimarrones y delincuentes, por estar ocultos y no queriendo venir a reconocer sus curas ni a [...] determinó ir allá, no habiendo descubierto camino por donde ir por ser montañas y no había. Fue desde la ciudad de Moyobamba hasta el pueblo de los Naranjos y de allí al pueblo de los Olleros, a pie más de 30 leguas, por ríos, ciénagas y montañas, solo a buscar aquellos indios cimarrones que tiene dicho y a doctrinarlos y confirmarlos y sacarlos y reducirlos adonde pudiesen tener curas que les administrasen los Sacramentos y halló en los dichos pueblos más de cien ánimas, entre chicos y grandes, unos de más de 20 años por bautizar y otros de más de 80 de los que allí se habían quedado. Bautizólos por su persona, confirmólos a todos, sacó los que pudo por buenas razones adonde estaba el cura que los doctrinase y yendo a los pueblos por la montaña, ríos, ciénagas y lodos, ayunando como ayunaba, a pie descalzo, porque en los dichos ríos y ciénagas se quedaban los zapatos y medias y aun los pellejos de los pies. Vino a desmayarse y a quedar sin vigor ni fuerza ninguna y los indios que con este testigo iban con los ornamentos para decir misa y con los óleos y crisma para confirmar y bautizar, viéndole desmayado, tendido en el suelo que no hablaba, tomaron un palo largo de la montaña y con tres o cuatro mantas de los dichos indios -le ataron a manera de andas y le cargaron, lloviendo gran suma de agua del cielo y ríos del suelo y caminaron a alcanzar a este testigo que se había adelantado y cuando llegaron, preguntando por su amo este testigo a los dichos indios, le dijeron en su lengua manquan que quiere decir en la castellana "ya murió".

Este testigo sacó lumbre de unos palos que en la montaña había, sin yesca ni pedernal y hizo candela. Este testigo solo con los dichos indios, porque los demás criados no habían llegado y le cercó de lumbre alrededor y con un paño de una almohada de su cama, que en las andas iba, calentándolo fuertemente y refregándole el corazón y pecho y lo demás del cuerpo, vino a tomar calor y hablar, al cabo de dos horas, con tanta alegría y como si no hubiera pasado nada por él [...]ni cenó nada, lo uno porque ayunaba... y lo otro, como no era tierra poblada sino montaña, no había cosa que comer. Durmió aquella noche en el suelo en la dicha montaña que no – había horado ni peñas donde meterse, mas que gran cantidad de osos y leones y monos, tan grandes como carneros. Y al fin amaneció y era día de fiesta y iban llegando los criados, poco a poco, descalzos y bien mojados y con todo esto, armaron en la montaña debajo de unos árboles, una barbacoa; hecha de palos y cañas y con los fieltros y capotes, hicieron un cerco a manera de capilla y dijo misa Su Señoría Ilma. como si no hubiera pasado nada por él y ¡volviendo a caminar por la montaña hasta llegar a un pueblo que llamaban los Olleros. (BENITO 2005: Introducción)

A Sancho Dávila nunca le saldrá “panza” pues la penitencia y la austeridad del Prelado no permitía tales “excesos”. Y nuestro Don Quijote, Santo Toribio, vivirá siempre sin mancha, su lema era “antes reventar que cometer un pecado venial”. Como sucedió a la pareja inmortalizada por Cervantes, hubo entre uno y otro una permanente trasfusión espiritual, una amistad entrañable, hasta llegar a decir que Sancho se quijotiza y Don Quijote se torna un poco Sancho. En nuestro Sancho se da una fidelidad inquebrantable, un cariño filial, una admiración respetuosa de estar en contacto permanente con un santo; en nuestro Santo una confianza extraordinaria y un afecto cordial de padre y pastor.

Nuestro protagonista es de la misma generación histórica que Miguel de Cervantes y el jesuita Diego Torres Bollo que presentó dos *Memoriales* en defensa de los indios al nuevo presidente del Consejo de Indias, D. Pedro Fernández de Castro. Era éste biznieto de San Francisco de Borja, y el mayor mecenas de las letras españolas por haber prestado el más decidido apoyo al autor de *Don Quijote de la Mancha*, cuyo primer ejemplar viajó a principios de 1605, unos meses más

tarde que Torres, a la América hispana con destino precisamente al conde de Monterrey, de cuyas manos moribundas pasó al autor de la *Cristiada*. Fray Diego de Hojeda, que le asistió en la hora de su muerte. Nos lo evidencia el célebre tradicionalista Ricardo Palma al hablarnos del primer ejemplar recibido en Lima:

*Llevaba poco menos de catorce meses en el desempeño del cargo de virrey del Perú don Gaspar de Zúñiga Acevedo y Fonseca, conde de Monterrey, cuando a fines de diciembre de 1605, llegó al Callao el galeón de Acapulco, y por él recibió su excelencia un libro que un su amigo le remitía de México con carta en que le recomendaba, como lectura muy entretenida, esta novela que acababa de publicarse en Madrid y que estaba siendo en la coronada villa tema fecundo de conversación en los salones más cultos y dando pábulo a la murmuración callejera en las gradas de San Felipe el Real. Desgraciadamente, el virrey se encontraba enfermo en cama, y con dolencia de tal gravedad que lo arrastró al hoyo dos meses más tarde. A visitar al doliente compatriota y amigo estuvo fray Diego de Ojeda, religioso de muchas campanillas en la Recoleta dominica y al que la posteridad admira como autor del poema *La Cristiada*. Encontrando al enfermo un tanto aliviado, conversaron sobre las noticias y cosas de México, de cuyo virreinato había sido el conde de Monterrey trasladado al del Perú. Su excelencia habló del libro recibido y de la recomendación del amigo para que se le deleitase con su lectura... En el mes de marzo, y a pocos días del fallecimiento de su excelencia, llegó el cajón de España - como si dijéramos hoy la valija de Europa -, trayendo seis ejemplares del *Quijote*: uno para el virrey ya difunto; otro para el santo arzobispo Toribio de Mogrovejo, que también había pasado a mejor vida en el pueblo de Saña, siete u ocho días después que su excelencia, y los cuatro ejemplares restantes para aristocráticos. Fue en 1607, durante unos juegos organizados en Pausa, un pequeño asiento minero que hoy forma parte del territorio de Ayacucho. Los juegos fueron organizados para recibir al Marqués de Montesclaros, sucesor del fallecido Conde de Monterrey. Pedro de Salamanca, a la sazón corregidor de Pausa, fue el encargado de poner en escena las celebraciones.*

