IURA
REVISTA JURÍDICA

ISSN N° 2312-1645
VOL. 5 N° 1, ENERO - JUNIO, 2020
TRUJILLO, PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



EL DERECHO Y LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS COVID-19
INSTITUCIONALIDAD POLÍTICA
REFORMA CONSTITUCIONAL
DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
DERECHO INTERNACIONAL
ARTES Y CULTURA
RESEÑAS



IURA
REVISTA JURÍDICA

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora
Dra. Yolanda Peralta Chávez

Vicerrector Académico
Dr. Julio Chang Lam

Vicerrector de Investigación
Dr. Luis Cerna Bazán

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

IURA
REVISTA JURÍDICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

DIRECTOR
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS
Ms. Raúl Yván Lozano Peralta
Ms. Domingo Varas Loli

COMITÉ EDITORIAL
Dr. Miguel Ayuso Torres
mayuso@icade.comillas.edu
Universidad de Comillas, Madrid

Dra. Victoria de las Heras Jiménez
mariavictoriadelasheras@pdi.ucm.es
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Antonio Ñique de la Puente
jniqued@yahoo.es
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Dr. Fernán Altuve-Febres Lores
faltuve@ugartedelpino.pe
Universidad de Lima

Dr. Ramón Oscar Murillo Serna
oscarmurilloserna@yahoo.com
Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres

Dr. Renzo Rafhael Honores Gonzáles
rhonoresg@gmail.com
Doctor of Philosophy in History
Florida International University - Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú

Dr. José Antonio Benito Rodríguez
Joseantoniobenito1@gmail.com
Universidadde Valladolid, España

Alejandro Patricio Maraniello
patriciomaraniello@hotmail.com
Universidad de Buenos Aires- Argentina

Martín Acevedo Miño
martin_acevedo@uca.edu.ar
Universidad Católica Argentina

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. 5 N° 1, enero - junio de 2020 - Trujillo , Perú
Publicación semestral
Título abreviado: IURA

Dirección
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Av. América Sur N° 3145
Urb. Monserrate, Trujillo, Perú
Teléfono: 51-44-604444, anexo 2087
www.upao.edu.pe

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



Preprensa
Fondo Editorial UPAO
Diagramación: Yubis JC

ÍNDICE

EDITORIAL **5**

CUESTIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA Y LA PANDEMIA DEL COVID-19 **7**
José Julio Fernández Rodríguez

EL DERECHO ANTE EL CORONAVIRUS COVID-19 **25**
Sergio Trujillo Florián, Ph.D. , Carlos Alfonso Laverde Rodríguez , Iván Vargas-Chaves

RETOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 PARA EL ESTADO DE DERECHO, LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS **39**
Carlos Ayala Corao

REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ROL SUBSIDIARIO DE ESTADO EN EL MARCO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO **63**
Tula Benites Vásquez

SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL DOLO DIRECTO (A PARTIR DE UN CASO ESTADOUNIDENSE) **81**
Sergio Eduardo Díaz Chunga

LA AMBIGÜEDAD DEL SISTEMA DE GOBIERNO EN LA INSTITUCIONALIDAD POLÍTICA ACTUAL **109**
Saulo Yenski Peralta Franzis

LA PERVIVENCIA DE LAS ORDENANZAS DE BILBAO EN EL DERECHO COMERCIAL PERUANO **135**
Víctor Hugo Chanduví Cornejo

ANÁLISIS HISTÓRICO DEL TRATO DE LA LEY A LA MUJER **151**
Manuel Bermúdez Tapia

LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ: AVANCES Y DESAFÍOS **165**
Nuccia Seminario Hurtado, Wilmer Castillo Gamarra, Ruth Antuaneth Buendía Casafranca

PANORAMA GENERAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS **189**
Paola Alexandra Sierra Zamora

NACIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO 1826-1864 **195**
Walter Abanto Rojas

LA GLOBALIZACIÓN Y EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN SIN ESTADO **203**
Vicente Ugarte del Pino

EL POSITIVISMO NORMATIVISTA: SU ASCENDENCIA EN EL NORMATIVISMO JURÍDICO PENAL **207**
Autor: Luis Alberto Vásquez Dioses

ARTES Y CULTURA

DEMETRIO SALDAÑA: EL COLOR DE LA SOLEDAD **229**
Alberto Alarcón Olaya

RESEÑAS

MEDIO SIGLO CON BORGES **237**
Domingo Varas Loli

SIETE ENSAYOS DE INTERPRETACIÓN DEL BICENTENARIO **239**
Domingo Varas Loli

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5100

EDITORIAL

Los fundamentos epistemológicos y científicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPAO que guían el proceso de enseñanza-aprendizaje están orientados a formar abogados de alto nivel académico. En este proceso la investigación científica y la publicación y difusión de sus resultados constituye una tarea prioritaria y permanente, por lo que, a pesar de la actual crisis sanitaria que atraviesa nuestro país y el mundo, no hemos querido perder la frecuencia semestral de nuestra emblemática revista IURA.

En nuestros contenidos de este número hemos considerado un dossier sobre el Derecho y la pandemia en el que reflexionamos sobre los retos y desafíos que nos imponen las actuales circunstancias. Las ciencias jurídicas tienen que empezar a elucubrar sobre los cambios ante las nuevas realidades que se avecinan desde todas las perspectivas del Derecho, desde el Derecho Internacional, el Derecho constitucional y el amplio espectro de especialidades jurídicas.

Cabe señalar que este año en la Facultad de Derecho celebramos treinta y dos años al servicio de la educación del norte del país y que en este periodo hemos logrado ser la segunda Facultad acreditada de nuestra Universidad. Esto nos obliga a seguir trabajando en beneficio de nuestros estudiantes y de los graduados, por ello la importancia de nuestra revista IURA sirva para trasmitir conocimientos y experiencias en el área del Derecho.

De esta manera demostramos que nos encontramos atentos frente a los problemas sociales y que nuestro objetivo es formar profesionales del Derecho con capacidad de adaptarse a las nuevas realidades. Por ello no solo divulgamos artículos de nuestros docentes sino también de nuestros estudiantes, quienes colaboran con sus trabajos académicos y científicos, a fin de contribuir con la difusión de las distintas áreas del Derecho, conjuntamente con distinguidos colegas de universidades e instituciones extranjeras.

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo



Pío Angel

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5101

CUESTIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA Y LA PANDEMIA DEL COVID-19

José Julio Fernández Rodríguez[1]

RESUMEN

En este trabajo nos proponemos describir desde el punto de vista constitucional los aspectos clave de la declaración del estado de alarma, en conexión con la problemática del COVID-19, y realizar igualmente una aproximación de índole más explicativa y analítica que nos llevará a realizar una crítica constructiva de la situación actual de España. Asimismo, se realizan unas consideraciones geopolíticas que ayuden a entender mejor los distintos aspectos.

Palabras clave: Derecho de excepción, estado de alarma, estados excepcionales, COVID-19, geopolítica.

ABSTRACT

In this work we propose to describe from the constitutional point of view the key aspects of the declaration of the state of alarm, in connection with the problem of COVID-19, and also to carry out a more explanatory and analytical approach that will lead us to carry out a constructive criticism of the current situation in Spain. Geopolitical considerations are also made to help better understand the different aspects.

Keywords: Right of exception, emergency alert, states of exception, COVID-19, geopolitics.

1 Director Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) Universidad de Santiago de Compostela

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que en abril de 2020 vivimos un tiempo histórico, tras el cual posiblemente nada será igual. Los términos de comparación o se sitúan demasiado lejos o son de otra índole. Nos referimos, por ejemplo, a la denominada gripe española (quedan muy pocas personas que vivieran en 1918, y menos que recuerden ese episodio), o a la Guerra Civil o a la Segunda Guerra Mundial (la situación de guerra marca distancia jurídicamente hablando con lo que ahora vivimos).

Por ello, es muy oportuno realizar reflexiones sobre esta situación de la pandemia del COVID-19 que puedan ayudarnos a comprenderla mejor, intensificar nuestras respuestas eficaces y sentar bases para que, en el futuro y en la medida de lo posible, no se reproduzcan tales acontecimientos. Nuestro enfoque, en este momento, es jurídico constitucional completado con aspectos sociológicos y de geopolítica, que forzosamente llevan a la categoría de seguridad.

Parece lógico que en las circunstancias actuales primen las aproximaciones y estudios científico-sanitarios. Pero no deben ser los únicos. Hay que abordar igualmente aspectos de Derecho Público y Derecho Constitucional para mantener la calidad de nuestra democracia, por la que tanto hemos luchado y seguimos protegiendo ante los difíciles retos que ha abierto el siglo XXI. Con unas previsiones jurídicas adecuadas y una buena aplicación de ellas, se puede gestionar mejor la alerta sanitaria, además de generarse paz social, lo cual es, sin duda, una garantía adicional para tener éxito frente a la pandemia.

EL DERECHO DE EXCEPCIÓN

Desde un punto de vista general, se puede afirmar que los sistemas jurídicos presentan dos tipos de regulaciones: una para los supuestos ordinarios y otra para los casos extraordinarios, que se activa cuando las normas ordinarias no son capaces de resolver un grave problema que afecta a una sociedad determinada. De este modo, se configura el denominado Derecho de excepción o Derecho de necesidad, de amplia tradición histórica pero que ahora se encuentra en el delicado escenario del siglo XXI sometido a nuevas exigencias.

El origen de estas ideas se encuentra ya bien lejos de nosotros, en época romana, cuando se acuñó la nación de dictadura comisarial. Como señala Zippelius, en esta forma de gobierno «para resolver una determinada situación de crisis, interna y externa, era necesario allanar el camino a una acción política rápida y enérgica, al otorgar plenos poderes a un solo individuo», que puede actuar con mayor rapidez y energía que un órgano colegiado[2]. Para limitar este poder se preveía que otro órgano atribuyese

2 ZIPPELIUS, Reinhold (2009), *Teoría General del Estado,* México D. F.: Editorial Porrúa, p. 156.

tales funciones (normalmente el Senado romano), es decir, que no era una autoatribución por parte del que las desempeñaba. Además, el encargo era temporal (seis meses). Curiosamente, los dos casos más famosos de aplicación de la dictadura comisarial (Sila y Julio César), en época tardorepublicana, ya no usaron tal cual la técnica que se había depurado tiempo atrás sino con rasgos más flexibles en cuanto al tiempo (de hecho, para Julio César el cargo se hizo finalmente vitalicio). Sin entrar ahora en detalles[3], está claro que estamos ante un instituto delicado, cuyo mal uso podía originar que el comisionado del pueblo se perpetuara en el poder hasta caer en la tiranía. Las situaciones excepcionales o de emergencia se reflejaron, con el decurso histórico, en distintas figuras, como la ley marcial, el estado de sitio o el estado de guerra, tensionadas por la concreta situación política del momento en que se aplicaban.

Con el paso del tiempo estas ideas se constitucionalizaron, además de reconfigurarse para convertirse en un mecanismo de defensa del propio sentido de Constitución como norma jurídica fundamental y suprema. Un paso adelante en esta evolución, como apunta Fix-Zamudio, se dio cuando los jueces y tribunales tuvieron la facultad para calificar la legalidad y la constitucionalidad de la declaración y aplicación de los estados de excepción. La anormalidad democrática puede necesitar de medidas especiales para superar la crisis en la que se encuentra para, precisamente, salvar el poder democrático y los derechos y libertades. Indica Goig Martínez que de lo que se trata es de «ampliar los poderes de la autoridad política y administrativa», lo que puede llevar aparejadas «facultades para restringir, limitar o suspender ciertos derechos y libertades»[4]. Pero todo ello en el marco diseñado por la propia carta magna, que contempla la excepción y la formaliza jurídicamente con una serie de límites. Así, en teoría, no se desvirtuará la esencia del sistema. Para esta finalidad se establecen límites temporales, específicas formas para declarar la situación excepcional y, también, límites materiales para las medidas que se van a adoptar.

Sin embargo, esta constitucionalización del mecanismo no impidió su mal uso. El ejemplo prototípico es el de Hitler, al que se le atribuyeron poderes en 1933 para restablecer la seguridad y el orden público en el interior del Reich con base en el art.

48.2 de la Constitución de Weimar («Ley habilitante» o *Ermächtigungsgesetz,* de 24 de marzo de 1933). Ello acabó con la división de poderes y, *de facto*, con la República de Weimar. Ya en el siglo XXI vuelven diversas dudas con la aplicación de situaciones de emergencia para combatir el terrorismo internacional, con cambios normativos sobre los órganos competentes y sus efectos (sirva de ejemplo que varias previsiones de la *USA PATRIOT Act* de 2001 fueron aprobadas como normas de emergencia).

3 Un análisis de la evolución de la dictadura puede verse en la famosa obra de Carl SCHMITT *Die Diktatur de 1921*. En castellano *La dictadura,* Madrid: Alianza Editorial, 1999. Y recopilando otros escritos sobre temas similares SCHMITT, Carl (2013), *Ensayos sobre la dictatura 1916-1932,* Madrid: Tecnos.

4 GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel (2009), "La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales II. Un estudio de Derecho Constitucional Comparado", *Revista de Derecho UNED*, N.º 5, p. 212.

Sea como fuere, el Derecho Público Comparado responde actualmente a la idea conformada históricamente con unas previsiones para situaciones extraordinarias al margen de la regulación ordinaria prevista para el funcionamiento normal del sistema. Sin embargo, la concreción de todo ello es de lo más diversa pues las figuras en las que se traduce son distintas (estado de necesidad interno, estado de alarma, de excepción, de guerra, de sitio, de emergencia, de peligro, medidas de seguridad, supresión de garantías). Y, claro está, hay una situación diferente entre los países democráticos que buscan el equilibrio entre la emergencia y los derechos, y los países autoritarios, donde priman otros intereses.

La respuesta a una situación de necesidad es, por un lado, obligatoria para los poderes públicos y, por otro, se encuentra sometida a los límites que marca el ordenamiento jurídico. Activado jurídicamente el mecanismo de la situación extraordinaria, se relega la aplicación del derecho ordinario y se fortalecen posiciones ejecutivas centralizadas. Pero la finalidad del derecho de excepción o necesidad es superar la crisis que lo justifica y regresar a la normalidad.

EL CASO DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Como en tantas otras cuestiones, nuestro sistema constitucional se vio influido por las previsiones de otros lugares y la configuración teórico-doctrinal de estas categorías. La finalidad era la ya comentada: delimitar un marco para, en defensa del interés general, superar la anormalidad y, así, volver a la normalidad democrática.

En el caso de España, el precepto constitucional de referencia, donde se contemplan las posibles previsiones extraordinarias, es el art. 116 de la Constitución, que alude a tres situaciones: el estado de alarma, el de excepción y el de sitio. Este precepto contiene un encargo al legislador orgánico para que regule los citados estados, con

«las competencias y limitaciones correspondientes». Dicha ley de desarrollo es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio. También habrá que tener presente los arts. 162 a 165 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

La declaración de alguno de estos Estados procederá solo «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (art. 1.1 Ley Orgánica 4/1981). Resulta así patente en nuestro Derecho Positivo la naturaleza extraordinaria que indicábamos antes.

El estado de alarma se puede decretar cuando existe una de estas cuatro situaciones: catástrofes, calamidades o desgracias públicas (como terremotos, inundaciones, incendios o accidentes de gran magnitud); una crisis sanitaria (como pandemias o contaminaciones graves); paralización de los servicios públicos; o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. La declaración la

realiza el Gobierno mediante decreto aprobado por el Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días. La ampliación temporal necesita autorización del Congreso de los Diputados. Este estado permite limitar la circulación de personas o vehículos, practicar requisas temporales, intervenir y ocupar transitoriamente locales que no sean domicilios privados, limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, e impartir órdenes para asegurar el abastecimiento (art. 11 Ley Orgánica 4/1981).

El estado de excepción procede cuando el orden público se halle tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades ordinarias no es suficiente para restablecerlo y mantenerlo (en concreto, en el art. 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981 se alude a la afectación del libre ejercicio de los derechos y libertades, del funcionamiento de las instituciones democráticas, o de los servicios públicos esenciales). También lo acuerda el Gobierno mediante decreto aprobado por el Consejo de Ministros, pero esta vez previa autorización del Congreso de los Diputados (lo que da a la tramitación un sentido cualitativo diferente). El plazo, esta vez, es de treinta días prorrogables por otro plazo igual. Como se ve, el Senado carece de papel en estas cuestiones.

Y el estado de sitio se refiere a la producción o amenaza de una insurrección o actos de fuerza contra la soberanía o independencia de España, contra su integridad territorial o contra el ordenamiento constitucional que no puedan resolverse por otros medios. La declaración en este caso le corresponde al Congreso por mayoría absoluta, si bien la propuesta es competencia exclusiva del Gobierno. La Constitución no marca límite temporal, sino que indica que la declaración en cada supuesto establecerá su duración.

En los tres estados es preciso, por medio de su declaración, delimitar el ámbito territorial de aplicación. De igual forma, no se podrá disolver el Congreso mientras estén declarados. Tampoco el funcionamiento de los poderes constitucionales (entre los que también está el Congreso) podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Si ya estaba disuelto el Congreso o expira su mandato, sus funciones las asume la Diputación Permanente (art. 116.5 Constitución). De igual forma, la Constitución es taxativa en otro aspecto: la declaración de cualquiera de estos estados no modificará «el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes» (art.116.6 Constitución).

Otra cuestión de singular transcendencia es la afectación a derechos fundamentales. En esto nuestra Carta Magna es bastante clara si interpretamos de forma literal su art.

55.1. De esta forma, el estado de alarma no permite suspender derechos, lo que sí es posible en el estado de excepción y el de sitio (la Constitución española permite suspender en estos dos casos los derechos de los arts. 17, 18.2, 18.3, 19, 20.1.a, 20.1.d, 20.5, 21, 28.2, 37,2 —salvo el caso del art. 17.3 que no se podrá suspender en estado de excepción, pero sí en el de sitio—). Esta suspensión de derechos hace que los estados de excepción y sitio puedan configurarse como mucho más restrictivos que el estado de alarma.

Asimismo, hay que tener presente que no se trata de tres fases de un mismo proceso que vayan creciendo en intensidad y es necesario abordar con mecanismos diferentes en función de esa progresiva complicación[5]. Por el contrario, estamos ante tres situaciones diseñadas para circunstancias diferentes, no intercambiables y no conectadas, aunque sea posible, obviamente, que la realidad problemática vaya mudando y pase del objeto de un estado al de otro (por ejemplo, una crisis sanitaria se convierte en un problema de orden público). Pero ello será por cuestiones fácticas, no por la confusión o gradación jurídica entre los estados.

La activación de algunos de los estados excepcionales del art. 116 de la Constitución no es una carta en blanco, sino que es objeto de una serie de controles, de naturaleza política (en el Congreso de los Diputados), administrativa y judicial (por el Tribunal Constitucional el Real Decreto que declara el estado de alarma y el acuerdo de prórroga, y por la jurisdicción ordinaria «los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante» la vigencia de esta situación —art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/1981—). Asimismo, «las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» y «su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias» (art. 1.2 también de la Ley Orgánica 4/1981).

Una cuestión para tener presente es que el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 83/2016, consideró que los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de alarma están sometidos a su exclusiva jurisdicción. Los considera, así, actos con fuerza de ley sometidos solo a control de constitucionalidad, ¡a pesar de que la declaración es un decreto! Esta posición se basa en la relevancia de lo que se está decidiendo. Eso sí, en el fundamento jurídico 11 de esta sentencia se lee que «los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/1981)»[6], lo que se había comentado en el párrafo anterior de este trabajo.

Por último, debemos recordar que la aplicación del estado de alarma ya tuvo lugar en España en diciembre de 2010, como respuesta a la crisis de los controladores aéreos. Las profundas diferencias entre esa situación y la actual hacen que el precedente sea de poca utilidad para lo que ahora acontece.

---

5 En este sentido se expresa Fernández Segado: de la normativa y de los debates parlamentarios se deduce con nitidez que «no estamos ante tres etapas de una misma situación, ante tres grados de intensidad diferente de un mismo proceso, sino ante situaciones cualitativamente distintas». A lo que añade que «esto es especialmente predicable respecto del estado de alarma, de una naturaleza muy distinta a la de los otros dos estados excepcionales». (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio". *Revista de Derecho Político*. N.º 11, 1981, p. 89).

6 Una aproximación crítica a esta doctrina puede verse en GARRIDO LÓPEZ, Carlos (2017), "Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 110, pp. 43-73.

¿CÓMO ENFRENTARSE A ESTA PANDEMIA? LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA

En los apartados que nos han llevado hasta aquí hemos delineado el esquema de referencia que adoptó el ordenamiento jurídico español. Ahora debemos andar un paso más en nuestro hilo argumental para detenernos específicamente en la pandemia de la COVID-19 que nos ha alcanzado en este 2020. Recordamos al lector que la óptica que estamos usando es la propia del Derecho Constitucional y del Derecho Público, por lo que la respuesta a la pregunta que se recoge en el título de este epígrafe se mueve en esos márgenes, no en otros, aunque sí hacemos alguna consideración politológica que enriquezca la visión ofrecida.

LA ADOPCIÓN INICIAL DEL ESTADO DE ALARMA

Precisamente, desde esa perspectiva politológica, se puede afirmar que la actuación gubernamental española en un primer momento fue en exceso lenta teniendo en cuenta lo que ya se sabía de China e Italia. A finales de febrero y principios de marzo de 2020, se mostró un optimismo injustificado. El 2 de marzo el Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades había realizado un informe que indicaba la expansión generalizada de los casos y focos de infección[7]. Además, la vigente

Estrategia de Seguridad Nacional, de 2017, fija como uno de los desafíos las epidemias y pandemias, por lo que no era un tema nuevo en los documentos oficiales[8].