La aparición del célebre caballero fue retratada así por un cronista anónimo, citado por Leonard: “(...) asomé por la plaza el Caballero de la Triste Figura don Quiote de la Mancha, tan al natural y propio de cómo le pintan en su libro, que dio grandísimo gusto verle. Venía caballero en un caballo flaco muy parecido a su Rocinante, con unas calcitas del año de uno, y una cota muy mohosa, morrión con mucha plumería de gallos, cuello del dozavo, y la máscara muy a propósito de lo que representaba”.

*Pero no solamente desfilaron por Pausa el caballero y su escudero; lo hicieron también algunos personajes de la obra, como el cura y el barbero y la princesa Micomicona. Como se ve, la recepción que tuvo el *Quijote* en estas tierras fue muy favorable. Tanto el hidalgo como su fiel escudero se convirtieron en personajes muy populares, que nunca dejarían de hacerse presentes en las mascaradas y desfiles coloniales (PALMA 1952; 51-55).*

Sin forzar mucho la realidad, la aventura de don Alfonso Toribio Mogrovejo nos lleva a pensar en la inmortal obra cervantina; el hidalgo quijotesco de la Tierra de Campos, con su escudero Sancho Dávila y su rocín de nombre volteadora, hizo posible el sueño de Cervantes, hizo real la utopía indiana que Vitoria y la Escuela Salmantina diseñaran en las cátedras universitarias. Si el documento postsinodal *Ecclesia in America* señala rotundamente que “la expresión y los mejores frutos de la identidad cristiana de América son sus santos” (n.14), puedo concluir que estos revolucionarios del amor fueron más allá en su vida real que don Quijote en su sueños.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORG, J.L. Juan Luis. 1983. *Historia de la literatura española*. Madrid: Gredos
- ALVAR, Carlos (dir.). 2005. *Gran enciclopedia cervantina*. Madrid: Centro de Estudios Cervantinos-Castalia, 2005-2006-2008-2010 (v. 8)
- ANDRÉS, M. 1977. *Historia de la Teología Española en el siglo XVI*: tomo II, Madrid
- ANDRÉS, M. 1994. *Historia de la mística de la edad de oro en España y América*. Madrid, BAC.
- ANDRÉS, M. 1996. *Los místicos de la Edad de oro en España y América*. Antología Madrid, BAC.
- ARELLANO, I. y Duilio Ayalamacedo y James Iffland (eds.). 2016, *El «Quijote» desde América (Segunda Parte)*, New York, IDEA, col. «Batihoja», 24 (Serie «Estudios Indianos», 3).
- BASAVE, A. 2005. *Filosofía del Quijote: (un estudio de antropología axiológica)*. Arbil [http://www.iespana.es/revista-arbil/\(62\)basa.htm](http://www.iespana.es/revista-arbil/(62)basa.htm)
- BELAUNDE, V.A. 1993, *Obras Completas. VI. La síntesis viviente-Palabras de fe*. PUCP-Riva-Agüero.
- BENITO, J.A. 2005. *Santo Toribio, Misionero y Pasto*. <http://www.arzobispadodelima.org/santos/storibio/pdf/storibio.pdf>
- BOTELLO LÓPEZ-CANTI, J. 2016. *Cervantes, Felipe II y la España del Siglo de Oro*. 2016. Madrid / Frankfurt am Main, Iberoamericana / Vervuert, , ISBN 978-84-8489-978-5 (Iberoamericana) y 978-3-95487-523-8 (Vervuert)
- CALANCHA, A. de la. 1938. “Crónica moralizada del orden de San Agustín en el Perú” Cap. I, cit. en *Los cronistas de convento*. Selección de Pedro M. Benvenuto Murrieta y G. Lohmann Villena, Desclée de Brouwer, París.
- CERVANTES, Miguel de. 1965. *Persiles y Segismundo*. Madrid: Ed. Aguilar.
- CROSAS, F. 2005. “Don Quijote, ¿cree en Dios? La cabeza y el sentir de su autor son cristianos?”. Revista *Palabra* Madrid, nº 502, Noviembre, 59-62.
- EGUREN, J.M. 1974. Publicado en *La Prensa* del 23 de abril de 1931, en *Obras Completas* (Mosca Azul, Lima).

- ELLIOT, J. 1973. *La España Imperial*. Barcelona: Vicens-Vives.
- GARCÍA DE LA SANTA, T. 2005. *La Mancha y Don Quijote* (Manuscrito).
- LAÍN ENTRALGO, P. 1986. “La convivencia entre Don Quijote y Sancho” *Cuadernos Hispano-americanos* n° 430, abril, pp. 27-35, Madrid.
- LEÓN PINELO, Antonio de. 1943. *El Paraíso en el Nuevo Mundo: comentario apologético, historia natural y peregrina de las Islas Occidentales, islas de Tierra firme (sic) del Mar Océano*. Lima: Edición de Raúl Porras Barrenechea, Torres Aguirre.
- MARIÁTEGUI, J.C. 1987. *La Prensa del 23-4-1916*, recogido en *Escritos Juveniles, la edad de piedra*. Lima: Empresa editora Amauta.
- MARTÍNEZ MATA, Emilio. 2008. *Cervantes comenta el «Quijote»*, prólogo de Anthony Close. Madrid: Cátedra.
- MATA INDURÁIN, C. 2016. *Recreaciones quijotescas y cervantinas en las artes. Cervantes y su obra*, Pamplona, Eunsa, n° 63 Colección «Anejos de Rilce».
- MONTERO, J. 2005. *El Quijote durante cuatro siglos. Lecturas y lectores*. Universidad, Valladolid.
- MORÓN, C. 2005. *Para entender el Quijote*. Madrid: Rialp.
- MUÑOZ IGLESIAS, S. 1989. *Lo religioso en el Quijote*. Estudio Teológico de San Ildefonso, Toledo.
- MURIAS DE ALLER, Eduardo y REY HAZAS, Antonio. 2006. *Cervantes: un escritor en busca de libertad*. Barcelona: Vicens Vives.
- ORTEGA Y RUBIO, Juan. 2011. *Cervantes en Valladolid*, A Coruña: Orbigo.
- PALMA, R. 1952. «Sobre el Quijote en América». *Tradiciones peruanas completas*. Madrid: Aguilar.
- PFANDL, L. 1933. *Historia de la Literatura Nacional Española en la Edad de Oro*. Madrid.
- PRADO, J. 1918. «Cervantes y el Quijote», en *El genio de la lengua y de la literatura castellana y sus caracteres en la historia intelectual del Perú*. Lima: Imprenta del Estado.

RIELO, F. 1982. *Teoría del Quijote. Su mística hispánica*. Madrid: Porrúa.

RIQUER, M. de. 1970. *Aproximación al Quijote*. Madrid: Salvat Editores.

RIQUER, M. de 2003. *Para leer a Cervantes*. Barcelona: El Acantilado.

RIQUER I MORERA, Martí de. 2010. *Para leer a Cervantes*, Barcelona: Acantilado.

RIVA AGÜERO, J. de la. 1963. “Cervantes” pp.5-16. *Obras completas de José de la Riva-Agüero*. III. Estudios de Literatura Universal. Lima, PUCP, 1963.

RUFFINATTO, Aldo. 2015. *Dedicado a Cervantes*. Madrid: Sial.

SÁNCHEZ-GEY, J. 1997. “El quijote de Fernando Rielo: Una nueva visión literaria” *Rev. Religión y Cultura* XLIII, 395-403.

SÁNCHEZ, L. A.; JIMÉNEZ BORJA, J; TAMAYO, A; BELTROY, M; GABRIEL. 1948. J «Cervantes, síntesis de la cultura española», 4. ° *Centenario de Cervantes*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, págs. 29-35.

SARMIENTO DE GAMBOA, P. 1956. *Historia de los Incas*. Buenos Aires, 1942, 15. Cit. en Pedro Borges “El sentido trascendente del Descubrimiento”. *Missionalia Hispánica*. Madrid 1956, nº 37, pp.141-177.

SUÁREZ DE PERALTA, J. 1956. *Tratado 20*. Cit. en Pedro Borges “El sentido trascendente del Descubrimiento”. *Missionalia Hispánica*. Madrid 1956, nº 37. Pp.141-177.

TRAPIELLO, Andrés de. 2004. *Las vidas de Miguel de Cervantes*, prólogo de J. J. Armas Marcelo, Barcelona, Folio.

TRAPIELLO, A. 2015. *Don Quijote de la Mancha*. Miguel de Cervantes. Madrid: Destino.

UNAMUNO, M. de. 1904. *Vida de Don Quijote y Sancho*.

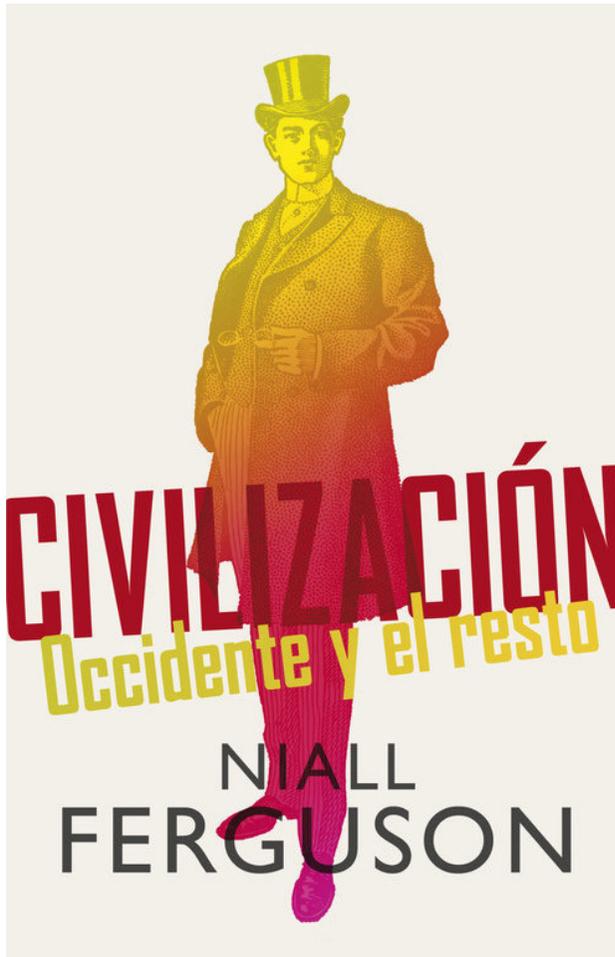
VALLEJO, C. 1939. *España, aparta de mí este cáliz*. Madrid.

RESEÑAS DE LIBROS



OCCIDENTE Y EL RESTO

FERGUSON, Nial. 2013. *Civilización Occidente y el resto*. México: Random House Mondadori. 508 páginas. Traducción de Francisco J. Ramos Mena.



La pregunta central que se plantea el autor de este libro es ¿qué permitió a la civilización de Europa occidental dominar a los aparentemente superiores imperios orientales? Según Niall Ferguson, Occidente logró desarrollar seis poderosos instrumentos: la competencia, la ciencia, el imperio de la ley, la medicina, la sociedad de consumo y la ética del trabajo. La cuestión fundamental hoy día es si Occidente ha perdido el monopolio de esos seis resortes del poder global.

Para averiguarlo, el libro nos lleva a un extraordinario viaje alrededor del mundo, del gran Canal en Nankín al palacio de Topkapi en Estambul, del Machu Picchu en los andes a la isla del Tiburón en Namibia; de las altas torres de Praga a las iglesias secretas de Wenzhou.