El estado de alarma para enfrentarse a la pandemia del COVID-19 se adoptó finalmente por medio del Real Decreto 463/20202, de 14 de marzo[9], tras lo parece que fue una larga discusión en el Consejo de Ministros que evidenciaba posicionamientos diferentes en el seno del Gobierno. En este momento inicial semejaba claramente justificado haber declarado el estado de alarma. En efecto, la citada Ley Orgánica 4/1981, en su art. 4, establece los supuestos en los que procede declarar dicho estado, entre los que está, como vimos, las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». O sea, que el estado de alarma es en España el mecanismo jurídico-constitucional idóneo para afrontar

7 Disponible en: https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-outbreak-novel- coronavirus-disease-2019-covid-19-increased (consulta 15 de abril de 2020).

8 Disponible en: https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad- nacional-2017

9 La necesidad de ajustar alguna cuestión dio lugar a que poco después se elaborase el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que modificó ciertas previsiones del citado. Así, como habíamos dicho en nuestra cuenta de Twitter @jojufe1 el 15 de marzo, en la versión inicial de dicho decreto, es decir, la del día 14 de marzo, la limitación de la circulación se restringía a las vías públicas y no al espacio público. Esto significaba que se podía ir a los parques y playas. Quizá advertido de dicho error, la modifi cación del día 17 ya amplía la redacción del art. 7 para aludirá a «vías o espacios de uso público».

una pandemia (el estado de excepción está pensado para alteraciones de orden público, no para crisis de salud). La legislación sanitaria, asimismo, permite articular otras previsiones que completan la reacción jurídica ante una emergencia de salud pública, sobre todo por medio de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en material de salud pública[10]. En este momento consideramos que no eran procedentes otras opciones, como el estadio de excepción o de sitio, o incluso otras previsiones sobre gestión de crisis como las de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (arts. 22 y ss.).

De esta forma, la declaración del estado de alarma centralizó las respuestas y los recursos para afrontar la problemática, lo cual supuso una relevante incidencia en el reparto competencial entres los entes territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y entes locales), aunque amparada por la previsión constitucional descrita. De igual forma, el presidente del Gobierno central adquirió un protagonismo adicional como consecuencia inevitable de esta situación. Una especie de «presidencialismo» temporal que debería atemperarse con una actividad fuerte de las Cortes Generales, representantes del pueblo español (art. 66.1 Constitución). Aunque las referencias al Gobierno hay que entenderlas en sentido colegiado, la función de su presidente en la dirección y coordinación de los ministros le vuelve a dotar de protagonismo (art. 98.2 Constitución).

De forma muy esquemática, el contenido de este decreto lo podemos sintetizar en seis puntos: limitación de la libre circulación de personas (salvo para actividades esenciales como adquirir alimentos o productos farmacéuticos); las autoridades podrán requisar bienes necesarios para el cumplimiento del decreto; suspensión de la actividad lectiva presencial en todos los centros educativos; suspensión de la apertura al público de establecimientos de ocio y cultura, de hostelería y restauración, y de locales y establecimientos minoristas (salvo diversas excepciones); restricción del transporte públicos de viajeros en, al menos, un 50 %; y adopción de medidas para asegurar el abastecimiento alimentario. A partir de aquí también se han aprobado por el Gobierno distintos decretos-leyes que versan fundamentalmente sobre aspectos del impacto social y económico de la crisis (desde el Decreto-ley 6/2020 hasta el 15/2020, de momento), además de un elevado número de órdenes ministeriales[11].

En términos de derechos fundamentales, la principal afectación recaía sobre el derecho a la libertad de circulación, previsto en el art. 19 de la Constitución, en la medida que la situación general de restricción

10 En el art. 3 de esta escueta ley se lee: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

11 Estas normas se pueden consultar en una recopilación que está realizando y actualizando el BOE. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=0 También se puede consultar el Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 en España, de la Universidad de Valencia, que tiene una perspectiva que va más allá de la recopilación normativa para entrar en jurisprudencia y doctrina. Disponible en: www.derechocovid.com

de la circulación, aunque con excepciones varias, lo limitaba. El estado de alarma, como dijimos *supra*, no permite suspender derechos, pero sí restringirlos o limitarlos. El confinamiento *per se* también dio lugar a la restricción del derecho de reunión o manifestación, aunque no se prevé nada al respecto, más bien es la consecuencia de la restricción de movimientos. De todos modos, podría interpretarse que es procedente aplicando ciertas medidas[12]. También esta crisis sanitaria ha postergado las elecciones autonómicas en Galicia y el País Vasco, que ya estaban convocadas. Esta postergación de elecciones convocadas es una cuestión de singular relevancia, no prevista en la legislación electoral, por lo que debe ser objeto de pronta atención legislativa para no caer en una situación de inseguridad jurídica en algo tan sensible y relevante como la participación ciudadana.

De igual forma, la nueva realidad conformada por las restricciones de movimiento de la ciudadanía ha dado lugar a un enorme crecimiento de la navegación en Internet y del uso de mensajería digital, lo que está provocando una mayor incidencia de las ciberamenazas. De esta forma, se ven particularmente expuestos al menos dos derechos fundamentales, el de intimidad y el de protección de datos[13].

Asimismo, el estado de alarma ha subrayado el papel a jugar por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de la mano, sobre todo, de las infracciones que prevé la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana. También las Fuerzas Armadas entraron en las previsiones del citado decreto, lo que dio lugar a la ya famosa operación Balmis[14] (el 18 de abril de 2020 estaban desplegados 7 321 militares en 231 localidades en tareas de desinfección, vigilancia, apoyo logístico y sanitario según la información que ese día se veía en la dirección oficial de Twitter @Defensagob), aunque otra operación, denominada

12 Frente a la interpretación restrictiva que hacen las autoridades en España, el Tribunal Constitucional alemán ha defendido el derecho de manifestación pese a las medidas tomadas ante el coronavirus. Sin embargo, en el país teutón las medidas de aislamiento son más livianas en tanto en cuento los ciudadanos pueden salir a la calle, si bien en grupo de dos o miembros de una misma familia (o que vivan en la misma casa). Este dato es relevante e impediría aplicar sin más la doctrina del Tribunal Constitucional alemán a nuestro país.

13 El tema de protección de datos se ha discutido con relación a la genérica situación de alarma, pero no hay duda de que dicho derecho fundamental sigue totalmente operativo pese a estar en una situación excepcional. Además, tampoco es un obstáculo para enfrentarse al COVID-19 porque, como ha dicho la Agencia Española de Protección de Datos, «la protección de datos no debería utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades, especialmente las sanitarias, en la lucha contra la pandemia» (https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf). En este sentido, la regulación de protección de datos, sobre todo el Reglamento UE 2016/679, permite adoptar medidas específicas frente a las necesidades de emergencia sanitaria, que se relacionan con habilitaciones legales ya existentes previamente, la protección de intereses vitales, la protección de un interés público esencial, de fines de medicina preventiva o laboral, la realización de diagnósticos médicos, la asistencia sanitaria o la defensa de la salud pública. En fin, si bien ello es cierto, también hay que tener presente, entre otras cosas, el principio de limitación de la finalidad, el principio de minimización o los deberes de seguridad en el almacenamiento de datos.

14 La Operación Balmis supone, entre otras actuaciones, patrullas de reconocimiento en infraestructuras críticas y lugares de aglomeraciones, tareas de desinfección e información a viandantes.

Zendal (de apoyo al Ministerio de Sanidad en los test masivos) se anuló[15]. No hay que olvidar que las Fuerzas Armadas son competentes en este tipo de misiones puesto que el art. 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, prevé que estas «deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad y otras necesidades públicas». Y uno de sus tipos de operaciones es la colaboración con las administraciones públicas «en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas» (art. 16.e de la misma ley). A mayor abundamiento, la disposición adicional quinta del Real Decreto 463/2020, confiera a los miembros de las Fuerzas Armadas el carácter de agente de la autoridad. Por eso resulta incomprensible que haya voces que pongan en duda la legalidad de estas actuaciones militares.

LAS RENOVACIONES DEL ESTADO DE ALARMA

La declaración inicial del estado de alarma se ha renovado tres veces. El Congreso de los Diputados autorizó las prórrogas el 25 de marzo, el 9 de abril y el 22 de abril. Con base en la primera autorización, el Gobierno aprobó la primera prórroga dictando el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; y con base en la segunda, dictó el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril. Todas las prórrogas se han hecho cumpliendo las formalidades existentes al efecto, entre las que se encuentra la necesidad de que el Gobierno solicite la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire el plazo de quince días (art. 162.2 Reglamento del Congreso de los Diputados).

La intervención del Congreso de los Diputados tiene singular trascendencia. Así es, la entrada en escena del Congreso añade un plus de legitimación democrática al estado de alarma, hasta el momento en exclusivas manos del Ejecutivo. En este sentido, Cruz Villalón indica que a partir de ese momento se puede hablar de «estado de alarma parlamentario»[16]. De igual forma, el Congreso podría, al efectuar esta autorización, establecer su alcance y condiciones (art. 6.2 Ley Orgánica 4/1981).

15 La razón más plausible para ello es de naturaleza política, lo que puede tildarse de lamentable. El día 19 de abril parecía todo listo (https://elpais.com/espana/2020-04-18/750-militares-preparados-para-recorrer-espana-haciendo-el-tets-del-virus-en-miles-de-domicilios.html), y dos días después se abortó (https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/defensa/anulada-operacion-zendal-militares-hicieran-test- coronavirus-poblacion/20200421203153143414.html).

16 Disponible en: https://theconversation.com/por-que-se-decreta-un-estado-de-alarma-y-no-de- excepcion-por-el-coronavirus-134806 (consulta el 16 de abril de 2020).

LOS ELEMENTOS JURÍDICOS MÁS DISCUTIBLES

En el tema que ahora nos ocupa, la crispación y polarización de la opinión pública ha ido *in crescendo* con el paso de las semanas. No nos corresponde a nosotros ahora analizar tales extremos, ya que, como se señaló, pretendemos limitarnos en este trabajo a las cuestiones de Derecho Público. En el trasfondo de la discusión, dejando a un lado posiciones partidistas, se encuentra la búsqueda de equilibrio entre la seguridad sanitaria y la aplicación de los diversos derechos fundamentales. Se trata de un tema de primer orden que especifica una problemática general de una sociedad evolucionada: cómo resolver de manera satisfactoria la dialéctica entre intereses colectivos (seguridad, entre la que se halla la seguridad sanitaria) e intereses individuales (derechos fundamentales). Ello resulta trascendental cuando en la práctica una emergencia obliga a adoptar de manera inmediata determinadas medidas de salud pública que inciden de manera muy intensa en las personas (con la declaración de estado de alarma como ha ocurrido en España o, en otros países, estado de emergencia). Mostramos a continuación, en distintos puntos y de manera sucinta, la selección de puntos más discutibles. Advertimos que no agotan la polémica.

El problema que se está discutiendo en la actualidad (abril de 2020) en la opinión pública y en las redes sociales puede esquematizarse como sigue: ¿el Gobierno central se ha extralimitado a la hora de concretar las medidas del estado de alarma? Entonces,

¿debió haber declarado el estado de excepción, y no el estado de alarma, para dar cobertura a alguna de esas medidas? Las fuertes dosis de subjetivismo que se detectan en las distintas respuestas, para valorar en un sentido u otro los posibles excesos, dificultan su propia claridad.