Es la historia de los barcos de vela, los misiles, los títulos de propiedad, las vacunas, los pantalones vaqueros y las biblias chinas. Es la versión definitiva de la historia global contemporánea.

UNA VISIÓN HOLÍSTICA DE LA SEGURIDAD

MATOS VINCES, Alfonso y MURILLO SERNA, Oscar. 2016. *La seguridad ciudadana bajo el enfoque de la seguridad humana*. Lima: Centro de Producción Editorial e Imprenta de la UNMSM.

Por MS. Vicente Rosell berendson*

La seguridad ciudadana bajo el enfoque de la seguridad humana.

Alfonso Mattos Vinces y Oscar Murillo Serna



La seguridad ciudadana está entre las dos primeras preocupaciones de los peruanos en las últimas décadas; la otra es la falta de trabajo digno. En el concepto clásico de seguridad existe un predominio de las consideraciones geoestratégicas-militares por encima del resto. Así durante la Guerra Fría el concepto de seguridad era un concepto militarista, noción implantada en el imaginario colectivo que la ha pasado al concepto de seguridad ciudadana, definido exclusivamente bajo la visión del monopolio del uso legítimo de la fuerza por parte del Estado.

El libro *La seguridad ciudadana bajo el enfoque de la seguridad humana* de los doctores Alfonso Mattos Vinces y Oscar Murillo Serna nos cambia el paradigma al proporcionarnos una visión holística de la seguridad a la que llaman seguridad humana.

La definición fundamental de seguridad humana, que desarrolló el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD 1994), está expresada en un niño que no muere, una enfermedad que no se difunde, un empleo que no se elimina, una tensión étnica que no explota en violencia, un disidente que no es silenciado. La seguridad humana no es una preocupación por las armas: es una preocupación por la vida y la dignidad humana.

* Maestro en Administración de ESAN. Egresado de la maestría de Ciencias Políticas de la PUCP.

El concepto clásico de seguridad se ha reformulado y como bien se expone en libro el lenguaje de la “seguridad humana” incorpora lo que en los noventa llamábamos las “necesidades humanas básicas” de Maslow con sus cinco categorías, las fisiológicas, de seguridad, afiliación, reconocimiento y de autorrealización, lo que le imprime un desplazamiento semántico a la noción de seguridad. Ahora son las personas el centro de gravitación en sustitución del Estado, el que deja de ser el sujeto de referencia fundamental; pudiéndose considerar como un “giro antropológico” de la seguridad, que focaliza su atención en satisfacer las necesidades humanas. Este giro parte del vínculo orgánico existente entre seguridad, desarrollo y respeto a los Derechos Humanos.

En la primera parte del libro los autores nos ubican tratando sobre conceptos de seguridad en general y seguridad humana en particular, haciéndonos ver las relaciones entre estos conceptos y disciplinas, especialmente las matemáticas con sus correlaciones, que pasarán luego a ser algoritmos y a darnos soluciones sistémicas a la problemática de la inseguridad. Ahí radica el cambio de paradigma y los conceptos que nos permitirán dar el gran salto hacia la modernidad con el desarrollo de políticas públicas que nos pondrán en el camino para lograr la seguridad humana.

Los autores también nos presentan la historia de la seguridad ciudadana en nuestro país realizando un análisis de todas las leyes y reglamentos, sus limitaciones y resultados, lo bueno, lo malo e inútil de estas directivas y claro está cuantificándolo todo, para luego plantearnos en forma muy didáctica el proceso de la investigación llevado a cabo y presentarnos un ejercicio académico sobre la matriz de amenazas, vulnerabilidades y capacidades de la seguridad humana y de las estrategias necesarias para hacer frente a estas amenazas.

Para muchos este cambio de paradigma será chocante ya que tenemos grabado con fuego que el desarrollo nacional y el bienestar general están en una columna y la seguridad nacional y la defensa nacional en otra y que son las dos columnas que sostienen a la nación y el bien común, teniendo como soporte al Estado.

Los autores sostienen que la seguridad debe centrarse en las personas y no solo por la violencia física sino también por otros desafíos a su subsistencia y dignidad, como por ejemplo las dificultades para acceder a bienes y servicios básicos tales como la vivienda, el agua, la salud, la educación, el trabajo o el esparcimiento dentro de los espacios públicos tan venidos a menos en nuestras ciudades y que en el libro se detallan dentro de los componentes de la seguridad humana comunitaria.

Los espacios públicos, los parques, los jardines, las aguas residuales tratadas, los ruidos molestos, la contaminación visual y del aire, están bajo enfoque de la seguridad humana, por lo que cuatro o cinco disciplinas actuarán para solucionar estos problemas ciudadanos. De ahí que estos y otros asuntos más tendremos que verlos en forma sistémica y recordar a Peter Senge y su libro “La Quinta Disciplina”. Este es un mérito más de los autores ya que nos obligan a pensar y a releer

a otros autores para así lograr el bien común a través de políticas públicas bien diseñadas y de impacto, pues como Engels predicó “La realidad no se inventa; se descubre”.

La lectura de esta obra nos demuestra en forma clara y objetiva la necesidad esencial de seguridad de los seres humanos, la que se manifiesta en la certeza de no sentirse amenazados en su integridad física, psíquica, afectiva y patrimonial.

Pero los autores no se quedan en la retórica. En la segunda parte del libro pasan a los números, a la estadística, a correlacionar, y nos presentan una serie de datos de gran utilidad para iniciar el cambio de paradigma sustentado en el estudio de la realidad y cómo esta se correlaciona y puede afectar a las siete dimensiones de la seguridad humana, las económicas, alimentarias, sanitarias, personales, comunitarias, medio ambientales y políticas.

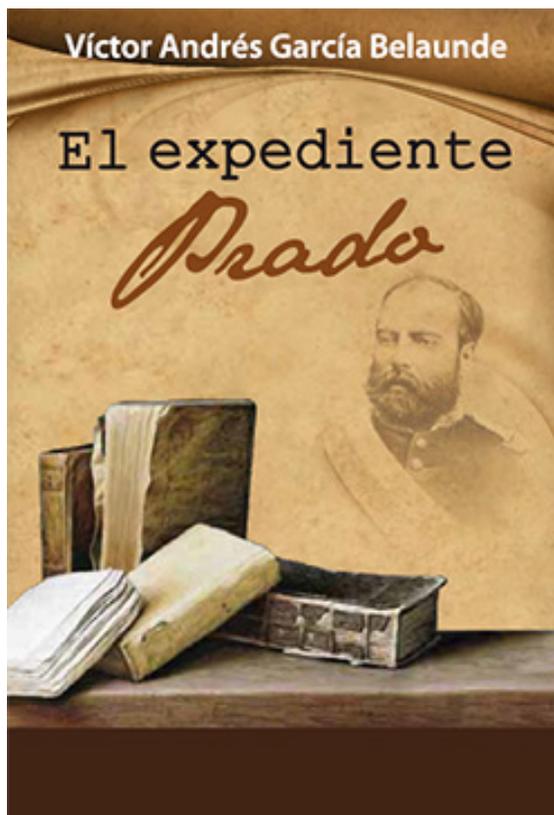
Alfonso Mattos y Oscar Murillo nos llevan de la mano al estudio de la historia de la seguridad ciudadana en el país, sus logros y falencias, pero van más allá porque cuantifican y correlacionan la problemática de las variables de la seguridad humana y motivan a que equipos multidisciplinarios puedan desarrollar políticas públicas bajo un enfoque sistémico de la seguridad humana.

En Trujillo ya existe un grupo de profesionales que están haciendo uso de las matemáticas y los algoritmos para hacer una ciudad inteligente e inclusiva que iguale a los ciudadanos hacia arriba, genera inversión y trabajo y engloba todas las variables de la seguridad humana. Los trujillanos debemos exigir a los candidatos a la alcaldía esta visión y gestión, así como el compromiso de llevarlas a cabo.

Los invito a disfrutar este libro que, aunque pareciera árido al principio nos va haciendo pensar y sea cual fuera nuestro sesgo profesional al final nos hace sentir que juntos desde donde estamos y con lo que sabemos podemos promover y ejecutar políticas de Estado en favor de la seguridad humana; es decir, en beneficio de lograr una mejor forma y lugar para vivir.

EL EXPEDIENTE PRADO

García Belaunde, Víctor Andrés. 2014. *El expediente Prado*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.



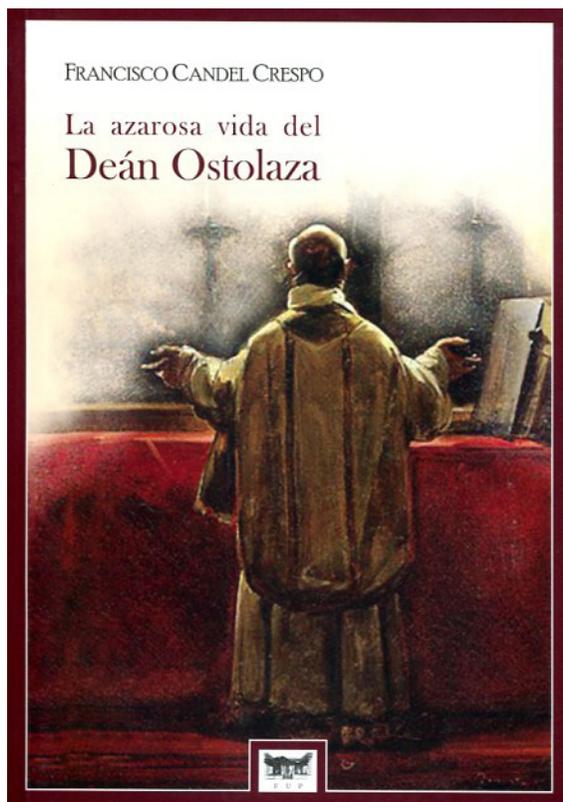
El viaje del general Mariano Ignacio Prado, presidente del Perú, en plena guerra del Pacífico, es un tema que siempre generó discusión y polémica, y que, a pesar del tiempo transcurrido pervive.

Desde entonces, se ha tratado de crear diferentes versiones de esa deserción al mando supremo, para justificar un viaje realmente injustificable. Las historias para explicar este abandono van desde la necesidad de comprar armas, un simple error o desatino, falta de coraje, la sustracción del dinero público y hasta de una supuesta enfermedad.

En este libro, sin embargo, sale a la luz finalmente la verdadera historia nunca antes comprobada con documentación histórica inédita.

LA AZAROSA VIDA DEL DEÁN OSTOLAZA

Candel Crespo, Francisco. 2013. *La azarosa vida del Deán Ostolaza*. Lima: Corporación Totem Print Perú S.A.C.

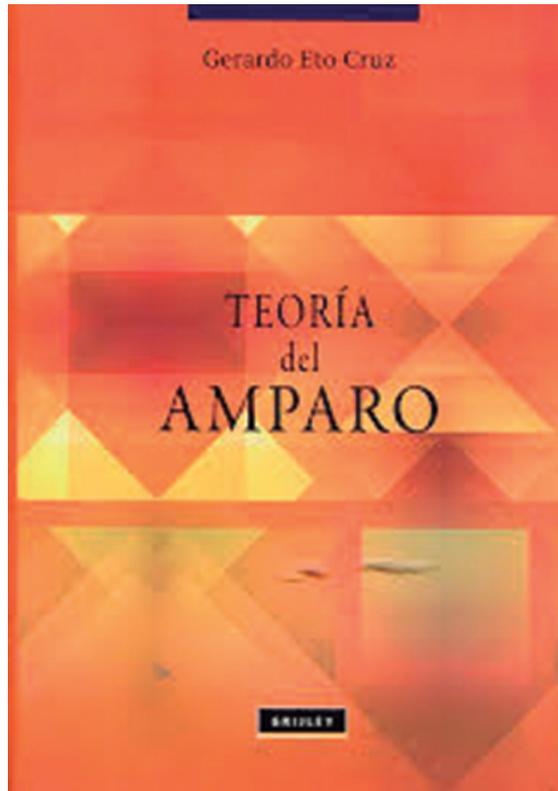


Esta obra reviste una importancia central para la historiografía peruana puesto que rescata del olvido la vida y obra de Don Blas de Ostolaza, excepcional representante del fidelismo monárquico y del tradicionalismo político.