Una cuestión sí está clara, al menos desde nuestro punto de vista. Como ya comentamos *supra*, los tres estados que prevé la Constitución y desarrolla la Ley Orgánica 4/1981 no son tres escenarios conectados y con un nivel de intensidad cada vez mayor. Son tres estados pensados para tres situaciones diferentes. Por ello la índole de la situación problemática debería determinar en gran parte el estado constitucional que se adopta. Y como hemos visto, las pandemias sólo entran en el estado de alarma al no ser alteración de orden público. En esta línea Fernández Segado afirma que «mientras los estados de excepción y de sitio tienen una naturaleza eminentemente política, el estado de alarma obedece a hechos naturales y a circunstancias sociales, con lo que presenta una naturaleza eminentemente social»[17].

Otra cosa es que para la situación que se quiera enfrentar se establezcan medidas desproporcionadas que, con tal desproporción o por su propia naturaleza, deberían ubicarse en otro de los estados. Dijimos antes que la declaración inicial del estado de alarma era la opción correcta. Ahora nos referimos a otra cuestión: al posible exceso a la hora de concretar sus medidas o al aplicarlas.

17 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit*., p. 96.

Una persona tan autorizada como Manuel Aragón critica lo que entiende una exorbitante utilización del estado de alarma[18]. Se refiere a que se está descuidando el «exacto cumplimiento de la Constitución», y centra su crítica en la anulación del control parlamentario, la verdadera suspensión generalizada del derecho a la libertad de circulación y la inconstitucionalidad de algunas de las medidas económica adoptadas. Por eso titula su artículo de opinión *Hay que tomarse la Constitución en serio.*

Sin duda, el estado de alarma no puede menguar la labor de control sobre el Gobierno, que deben ejercer tanto la oposición como los medios y la ciudadanía en general. Por ello, resultaron preocupantes dos cosas: la opinión inicial de la Mesa del Congreso de «ralentizar» la actividad de la cámara (¡el e-Parlamento debe emplearse para que la cámara funcione con normalidad!) y la selección de las preguntas *online* realizadas en las videoconferencias del presidente del Gobierno (ante el revuelo causado y el plante de distintos medios, el 5 de abril se cambió afortunadamente ese criterio y se permitió a los periodistas efectuar preguntas en directo sin pasar por el filtro anterior). Recordemos, como ya mostramos, que durante la vigencia de los estados no puede interrumpirse el funcionamiento de las cámaras (art. 116.5 Constitución). Y menos aún es admisible limitar el control democrático. Si echamos un vistazo a los primeros días del estado de alarma, la actividad en las Cortes ha sido mínima. Estas no pueden parar, ni en tiempos de guerra.

En este sentido, también hubo polémica por las advertencias ante bulos o desinformación, sobre todo cuando el jefe de Estado Mayor de la Guardia Civil indicó que se trabaja para «minimizar el clima contrario a la gestión de crisis por parte del Gobierno» (sic). El Gobierno lo desautorizó y el ministro del Interior consideró que había sido un lapsus[19]. Pero esta problemática no es nueva, porque días atrás el CIS usó una pregunta sobre el control de los bulos en una de sus encuestas, lo que ya generó sospechas sobre la ilegítima restricción de la libertad de expresión[20].

Como ya sostuvimos antes, y frente a otras opiniones, entendemos, en principio, que la libertad de circulación está restringida, pero no suspendida. Existen relevantes supuestos en los que el movimiento de las personas se permite (ocho casos en el art.

7.1 del Real Decreto 463/2020). Esta consideración es de sumo relieve pues, según se vio, el estado de alarma no puede suspender derechos, pero sí los otros (en concreto el estado de excepción puede

18 En el diario *El País,* el 10 de abril de 2020. En formato digital se puede ver en https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html

19 Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-gobierno-desautoriza-jefe-estado-mayor-guardia-civil- sin-oposicion-crea-version-202004192121_noticia.html (noticia publicada el 20 de abril)

20 Disponible en: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2020/04/16/tezanos/000315870292022661369 94.htm (noticia de 16 de abril de 2020).

suspender el art. 19 de la Carta Magna, con la prohibición de la circulación de personas y vehículos —art. 20 Ley Orgánica 4/1981—).

De todos modos, sí es cierto que la prolongación en el tiempo de todo ello puede suponer desproporción y, por ende, pérdida de legitimidad. Es decir, unas medidas restrictivas tan intensas se vuelven cada vez más problemáticas con la extensión temporal. Por esta razón, si hay mejoras en la situación sanitaria, es imprescindible ir dejando atrás las restricciones de derechos fundamentales.

También hay críticas en el terreno de la transparencia, tan crucial para la calidad de una democracia[21]. En este sentido, la normativa aprobaba, en la práctica, neutraliza el portal de transparencia. La paralización de los procedimientos administrativos (disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020) también paraba los procesos de transparencia y acceso a la información, aunque existía la salvedad para las situaciones estrechamente vinculadas a la pandemia. La modificación de este decreto inicial por el Real Decreto 465/2020 dejó en manos de la Administración la rendición de cuentas, incluyendo los temas sanitarios (apartado cuarto de la disposición adicional tercera anterior, que es reformada). Esto lleva a Blanes Climent a señalar que está vaciado el derecho de acceso a la información pública «precisamente en un período en el que es muy importante saber los que está pasando»[22].

Varios supuestos los podemos catalogar como aplicación quizá desproporcionada de los decretos de alarma. En primer lugar, la «prohibición de circular por vías y espacios de uso público» (art. 7 del Real Decreto 463/2020) se ha interpretado por las autoridades de forma excesiva al considerar que suponía el confinamiento domiciliario, o que incluía las zonas de condominio (como una terraza o una piscina de una urbanización). Por un lado, en ningún momento el Decreto 463/2020 se refiere al confinamiento sino a la circulación; y, por otro lado, los condominios claramente no son espacios de uso público, sino propiedades privadas (generalmente copropiedad germánica»). Esta interpretación excesiva y expansiva ha sido asumida por la opinión pública con sorprendente pasividad. Si se quería confinamiento domiciliario, debió haberse establecido tal en el citado decreto.

En segundo lugar, traemos a colación el listado de alimentos y productos que se pueden comprar. Es cierto que no hay ninguna lista o guía oficial de un Ministerio, pero sí circulan algunas originadas en ciertas unidades de la Policía o Guardia Civil. Es una interpretación que tampoco está recogida en la normativa.

De igual modo, en tercer lugar, la interrupción que la policía ha hecho de ceremonias religiosas también

21 Sobre ese papel que juega el principio de transparencia en los sistemas actuales, puede verse nuestro trabajo FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2018), "Transparencia y democracia: sobre los fundamentos y bases epistemológicas de la Ley gallega 1/2016", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 27, Nº. extra 3, pp. 13-39.*

22 Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-gobierno-utiliza-estado-alarma-para-anular-portal- transparencia-202004152313_noticia.html (noticia del 16 de abril de 2020).

semeja un exceso. El art. 11 del Real Decreto 463/2020 permite con rotundidad estas ceremonias si se hacen con medidas adecuadas para que los asistentes no estén a menos de un metro. Esto ha llevado a una demanda contra el ministro del Interior[23].

Y, en cuarto lugar, aludimos a las sanciones por saltarse el confinamiento, que han sido puestas en duda por cuestiones de legalidad[24]. Así, para aplicar la sanción del art. 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, consistente en la desobediencia a la autoridad, es preciso una advertencia o requerimiento previo, que no debe ser atendido por su destinatario.

Incluso, en alguna opinión, la indeterminación de la ley aplicable a unas sanciones, que es lo que se entiende que ocurre en este caso, resulta inconstitucional y por lo tanto hace imposible sancionar conforme a derecho las conductas evasivas del confinamiento[25]. No cabe duda de que el art. 20 del Real Decreto 463/2020 es muy vago al referirse al régimen sancionador (se remite sin más a las leyes de acuerdo con el art. 10 de la Ley Orgánica 4/1981). Y no solo habrá que tener en cuenta la citada Ley de Seguridad Ciudadana, o el Código Penal, sino también la Ley 17/2015, de 9 de julio, de protección civil, o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública.

LA SALIDA FUTURA

La salida de una situación así, jurídicamente hablando, no está detallada a nivel constitucional. Realmente, solo se contemplan dos alternativas teóricas: o está declarado el estado de alarma o no lo está (porque se ha levantado o porque se ha agotado su plazo sin renovarse). Tan solo se indica, como una exigencia de seguridad jurídica, que finalizados los estados extraordinarios «decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las autoridades competentes» (art. 1.3 Ley Orgánica 4/1981). Sin embargo, lo dicho es una previsión teórica en exceso abstracta por lo que en la práctica cabe vislumbrar situaciones jurídicas polémicas, como qué pasa con las medidas que son prescindibles antes de la finalización de la vigencia o qué sucede con las que al adoptarse en el estado de alarma se previó que su aplicación fuera más allá de esa finalización. En todo caso, las medidas adoptadas en el marco del art. 116 de la Constitución deben interpretarse de manera restrictiva.

23 Disponible en: https://www.europapress.es/sociedad/noticia-abogados-cristianos-querella-contra- marlaska-interrumpir-misa-varias-iglesias-espana-20200417132847.html (nota del 17 de abril de 2020).

24 Disponible en: https://www.lavanguardia.com/politica/20200419/48600856266/confinamiento-multas- espana-sanciones-estado-alarma.html (noticia del 19 de abril de 2020).

25 Disponible en: https://confilegal.com/20200422-incumplir-el-confinamiento-no-puede-sancionarse-con- el-regimen-vigente/ (opinión del 22 de abril de 2020). También https://www.elconfidencial.com/espana/2020-04-13/los-abogados-alertan-de-excesos-en-las-sanciones- por-incumplir-el-confinamiento_2545023/ (noticia del 13 de abril de 2020).

Desde un punto de vista del enfrentamiento a una pandemia parece evidente que no puede pasarse de un día a otro de las restricciones que ha conllevado a su absoluta desaparición. Y para ello lo más razonable semeja ser actuar con progresividad, y seguramente asimetría, basándose en las indicaciones de las autoridades y expertos sanitarios. Poco más podemos decir desde la óptica que estamos utilizando es este trabajo.

También en cómo y de qué forma levantar las medidas restrictivas está siendo objeto de un agrio debate (por ejemplo, en torno a la salida de los niños del confinamiento), que no nos corresponde a nosotros examinar por su vinculación con aspectos sanitarios.

Y como diremos de nuevo en el epígrafe siguiente, la salida de esta crisis tiene que ser respetuosa con el medio ambiente, incluso debe aprovecharse para avanzar de forma relevante en esa línea porque el tiempo de protección del planeta y de su biodiversidad se agota.