El Deán Ostolaza fue uno de los diputados más importantes de la Cortes de Cádiz y gracias al Padre Candel Crespo hoy podemos tener una biografía fidedigna del parlamentario trujillano que completa los primeros estudios que sobre este gran peruano iniciara algunos años atrás el notable Padre Rubén Vargas Ugarte.

TEORÍA DEL AMPARO

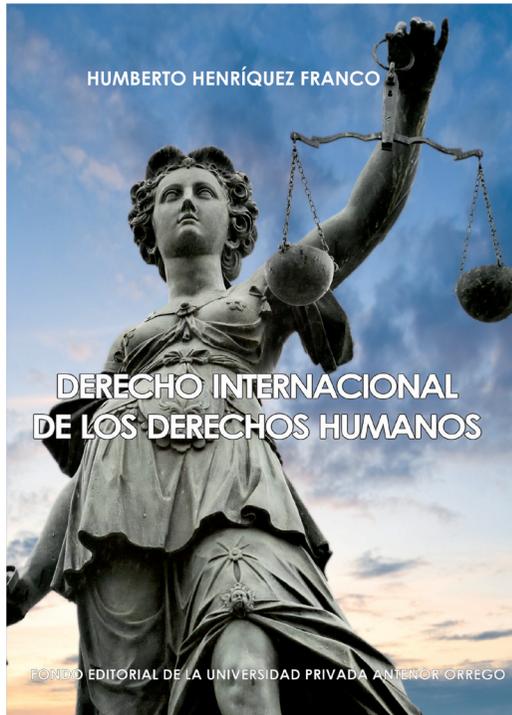
Cruz, Gerardo Eto. 2016. *Teoría del amparo*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL.



El amparo es uno de los temas al que los estudiosos le han dedicado años de desvelos y preocupaciones en sus reflexiones; sin embargo, es una institución procesal que no está cerrada y quizá nunca lo esté, pues seguirá siendo una fuente inagotable de permanentes enfoques, ya no sólo acaso de matices, sino de lo que la dinámica jurisdiccional le va imponiendo y marcando el paso a su estructura y esencia: la de tutelar los derechos básicos y fundamentales de las personas. No se le debe identificar como un proceso ordinario y si hay jueces que así lo entienden estamos ante una tragedia y ello puede explicar los desamparos que vienen ocurriendo fruto de una concepción alejada del actual horizonte contemporáneo del Derecho procesal Constitucional.



**LIBROS DE DERECHO PUBLICADOS POR
EL FONDO EDITORIAL DE LA UPAO**



DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (963 pp)

Fondo Editorial UPAO

Humberto Henríquez Franco

El presente volumen estudia la internacionalización y protección de los derechos humanos, así como la internacionalización del Derecho Constitucional. Ofrece documentos que permiten entenderlos y utilizarlos jurídicamente por quien los desee. Indispensable para cualquier estudiante y profesional del Derecho.

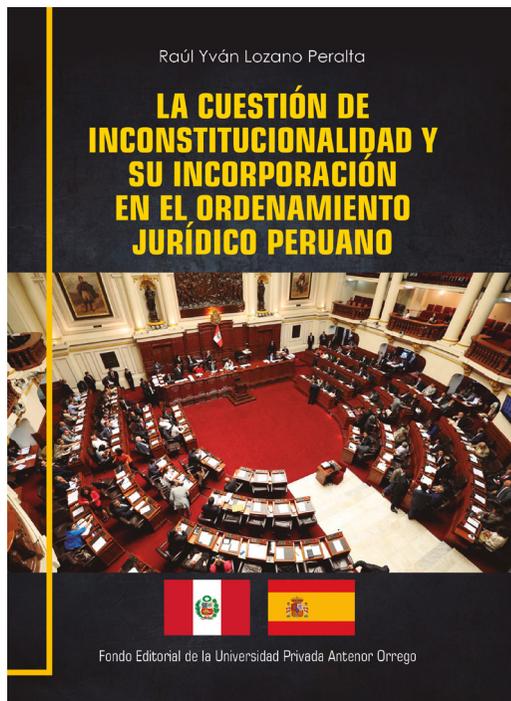


EL DERECHO DE LA FAMILIA EN LA POSTMODERNIDAD (182 pp)

Fondo Editorial UPAO

Manuel Bermúdez Tapia

Este texto propone un conjunto de temas que cuestionan el statu quo doctrinario de la especialidad y propone un enfoque integrador desde la perspectiva constitucional procesal. Grafica en forma precisa y detallada cómo el Derecho se va adaptando a nuevas realidades y exigencias.

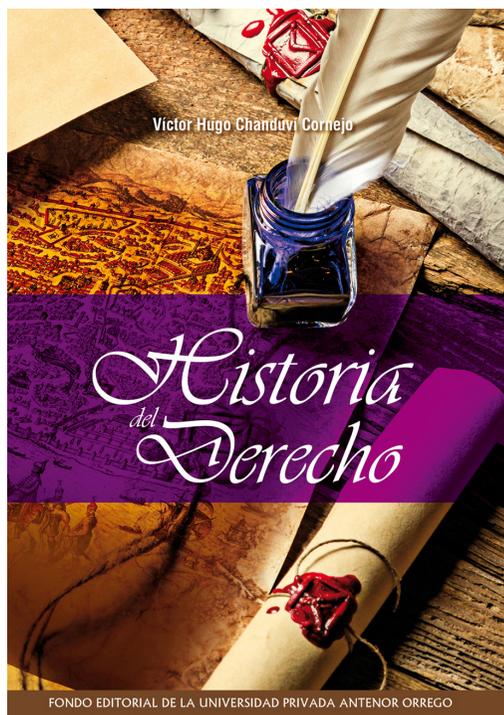


LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU INCORPORACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
(196 pp)