EXCURSUS SOBRE CUESTIONES GEOPOLÍTICAS

Antes de abrir las conclusiones de lo dicho hasta ahora, no nos resistimos a hacer unos comentarios con tintes geopolíticos. De todos modos, ya advertimos, dadas las cuestiones abiertas que existen, que nuestras reflexiones que siguen habrá que tomarlas con cautela (o como decimos los juristas, a beneficio de inventario).

Primero, con relación a antes y a cómo se ha desarrollado la pandemia. Persisten las dudas y la polémica en torno al concreto origen de la pandemia: ¿Causas naturales?

¿Los problemas ambientales causados por el hombre? ¿Negligencia en un centro de investigación? ¿Intención deliberada de alguna potencia —China o Estados Unidos—? Obviamente no queremos instigar teorías conspiratorias, pero se trata de una cuestión relevante que debe quedar clara cuanto antes (si es posible, tenemos dudas). Los discursos oficiales hasta al momento son contradictorios echándose la culpa unos a otros, y los medios y las redes se hacen eco de tal situación[26], dictada en gran parte nítidas estrategias geopolíticas.

26 Por citar ahora solo fuentes informativas en castellano, como mero ejemplos que se pueden encontrar con suma facilidad en Internet:
- El presidente de Estados Unidos, Donald Trump en repetidas ocasiones señala a China como origen del virus, según se puede ver en su cuenta de Twitter @realDonaldTrump
- La inteligencia de Estados Unidos acusa a China de ocultar el alcance del brote de coronavirus en el país, en https://www.europapress.es/internacional/noticia-inteligencia-eeuu-acusa-china-ocultar-alcance- brote-coronavirus-pais-20200401190530.html (nota fechada el 1 de abril de 2020)
- Noticia del 19 de abril de 2020: «El virólogo jefe de Wuhan niega categóricamente que el coronavirus saliera de sus laboratorios», en https://www.elmundo.es/ciencia-y- salud/salud/2020/04/19/5e9c36fbfdddffcd3f8b459d.html
- Noticia del 14 de marzo de 2020 indicando que es EE. UU. y no China el origen del virus. Disponible en: https://www.hispantv.com/noticias/opinion/451485/eeuu-china-coronavirus-covid19-guerra-biologica
- Noticia del 25 de marzo de 2020 haciéndose eco de la denuncia de Irán que EE. UU. creó el virus para perjudicar al país persa. Disponible en: https://www.lavanguardia.com/internacional/20200324/4884782523/iran-teoria-conspirativa-virus.html

Respecto al escenario posterior a la pandemia, en estos términos que estamos empleando ahora, varios de los actuales ejes de conflicto se verán afectados. De este modo, desde hace años existe una tensión entre globalistas y proteccionistas, revitalizada por nuevos políticos de tinte populista. Pues bien, los graves problemas sanitarios de ahora favorecen la posición de los proteccionistas, que pueden esgrimir con facilidad cómo el movimiento de personas difundió el virus por casi todo el planeta. Un movimiento amparado en las facilidades que para ello ofrece la actual hiperglobalización. Por otro lado, el eje de conflicto entre Estados Unidos, y sus aliados, con China y Rusia verá fortalecida la posición de estos últimos. Ante la relevante crisis económica que se acerca, la posición de China se refuerza por ser la principal poseedora de recursos asociados a materias primas críticas.

Y una última cuestión en este apartado que también tiene ese aspecto geopolítico. No debemos caer en la tentación de rebajar el compromiso ambiental ante la crisis que está suponiendo la pandemia. En esto no tenemos ninguna duda. El secretario general de Naciones Unidas, António Guterres, en el Día de la Madre Tierra, afirmó que la crisis del COVID-19 «es una llamada de alerta sin precedentes» que debe resolverse en conexión con las necesidades ambientales[27]. El *hashtag* #OneHealth ilustra con precisión esta idea. La salud de las personas depende de la salud de los animales y plantas y del planeta[28]. Esta es la única alternativa a largo plazo. Incrementar el compromiso ambiental podría eliminar malas prácticas que reducen la biodiversidad y que perjudican claramente al ser humano. Como señala la Organización Mundial de la Salud, trabajar con el enfoque de «una salud» es útil para la «inocuidad de los alimentos, el control de zoonosis (enfermedades transmisibles entre animales y humanos, como la gripe, la rabia y la fiebre del Valle del Rift) y la lucha contra la resistencia a los antibióticos (cuando las bacterias, tras estar expuestas a antibióticos, se vuelven más difíciles de destruir)»[29].Ya se han detectado intereses economicistas, movidos por cierto populismo, que abogan por relajar los acuerdos medioambientales para salir de la crisis. Ante ello, diez países de la Unión Europea, entre ellos España, han enviado un escrito a la Comisión Europea para defender una salida «verde» a la pandemia[30]. Las mejoras ambientales que ha traído la pandemia en gran parte son temporales (mejor calidad del aire por la caída del dióxido de nitrógeno —NO_2— y del dióxido de carbono —CO_2—, más libertad de movimientos para los animales salvajes, limpieza de vías fluviales) pero otras tal vez se queden (lucha contra el tráfico de animales salvajes).

27 En su comunicado que se recoge en un tuit del 22 de abril propone seis medidas que relacionan la respuesta económica a la pandemia con la transición limpia y ecológica, empleos verdes, crecimiento sostenible, economía verde (y no gris), empresas de energía limpia, proyectos sostenibles, el fin del uso de combustibles fósiles y al trabajo conjunto como comunidad internacional (en la cuenta @ONU_es).

28 Hay una iniciativa internacional con esa denominación que se puede ver en la web http://www.onehealthinitiative.com/ (consulta en abril de 2020).

29 Disponible en: https://www.who.int/features/qa/one-health/es/ (consulta en abril de 2020).

30 Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2020-04-09/diez-paises-europeos-reclaman-a-bruselas-una- salida-verde-de-la-crisis-del-coronavirus.html (consulta en abril 2020).

CONCLUSIONES

Las previsiones constitucionales españolas sobre el Derecho de necesidad se muestran correctas desde un punto de vista de la técnica jurídico-pública. La anterior aplicación, en 2010, del art. 116 CE no ofrecía precedentes que se pudieran emplear ahora en el tema del COVID-19, por lo que el análisis tiene que efectuarse desde otra óptica. Estas situaciones de emergencia sanitaria se reproducirán por la confluencia de realidades propicias: superpoblación, hiperglobalización, problemas ambientales y motivaciones geopolíticas. Por ello, hay que estar preparados, también jurídicamente para la correcta reacción. Las líneas básicas que ya tenemos de los estados extraordinarios son válidas; las mejoras deberían ir en su correcta aplicación y en las cuestiones de coordinación, también a nivel internacional pues las amenazas y desafíos tienen ahora siempre esa dimensión.

En el específico caso de la pandemia del COVID-19, España reaccionó tarde. Tanto las advertencias de la Unión Europea como los sucesos de China e Italia permitían haber adoptado antes medidas relevantes frente a la pandemia. La declaración del estado de alarma formalmente se hizo de forma adecuada, y sus renovaciones también, aunque tuvieron que corregirse algunos desajustes. Las diversas normas que se dictaron para concretar varias cuestiones han tenido un gran impacto en la vida social y económica del país.

Sin embargo, el tema más delicado en este momento es la prolongación de la restricción de derechos fundamentales en el marco del estado de alarma. Un exceso temporal en ese sentido ya podría suponer una vulneración de la idea constitucional, lo que exigiría que se adoptara el estado de excepción. El problema en este orden de cosas es que el estado de excepción se relaciona con problemas de orden público, no con las emergencias sanitarias, por lo que no tendría sentido sin alteraciones de orden público. O sea que estaríamos ante una situación jurídica de difícil resolución: las medidas excesivas se ubicarían en el estado de excepción, pero la índole de la situación extraordinaria no.

Como hemos visto *supra*, es criticable la situación del principio de transparencia, en gran parte anulado; las sombras que se han arrojado al control del gobierno, sobre todo en el momento inicial en las Cortes; o las dudas de la legalidad de las sanciones por saltarse el confinamiento. De igual forma, han sido erróneo ciertos excesos en la aplicación de medidas (como el desalojo de ceremonias religiosas). Si se cree que es preciso llevar a cabo estas medidas, deben incluirse de forma específica en la normativa extraordinaria expresada. Es decir, debe incrementarse la seguridad jurídica en esta situación excepcional, con base en previsiones claras, no a través de interpretaciones extensivas de las autoridades administrativas o policiales. El caso más patente es cómo se ha interpretado la limitación de la libertad de circulación de personas que, de forma expansiva, se ha traducido en confinamiento domiciliario y en no acceso a zonas de condominio (sin contemplarlo así el art. 7 del Real Decreto 463/2020).

A nivel geopolítico las dudas son amplias, tanto en el origen de la pandemia como en la dinámica que se seguirá en los próximos años. Queda claro con esta situación la relevancia de los temas NBQ, tanto en un sentido defensivo o protector, como en un sentido de agresión. Habrá que dotarse de las capacidades necesarias en ese sentido para que la seguridad siga siendo una salvaguarda indispensable para nuestra democracia. Eso sí, con el compromiso ambiental incrementado para cuidar al mismo tiempo de la humanidad, de los animales y del planeta. No pensar así nos aboca al desastre.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5102

EL DERECHO ANTE EL CORONAVIRUS COVID -19

Sergio Trujillo Florián, Ph.D.[1]
Carlos Alfonso Laverde Rodríguez[2]
Iván Vargas-Chaves[3]

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo determinar la importancia de la biojurídica y la biopolítica para enfrentar una pandemia como el virus COVID – 19. El virus ha hecho que esta época se torne difícil para todos los estratos sociales, su trascendencia es mundial, empero, sus consecuencias hacen que se visualice la pobreza y la inequidad. Los problemas evidenciados en salud pública, empleo informal y la distribución de los recursos en sectores privilegiados, hacen que el pánico se incremente y que las consecuencias sean nefastas para los más pobres de la sociedad. En situaciones como esta, la Biojurídica, y el comunitarismo se presentan como medios morales disuasivos +para la salvaguarda del *otro* por medio de decisiones que evitan la propagación del virus y sus consecuencias. La reflexión y el análisis de las unidades de observación se realizaron según la bioética, la biojurídica y la filosofía. El enfoque cualitativo permite describir y observar los fenómenos por medio de la hermenéutica para terminar con la respectiva inducción analítica.

Palabras clave: COVID-19, Biojurídica, biopolítica, paternalismo, comunitarismo, el otro.

1 Abogado, especialista en Derecho Penal, magister en Derecho Penal. Doctor en Bioética.Docente-investigador Grupo "Derecho Penal e implementación del Sistema Penal acusatorio". Facultad de Derecho, Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: edwin.trujillo@ugc.edu.co

2 Sociólogo y economista, especialista en historia del pensamiento económico con maestría en estudios políticos y sociales-UNAM, doctor en ciencia social con especialidad en Sociología- Colmex. Facultas de Derecho, Universidad

3 Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia) e integrante del Grupo de Investigación en Teoría del Derecho, de la Justicia y de la Política. Contacto: ivan.vargas@ugc.edu.com

ABSTRACT

The objective of this article is to determine the importance of biojuridics and biopolitics to face a pandemic like the COVID-19 virus. The virus has made this time difficult for all social strata, its significance is worldwide, however, its consequences make poverty and inequality visible in the most vulnerable citizens of the city of Bogotá (Colombia). The evident problems in public health, informal employment and the distribution of resources in privileged sectors, cause panic to increase and the consequences to be dire for the poorest in society. In situations like this, Bio-legal, and communitarianism are presented as dissuasive moral means for safeguarding the other through decisions that prevent the spread of the virus and its consequences. The reflection and analysis of the observation units were carried out according to bioethics, biolegal and philosophy. The qualitative approach allows describing and observing phenomena through hermeneutics to finish with the respective analytical induction.