Fondo Editorial UPAO

Raúl Yván Lozano Peralta

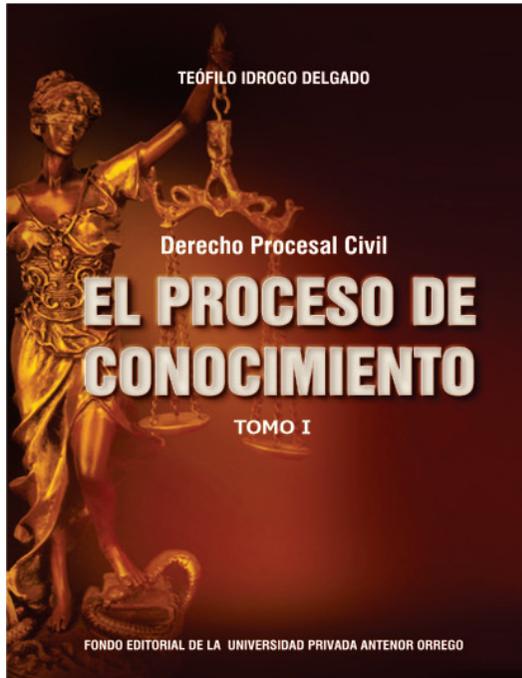
El presente volumen compara los sistemas de justicia constitucional de España y Perú, y analiza la regulación que sobre el tema se dan en otros países con el fin de viabilizar una propuesta concreta para el Perú, que se debata y discuta.



HISTORIA DEL DERECHO (342 pp)
Fondo Editorial UPAO

Víctor Hugo Chanduví Cornejo

Presenta el contexto mundial de la historia jurídica a través de los aportes de las antiguas culturas y épocas siguientes, continúa con las culturas preincas y la inca, luego el derecho indiano, el constitucionalismo de Cádiz y del Perú en los siglos XIX y XX.



HISTORIA DEL DERECHO (342 pp)
Fondo Editorial UPAO

Víctor Hugo Chanduví Cornejo

Presenta el contexto mundial de la historia jurídica a través de los aportes de las antiguas culturas y épocas siguientes, continúa con las culturas preincas y la inca, luego el derecho indiano, el constitucionalismo de Cádiz y del Perú en los siglos XIX y XX.

Humberto Henríquez Franco

**Del Estado Moderno
al Estado
Constitucional
de Derecho**



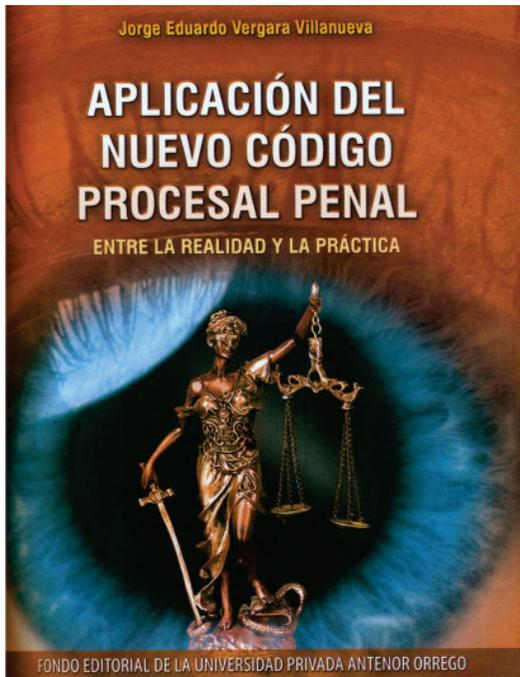
FONDO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

Tomo I (438 pp)
Fondo Editorial UPAO

Teófilo Idrogo Delgado

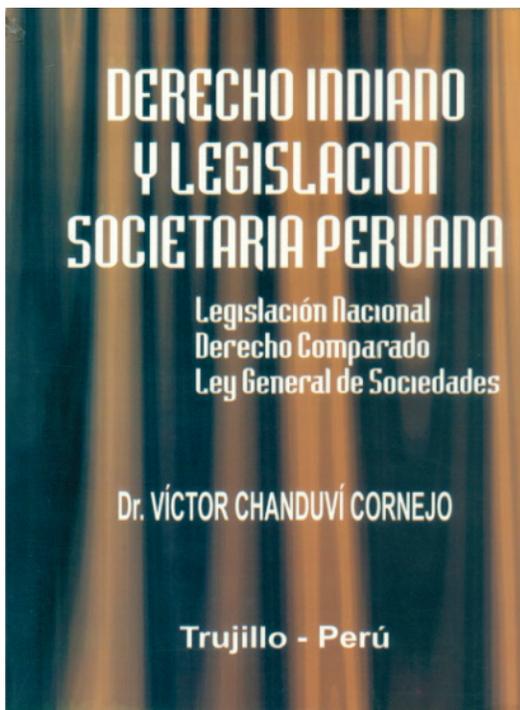
Aporte doctrinal de análisis, interpretación y valoración crítica de los múltiples aspectos del ordenamiento jurídico peruano, iberoamericano y de otros espacios jurídicos sobre el proceso del conocimiento en el derecho procesal civil.



APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (963 pp)
Fondo Editorial UPAO

Jorge E. Vergara Villanueva

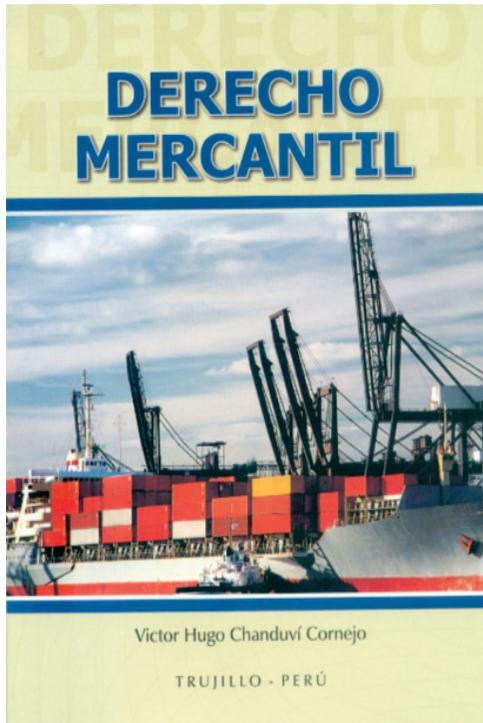
Ofrece diversos modelos de disposiciones fiscales sobre cuestiones específicas en el nuevo proceso penal, además la Exposición de Motivos del CPP y el CPP modelo para Iberoamérica. También contiene una ordenada compilación de jurisprudencia.