Key words: COVID-19, Bio-legal, bio-polititics, paternalism, communitarianism, the other.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se culminó el 30 de marzo de 2020, fecha en la que el mundo vive una etapa que está sacudiendo los paradigmas existentes en relación con el conocimiento de la Bioética. Quienes consideran que la Bioética no es más que un discurso ético para este siglo, deben sí o sí revaluar su teoría al enfrentar sus posturas ontológicas a la realidad de los problemas ambientales, económicos, sociales, y de salud como los que se están presentando (y los que se presentarán) con la pandemia COVID -19. Contrario a estas posturas, se considera que la bioética es una disciplina que se manifiesta en el saber científico, la práctica de la medicina clínica y en el caso que se estudia, el sistema jurídico y de poder por medio de las políticas públicas.

En la pandemia COVID-19 las medidas que se han tomado para mitigar los efectos económicos y sus consecuencias en salud pública no han dependido de países a los que Colombia suele recurrir cuando necesita ayuda (Italia, España, Estados Unidos, Alemania, Brasil, entre otros, están en crisis). El Gobierno colombiano ha tenido que recurrir a su comunidad científica, al sector empresarial y a los asesores de todo tipo, como fuente en quienes están puestas las esperanzas para mitigar la pandemia.

La materialización de las medidas se da con la expedición de Decretos presidenciales que permiten salvaguardar la vida de las personas y contener toda clase de problemas derivados de la pandemia. Por este motivo, en primer lugar se describe el problema y la magnitud provocada por la llegada de la pandemia. Segundo, se hace necesario explicar cómo la bioética de la intervención (para ir más allá de la principialista) como fuente, hace que sus dogmas morales se manifiesten en el sistema jurídico, el resultado es la biojurídica.

De superar esta crisis, la reflexión se debe hacer a partir del aprendizaje y el crecimiento que tendrá la sociedad para solventar crisis venideras, porque, como se verá más adelante, este puede ser un ensayo para otras peores. Por este motivo, en el presente artículo se explica que una vez el aprendizaje se materialice, el Estado paternalista tendrá legitimidad al controlar la vida como política pública, sin entrar en arbitrariedades, dando paso a la biopolítica.

En tercer lugar, se explica el modelo comunitarista, que puede ser aplicado en la actualidad ante la emergencia que se vive, y es el más adecuado para poner en práctica la otredad como filosofía ética aplicable, como numeral de discusión en la presente reflexión. Por último, las reflexiones finales derivarán de lo descrito y analizado.

1.Descripción del problema

Hasta finales del año 2019 y principios del siglo 2020, el antropocentrismo ligado al neoliberalismo se presentó como una opción para enfrentar los «problemas» estructurales de producción de materias primas y explotación de recursos ecológicos que tenían apaciguada la economía mundial. Países como China, Estados Unidos, Brasil, entre otros, se encontraban en una carrera económica para determinar cuál sería la potencia al año 2030, hasta la llegada del COVID-19, el cual está afectando la salud pública y la economía mundial de forma catastrófica.

Según Pérez-Then (2020) los coronavirus humanos (HCoVs) se consideraron patógenos irrelevantes por mucho tiempo, por ejemplo, la gripe común la cual puede afectar sin consecuencias mayores a toda la población. Dos HCoVs altamente patogénicos, el SARS-CoV y el MERS-CoV surgieron de reservorios animales con el fin de ocasionar epidemias con alta tasa de morbilidad y mortalidad en distintas partes del mundo. En diciembre de 2019 fue reconocido un nuevo coronavirus en Wuhan (China), en el cual se han reportado un número de casos crecientemente exponencial y ha hecho que las medidas de contención sin precedentes en la historia.

El primer caso en Colombia se reportó el 06 de marzo de 2020 y hasta la fecha el Gobierno Nacional, Departamentos y ciudades han decretado medidas con el fin de contener esta pandemia. Las disposiciones jurídicas han tenido poder declarativo, disuasivo, imperativo y prohibitivo. Por este motivo, surge la pregunta de qué tan importante es el bioderecho y la biopolítica para enfrentar una pandemia como el virus COVID – 19. Determinar su trascendencia hace que los modelos individualistas se vean coartados en beneficio del *otro*.

La importancia del bioderecho para contener el COVID-19 radica en la concientización de los seres humanos porque cualquier acto del *yo* podría tener incidencia en el *otro*. Es decir, las consecuencias que se están evidenciando de esta pandemia hace que el otro tenga una relevancia que afecta al *yo*. El utilitarismo según John Stuart Mill (2005) realza la libertad y la autonomía del hombre sobre el presupuesto que él puede hacer todo aquello que no afecte a los demás. El utilitarismo expone que el

Estado no puede obligar a una persona a realizar algo que le cause beneficio, ya que el ser es libre de hacer lo que le plazca porque sus decisiones la afectan única y exclusivamente a ella, medidas propias de un Estado liberal.

Con la llegada del COVID-19, a diferencia del Estado liberal vuelve el Estado paternalista. Hasta la fecha han sido emitidos multiplicidad de Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, entre ellos, el Decreto 457 de 2020 que cita los términos de la sentencia T-483 de 1999 para justificar el aislamiento preventivo:

> El derecho fundamental de circulación puede ser limitado, en virtud de la ley, pero sólo en la medida necesaria e indispensable en una sociedad democrática, con miras a prevenir la comisión de infracciones penales, proteger el interés público, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas, o los derechos y libertades de las demás personas, y en cuanto a la restricción sea igualmente compatible con el ejercicio de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pero, como lo ha sostenido la Corte, toda restricción de dicho derecho debe estar acorde con los criterios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad; no son admisibles, por lo tanto, las limitaciones que imponga el legislador arbitrariamente, esto es, sin que tengan la debida justificación, a la luz de los principios, valores, derechos y deberes constitucionales (Corte Constitucional, 1999, p.35).

El objetivo de esta sentencia, la cual cita el Decreto fue la salvaguarda de la libertad de locomoción en pro del orden público, lo cual ha servido de base para justificar un Decreto que a todas luces evidencia el resurgimiento del paternalismo en momentos de crisis. El análisis que se debe hacer radica en la importancia del contenido axiológico de toda clase de normatividad, lo cual se efectuará a partir de las siguientes variables.

2. Bioética, bioderecho y biopolítica – punto de encuentro

Casado (2011) considera que la bioética es una rama de la ética dedicada a estudiar los principios que se deben tener en cuenta para la adecuación del comportamiento del ser humano y su relación con la vida humana y no humana. Es la ética del siglo XXI, porque regula aquellos códigos morales de conducta que permiten la humanización del hombre en su relación con las especies. La bioética inicialmente estaba dirigida a la salvaguarda de los cuatro principios que regulan la actividad clínica, sin embrago, este modelo principialista se ha ido extendiendo con los años y conforme a los avances sociales y tecnológicos.

Torres, Tirado y Trujillo (2018) han resaltado la importancia de tomar la bioética como punto de referencia para la toma de decisiones legislativas, y jurisprudenciales con el fin de garantizar la dignidad del ser humano, no solo en su individualidad sino en su relación con la sociedad. Son numerosos los autores que proponen que el sistema normativo jurídico debe contener los valores expuestos por la bioética, porque esta disciplina otorga estándares de protección para la Dignidad Humana y la colectiva.

En este sentido, Miralles (2007) considera que la bioética es una disciplina ética.

El contexto tradicional del Derecho hace que este administre la naturaleza y su regulación, sin embargo, los dilemas de la bioética nacen cuando se imponen las diversas percepciones sociales que hacen que lo natural se convierta en difuso y traspasan los límites de lo artificial de la vida. Es decir, el Derecho tradicional es capaz de adaptarse a cualquier circunstancia que demanda la vida sin importar el análisis moral del asunto, mientras que la bioética trata de conducir el actuar en los mínimos de moralidad para lograr humanizar la conducta del ser. El Derecho debe ir más allá de regular contratos.

D'Agostino (2002) señala que a pesar que se ve lejana la posibilidad de tener un código bioético, se tienen los instrumentos internacionales como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH) de 2005, expedida por la UNESCO, los cuales proporcionan criterios de racionalidad y racionalización para que los juristas reflexionen sobre el estado real de las cosas antes de tomar decisiones, esto implica la renuncia de dogmas que no le permiten al Derecho ver más allá.

La DUBDH significó un rompimiento entre la bioética clínica clásica de principios la cual no contenía una visión social y política. Por lo tanto, frente a los que consideran que la bioética es un simple discurso que no puede ser denominado disciplina, es necesario afirmar que la bioética se materializa por medio de los instrumentos jurídicos que permiten la convivencialidad y la relación entre los hombres para sobrevivir un poco de tiempo más. Sin embrago, hay que aclarar que el Derecho sirve como instrumento de justificación de conductas que podrían socavar la dignidad del hombre y la sociedad, a esto se le denomina *bioética complaciente*, término acuñado por Serrano-Ruíz-Calderón (2013).

Una alternativa para evitar que el Derecho se torne como un factor justificador de conductas *amorales* es supeditándolo a la bioética, por lo tanto, se da el nacimiento de la biojurídica. Miralles (2007) afirma que el término *biojurídica* tiene relación con la filosofía del Derecho, no con diseños positivos estructurales de normas civiles, penales. Por lo tanto, Trujillo (2019) considera que la biojurídica se presenta en toda clase de normas expedidas sea por el Gobierno o ejecutivo (decretos, Resoluciones, acuerdos), el legislativo (Leyes) o la rama judicial (jurisprudencia, autos) que buscan regular las relaciones entre los seres humanos y con la vida, por tanto, en este sentido se analiza su contenido moral y de principios.

La biojurídica denominada como el Derecho con principios bioéticos, debe propender por la legislación de todo tipo que elimine la pobreza extrema, el acceso al agua potable, un medio ambiente sin contaminación, la garantía de la alimentación, desarrollo sostenible, acceso a los servicios públicos, entre otros. Además de todos estos problemas, la biojurídica tiene también la función de analizar los problemas vinculados con la salud pública y la medicina social. En el caso del COVID-19 las nomas diseñadas por los Gobernantes territoriales deben contener principios que busquen garantizar el mínimo vital en épocas de crisis.