DERECHO INDIANO Y LEGISLACIÓN SOCIETARIA PERUANA. Legislación nacional, Derecho comparado, Ley General de Sociedades (519 pp)

Victor Hugo Chanduví Cornejo

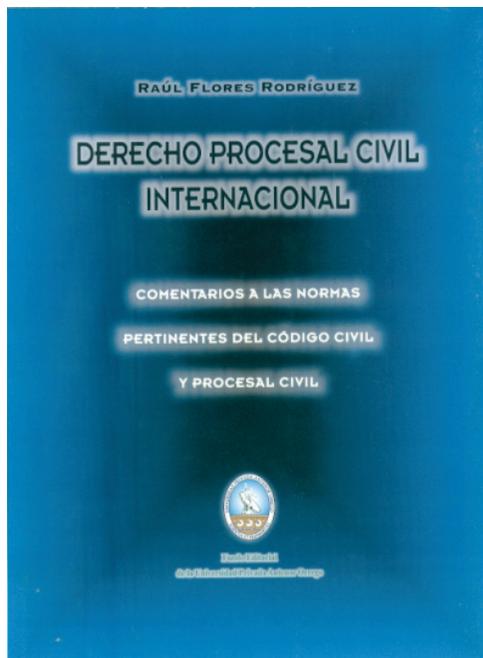
Un tema casi desconocido por la mayoría de los abogados contemporáneos. Se ocupa de la normatividad en la etapa virreinal.



APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (963 pp)
Fondo Editorial UPAO

Jorge E. Vergara Villanueva

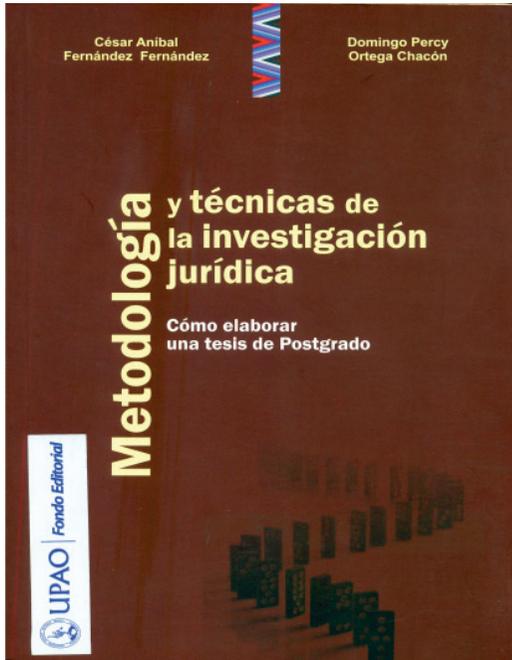
Ofrece diversos modelos de disposiciones fiscales sobre cuestiones específicas en el nuevo proceso penal, además la Exposición de Motivos del CPP y el CPP modelo para Iberoamérica. También contiene una ordenada compilación de jurisprudencia.



DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL (348 pp)

Raúl Flores Rodríguez

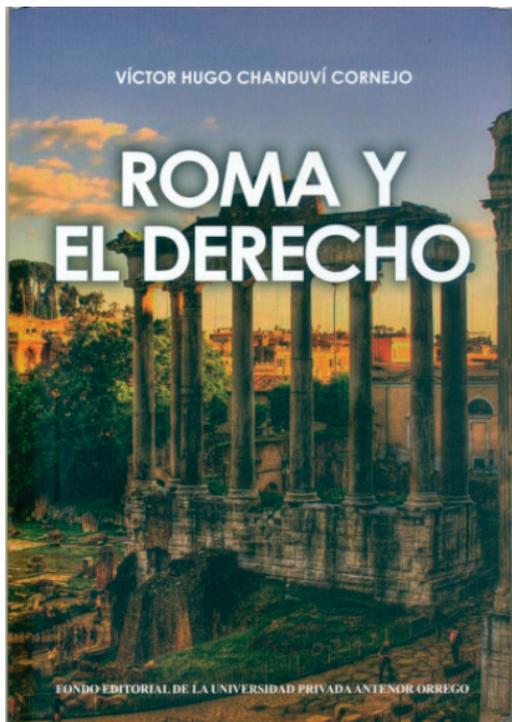
El conocimiento apremiante del Derecho Procesal Internacional es de sumo interés en esta época de globalización, pues su conocimiento facilita la inversión extranjera y el comercio internacional que tanto necesitan los países en desarrollo como el nuestro.



METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA (Cómo elaborar una tesis de posgrado) (369 pp.)

César Aníbal Fernández Fernández y Domingo Percy Ortega Chacón

Este libro contribuye al doble propósito que los estudiantes puedan ordenar el pensamiento y construir nuevos conocimientos y a que la universidad cumpla efectivamente la misión de enseñar, investigar y realizar extensión hacia la comunidad.



ROMA Y EL DERECHO. (170 pp)
Fondo Editorial UPAO

Víctor Hugo Chanduví Cornejo

El presente libro permite apreciar el desarrollo evolutivo del Derecho, desde su etapa formativa hasta el presente, y el aporte cultural de los antiguos romanos en su consolidación.



TEMAS DE GESTIÓN PÚBLICA (280 pp)
Fondo Editorial UPAO

Víctor Hugo Chanduví Cornejo y
Manuel Bermúdez Tapia

La gestión pública juega un rol importante en el desarrollo de las sociedades en cuanto se refiere a la toma de decisiones técnicas y políticas y a la participación ciudadana en ella.

La indagación y reflexión de los autores sobre el tema hacen de este libro un texto indispensable de consulta.