En este sentido Bergel (2015) resaltó los esfuerzos de la bioética para convertirse en un movimiento social y cultural en pro de la vida y la salud, además, consideró que ya están dadas las condiciones para

la suscripción de un instrumento jurídico que lleve a un tratado internacional sobre bioética ya que los principios de la DUBDH ya han sido discutidos ampliamente en todo el mundo. Una sugerencia es que una vez superada la crisis del COVID-19 los países deben suscribir un tratado internacional de bioética. En este sentido Bergel afirma:

> Los movimientos sociales han demostrado su efectividad más allá de la existencia o inexistencia de las normas legales. Un ejemplo incuestionable fue la reacción social, no solo interna sino también extendida en el plano internacional en el caso de los medicamentos para combatir el SIDA, lo que llevó al gobierno sudafricano a ignorar los tratados destinados a permitir que sus habitantes tengan acceso a medicamentos esenciales; un ejemplo más adelante fue el de Brasil que bajo la administración de Lula da Silva, finalmente condujo a moderar el Acuerdo de Doha respecto a la propiedad industrial.
>
> (Bergel, 2015,p.453) [Traducción propia].

Por esta razón, es pertinente que, una vez superada la crisis mundial, los países unan sus esfuerzos para crear un Estatuto con fuerza de tratado Internacional que pueda establecer un enfoque biocentrista y que obligue a los Estados a adoptar el sistema jurídico a la bioética, con lo cual se podría obtener una verdadera biojurídica. En el contexto colombiano, se observa la expedición de Decretos en los que se manifiestan principios que propenden por garantizar el buen servicio de salud y que este no colapse.

Las medidas adoptadas en Colombia corresponden a una emergencia mundial y no al factor preventivo. Una vez la bioética haya permeado el sistema jurídico, las consecuencias se deben evidenciar por la capacidad que tienen los Estados de hacer realidad todas las medidas adoptadas, la biopolítica es la respuesta. Trujillo (2019) propone que la biopolítica se entienda como aquel ejercicio del poder con enfoque bioético.

Es decir, la biopolítica necesariamente significa el ejercicio del poder por medio de políticas públicas que hacen que el Estado vigile, modifique y la actividad de la sociedad con el fin de fortalecer el *bios* para que pueda reaccionar frente a las problemáticas. El concepto de biopolítica que se conoce en la actualidad fue desarrollado por Foucault (1990), quien proporcionó los postulados para conectar el *bios* y el zoe para afirmar que el Estado ejerce un biopoder como estilo de gobierno que genera impacto en las vidas de las personas. El concepto biopolítico actual radica en que la vida y la política deben ir juntas como medios de poder y autovigilancia. Sin embargo, posiciones críticas del biopoder han sido reseñadas ante la crisis del COVID19, Latour (2020) afirma que a pesar de que esta es una buena oportunidad para reflexionar sobre lo importante e irrisorio, se ha retrocedido al Estado del siglo XIX por el excesivo control hacia las personas para que queden atrapados en sus casas y la destrucción de los trabajadores ocultos para que muchos puedan seguir encerrados.

3. Comunitarismo como filosofía en época de crisis

El comunitarismo es visto como una filosofía política que busca enfocarse en lo moral y axiológico y las instituciones básicas que unen la sociedad. En este contexto, Andrade (2008) considera que la solidaridad debe estar por encima de lo presupuestado en un contrato social para no rechazar al pobre. Por lo tanto, volver a un Estado paternalista no solamente implica una entrega de los derechos para que las instituciones los salvaguarden sino también la solidaridad de los coasociados.

En un sentido aristotélico, lo social crece cuando los valores morales como la solidaridad en épocas de crisis justifican las actuaciones del Estado, el cual debe propender no solamente por los derechos individuales sino los colectivos. La sociedad eminentemente neoliberal oculta el enfrentamiento entre el capitalismo y la democracia, el resultado de esta disputa es el rechazo a todo aquello que no produzca ni genere capital. El neoliberalismo hace que la pobreza se haga más evidente por la inequidad de la distribución de los recursos, esto, combinado a que en una sociedad de consumo los derechos individuales emergen por encima de los sociales.

El comunitarismo ético permite comprender que aunque cada miembro es único, le debe rendir cuentas en conducta moral, justa no solo en relación consigo mismo, sino hacia el otro. Latour (2020) considera que la crisis que se está viviendo es un ensayo frente a peores problemas venideros, porque problemas de salud pública no son novedosos en la historia de la humanidad. Por lo tanto, el comunitarismo se presenta como la opción de parcialización de los derechos y las obligaciones de los habitantes frente a los demás y lo que está viviendo la sociedad colombiana a marzo de 2020 puede convertirse en una oportunidad de crecimiento moral social y para que el Gobierno Nacional implemente una verdadera biopolítica.

Los comunitaristas critican al liberalismo, sin embargo, el propósito de esta variable no es realizar una comparación. El real objetivo es establecer los presupuestos que permiten reflexionar sobre qué modelo político y filosófico es el más adecuado para enfrentar una crisis. Los debates entre los postulados de Keynes, Hayek, Friedman, o Rothbard vienen a solucionar problemas que se presentan de acuerdo a cada contexto, luego, cada teoría ha resultado exitosa en un contexto histórico, como también han tenido su desuso. Por ejemplo, una vez culminada la Segunda Guerra Mundial, las teorías de intervención estatal fueron efectivas para corregir los desequilibrios del mercado y hacer de naciones como los Estados Unidos potencias, pero una vez agotado el modelo keynesiano de impulso a la demanda agregada mediante la participación activa del gasto público, la apuesta de renovación del liberalismo, que hacía carrera desde la década de los treinta, tomó fuerza y se impuso, desde finales de la década de los setenta, de la mano de las teorías de la escuela Austriaca y de Chicago.

El siglo XXI ha permitido que una nueva ola de pensamiento social y económico tenga como punto de referencia la vida humana y no humana, con el fin de buscar la supervivencia del hombre frente a las nuevas tecnologías y las catástrofes venideras, a lo que hemos denominado enfoque biocentrista.

Aquel que hace que la bioética global sirva de puente entre la ciencia y lo humano. Judt (2010) en una crítica acérrima hacia las políticas neoliberales considera que el estilo egoísta de lo contemporáneo resulta natural. Durante años la sociedad ha buscado el beneficio material, y eso es lo único colectivo que los identifica, «sabemos qué cuestan las cosas, pero no tenemos idea de lo que valen» (p.17). En este sentido, el discurso liberal ha hecho que el estilo materialista y egoísta de la vida contemporánea haga parte de la condición humana y la crisis del COVID -19 y las que quizás vendrán van replantear esta disertación.

El manejo de la crisis por parte de algunos países dependen de sus políticas económicas y estas van a primar sobre la vida humana, a fecha del 27 de marzo de 2020 se evidencia el tono discursivo de los gobiernos de Estados Unidos, Brasil e Inglaterra, para quienes prima la economía sobre la salud pública[4] a pesar de que el virus crezca exponencialmente. Esto ya se había advertido:

> Las instituciones de la república han sido degradadas, sobre todo por el dinero. Peor todavía, el lenguaje de la propia política se ha vaciado de sustancia y significado. Una mayoría de estadounidenses adultos no está satisfecha con la forma en que se gobierna, en que se toman las decisiones y con la influencia desmedida de los intereses especiales. En el Reino Unido los sondeos de opinión indican que la desilusión, los aparatos de los partidos y sus políticas no ha sido mayor. No deberíamos ignorar estos sentimientos. El fracaso democrático trasciende las fronteras nacionales. El vergonzoso fiasco de la Cumbre del Clima de Copenhague en diciembre de 2009 ya se está traduciendo en cinismo y desesperanza entre los jóvenes: ¿Qué va a ser de ellos si no nos tomamos en serio las implicaciones de un calentamiento global? El desastre sanitario en Estados Unidos y la crisis financiera han acentuado la sensación de impotencia incluso entre los votantes con mejor voluntad. Hemos de actuar por nuestra intuición de una catástrofe inminente (Judt, T. 2010,p.160)

Es necesario afirmar que el virus COVID-19 afecta en su mayoría a las personas adultas mayores, el resultado de las medidas adoptadas por los países que han minimizado el virus para enfocarse en la producción se verán a finales de 2020, de seguro la disconformidad seguirá en la población mayor adulta sobreviviente, a este fenómeno Arribas et al (2004) lo denominó «canibalismo social» descrito como aquel que nace cuando una sociedad sacrifica personas para el crecimiento y el desarrollo de otros. Esto, sin contar el impacto que generará en la conciencia de la juventud las medidas tomadas. En este sentido la bioética norteamericana tendrá que enfrentarse al dilema salud o economía, así como los médicos en Italia deben escoger entre varios pacientes a cuál salvarle la vida.

4 Para Donal Trump, presidente de los Estados Unidos, su país no está diseñado para cerrar o confinarse, la economía no debe sacrificarse por una enfermedad que considera insignificante, noticia consultada el 28 de marzo de 2020. ver en https://www.semana.com/mundo/articulo/coronavirus-donald-trump-se-niega-a-decretar-lacuarentena-en-estados-unidos/658904

La vuelta al comunitarismo es una apuesta que seguramente tomará un particular realce ante una crisis del modelo, no solo económico, sino del supuesto epistemológico del individualismo metodológico que le subyace. Siguiendo el argumento que expone Samir Amin (1989) si el sistema capitalista ha logrado imponer un discurso unificado de democracia y mercado, la actual crisis del mercado y de respuesta del Estado ante la pandemia, en el mejor de los casos, sacudirá sus supuestos herederos de la era republicana del siglo XIX.

Como lo ha venido planteando Bruno Latour desde los años ochenta con el desarrollo de la teoría del actor-red, la actual situación de la sociedad depende no exclusivamente de un Estado vigilante que planea y dirige demográficamente desde arriba a través de estadísticas, sino desde la comprensión de la asociación entre muchos actores o como lo denominará en su teoría (2005) seres actantes de los cuales algunos no tienen formas humanas. En este sentido el Estado moderno debe dar un paso de su posición del padre que enseña a sus ciudadanos al Estado que aprende y mantiene las condiciones de habitabilidad de los actantes, no únicamente humanos, porque como lo menciona el mismo autor con precisión "el patógeno cuya terrible virulencia ha cambiado las condiciones de vida de los habitantes del planeta no es el virus en sí mismo, ¡es la humanidad" (Latour, 2020) [Traducción propia].El reto del Estado no depende únicamente de actuar con rapidez con fórmulas conocidas. El giro del Estado radica en la comprensión de que los ciudadanos no responden y actúan de una manera individualizada y bajo los principios del *homo economicus.* Actuamos como una compleja red que excede los principios jerárquicos clásicos de la sociedad occidental. La comunidad ha tomado realce en una crisis en la que el problema de salud, aunque con deficiencias es atendido, mientras gran parte de la población busca formas de sobrevivencia que permitan permanecer en nuestras casas a quienes tenemos el privilegio de hacerlo.

Las nuevas lógicas que deben emerger de un Estado renovado que son aquellas que impidan el lapidario futuro cercano que anuncia Butler (2020) al afirmar que seremos testigos de un escenario en el que algunos afirmarán su derecho a vivir a expensas de otros.

4. Discusión: La otredad y las consecuencias inevitables

«Tanto una forma de representación de la amenaza como la otra, comparten la peligrosidad de sus efectos disgregantes sobre un orden social y la remisión a la imagen de sujetos que reclaman desde el límite de su necesidad, aquello que les ha sido privado y a lo cual tienen derecho, un derecho natural: la subsistencia» Victoria Arribas *et al*

El pensamiento del *yo* hacia el *otro* como aquel que excede todo derecho individual, no solo debe estar ligado hacia la evitabilidad del contagio sino de las consecuencias económicas que surgirán por la llegada de la pandemia. El dilema que nace en la crisis producida por la pandemia hacia el *otro* es piedad o miedo. El problema es manifestar la piedad hacia el *otro* sin acercarse, además, el miedo a ser contagiado es otro factor que aleja.

La filosofía tradicional occidental siempre ha estado preocupada por el estudio del *yo*, Kaminsky (2014) afirmó que en la dinámica de la otredad se traza la idea del *semejante* «otro al que le puedo dar cabida en el mundo de la mismidad, *el prójimo*» (p.31), el caso estudiado, la crisis por la pandemia COVID-19 pone en evidencia esa mismidad de la que habla el autor, es decir, pone en un plano de igualdad a toda la sociedad en su humanidad. El inconveniente que surge es que unos pueden protegerse mejor que otros. Las consecuencias socioeconómicas no son iguales para la clase alta que para los pobres. Lévinas (1996) considera que el *otro* es todo lo que excede al *yo*, todo aquello que es diferente, el *otro* desborda al yo porque es infinito, lo excede, lo saca de sí, incomoda porque es quien necesita entrar. Por lo tanto, no es un encuentro de dos, tres o más, sino *entre*.

La importancia de la enseñanza de la otredad por medio de la biojurídica permite que las personas obren de acuerdo a sus capacidades en hospitalidad para con el excluido, el marginado, el pobre, porque la ética social accede comprender que la mismidad no es el camino para que la sociedad pueda crecer en valores. La sociedad se debe a los menos favorecidos, el acercamiento hospitalario es esencial para que los desposeídos puedan recibir lo que se les ha quitado por una desacertada distribución de los recursos.

Surge la imperiosa necesidad de reflexionar acerca de las distancias sociales para crear un lazo de conexión con aquellos necesitan de un acercamiento más efectivo. Conforme a las anteriores explicaciones, el propósito de la biojurídica es que las Resoluciones y los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional y Distrital tengan un efecto en la conciencia de cada persona. Quien se resguarda no debe pensar en las multas como factor disuasivo sino en el daño que se puede hacer a sí mismo y al otro bajo el principio de una comunidad, aunque no vinculada por los lazos del parentesco o el conocimiento mutuo, aquello que denominó Anderson (1993) como comunidades imaginadas

Las medidas adoptadas deben sintetizar el biopoder como medio de control social para la salvaguarda de la población en general, sin tener que sacrificar a los más pobres. En esta crisis, la construcción de un espacio invisible que permita a los benefactores no excluir a los que reciben. Todos tienen algo que dar bajo el lema popular *siempre habrá alguien peor*, por lo tanto, hay personas de los estratos 3 y 4 que no tienen poder económico para dar frente al desposeído, deben por lo menos limitar sus derechos de libre circulación para evitar la propagación de la pandemia, máxime cuando va a llegar al los que no tienen acceso a la salud.

El COVID-19 ha hecho que el Gobierno Nacional y la Administración Distrital dejen de lado los intereses ideológicos partidistas y se estén preparando para el inminente infortunio económico que se sentirá por las medidas de aislamiento y cuarentena obligatoria para contener la propagación del virus. Más que grupos de expertos para analizar los efectos que dejará en la ciudad de Bogotá en contexto con el PIB, el empleo, la salud, se necesita la comprensión de la necesidad de las reservas económicas estatales a futuro.

Sectores como el turismo, hoteles, restaurantes, comercio, transporte, aviación, servicios de autopartes, sector de la construcción, conciertos, espectáculos, atracciones, flores, bares, discotecas son los sectores afectados con esta pandemia. Sin embargo, los vendedores informales (llamados ambulantes), que según los datos del Instituto para la Economía Social (IPES) rondan por las 85.000 personas vienen a ser los más afectados porque trabajan en la informalidad con bajos ingresos y personas que dependen de ellos. Al terminar la contingencia sus niveles de pobreza aumentarán y disminuirán las posibilidades de acceder a una canasta familiar básica. Las medidas que se tomen incluirán el compromiso de todos.

En principio se busca evitar el contagio, sin embargo, como se advirtió en numerales anteriores, es un virus que afecta principalmente a la población mayor de 65 años, las medidas de aislamiento preventivo deben preocupar al Gobierno para implementar acciones dirigidas a la población más pobre para que no pase hambre y tengo lo mínimo para vivir. Se piensa en un sistema unificado de transferencias: monetaria, de bonos por bienes y servicios para canjear. Además, acceso a congelamiento de deudas y servicios públicos. La ciudad debe buscar una herramienta jurídica que le permita utilizar aproximadamente 9 billones de pesos que se han ahorrado en presupuestos anteriores sin ejecutar.

La educación es otro punto de dificultad, la directriz por parte del Ministerio de Educación es no dejar de prestar el servicio hacia la población estudiantil de todos los niveles y virtualizar las clases para que desde sus casas los estudiantes puedan acceder a las clases y al material didactico. Para solventar esta necesidad se ha tenido que recurrir a la virtualización como herramienta. En los estratos altos no hay dificultad para que tanto docentes como estudiantes encuentren red y equipos para el acceso a las TICS. El problema surge para los estratos bajos, donde no se tiene un computador, ni mucho menos internet, o existe un computador para familias numerosas, en los que solo hay un equipo que se utiliza para teletrabajo, educación de varios de sus integrantes. Esto no solo pasa con estudiantes sino también con profesores. El COVID -19 ha evidenciado este inconveniente.

El pensar en el *otro* es un reto que se plantea desde todos los niveles, pensar en la necesidad de un rico no representa un verdadero desafío, medidas asumidas por establecimientos educativos universitarios llamados de *elite* no tienen estos problemas. Mientras que en el sector emergente se hace manifiesto que los pobres y sus hijos que permanecen en el colegio tendrán menos posibilidades de rendimiento eficiente en su aprendizaje, en su nutrición y en el futuro su empleo será menos gratificante y peor pagado.

El época de crisis, como la actual el *otro* es el pobre, el desamparado, el que no tiene los medios para solventar sus necesidades porque vive del día a día, el habitante de la calle, el extranjero, la madre soltera, en fin, las medidas biojurídicas adoptadas por el Gobierno deben tener un contenido filosófico más que paternalista, el comunitarismo puede inmiscuirse, para que las motivaciones puedan concientizar a la ciudadanía y poder ayudar a mitigar la contingencia en lo posible para la construcción de una biopolítica futura y eficiente.

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

La dificultad de reflexionar acerca de un evento que se está presentando, deriva del cuidado de los datos suministrados en el documento. Lo único que se puede afirmar con certeza es que superada la crisis, el aprendizaje como sociedad será amplio. De los gobiernos depende que las crisis venideras puedan solventarse mejor y que la afectación hacia los más pobres no se manifieste. Esta es la materialización de la bioética, pues la misma permite ser un puente entre la ciencia y lo humano, entre la crisis y la solución humana.

La biojurídica permite humanizar los actos administrativos en pro de los derechos individuales que pueden afectar a la persona y a los demás. Más allá de pensar en un Estado paternalista y de hacer una crítica al liberalismo en épocas de crisis, los fundamentos filosóficos de las acciones legislativas deben tener inmersas filosofías como el comunitarismo y el cuidado por el *otro*. La biopolítica como ejercicio del poder con tendencia bioética se manifestará si el Gobierno Nacional permite que exista mejor inversión en ciencia y salud pública.

Se concluye que en medio de esta crisis, la Dignidad Individual se ve confrontada con la Dignidad colectiva, cabe destacar las acciones de empresarios que han garantizado los empleos y las acciones de líderes políticos que han unido sus esfuerzos en pro de superar la contingencia. La superación de los problemas no tiene como fuente la ideología política.

REFERENCIAS

Amin, S. (1989). El eurocentrismo. Crítica de una ideología. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Anderson, B. (1993). Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. México: Fondo de Cultura Económica.

Andrade, M. (2008). ¿Qué es la "aporofobia"? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. Agenda Social, 2(3), 117-139.

Arribas, V. Cattaneo, A. & Ayerdi, C. (2004) Canibalismo y pobreza. Constructores de la otredad. Buenos Aires: Antropofagia.

Bergel, S. D. (2015). Ten years of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Revista Bioética, 23(3).

Butler, J. (2020). "El capitalismo tiene sus límites". En Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de crisis.

Casado, M. (2011). «Sobre las relaciones entre la bioética y el derecho», *Revista Bioética* (Conselho Federal de Medicina CFM, Brasil), Vol.19 Nº1, pp. 15 - 28.

D'Agostino, F. (2002). Bioética y derecho. *Acta bioethica*, 8(2), 177-182.

Foucault, M. (1990). Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. Madrid: Siglo XXI.

Judt, T. (2010). Algo va mal. Traducción de Belén Urrutia. Bogotá: Prisa ediciones.

Kaminsky, G. (2014). «Entre la mismidad y la otredad». *Publicación de Ciencias Sociales que lleva adelante la Carrera de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con el objetivo de generar un espacio de debate y difusión de conocimiento social.,* 31.

Latour, B. (2020). *Is This a Dress Rehearsal?. In the moment en*: https://critinq.wordpress.com/2020/03/26/is-this-a-dress-rehearsal/

Latour, B. (2005). Reassembling the Social An Introduction to Actor-Network- Theory. New York: Oxford University Press.

Lévinas, E. (1996). *Entre nosotros.* Madrid: Pre-textos.

Miralles, A. A. (2007). Bioética, bioderecho y biojurídica (Reflexiones desde la filosofía del derecho). *Anuario de filosofía del derecho,* (24), 63-84.

Mill, J. S. (2005). *Sobre la libertad*. Madrid: Eda.

Pérez-Then, E. (2020). Nuevo coronavirus 2019-ncov: impacto en salud global. *Ciencia y Salud,* 4(1), 5-9.

Serrano-Ruiz-Calderón, J. M. (2013). «Sobre la injusticia de la eutanasia. El uso de la compasión como máscara moral. Referencia a nuevos documentos bioéticos europeos». *Persona y Bioética,* 17(2).

Torres Vásquez, H., Tirado Acero, M., & Trujillo Florián, S. (2018). El funcionalismo radical penala partir de la bioética. *Revista republicana,* (25), 179-198.

Trujillo, S.F. (2019). La dignidad y la Justicia para el drogodependiente habitante de la calle. problemas jurídicos de la legalización.Tesis doctoral.https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/32686/ TrujilloFlori%C3%A1nEdwinSecergio2019.pdf?sequence=2

Jurisprudencia

Colombia. Corte Constitucional Sala Plena. Sentencia T-483 del 8 de julio de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [En línea]. [Fecha de consulta 29 de marzo de 2020]. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/ relatoria/1999/t-483-01.htm

Decretos

Colombia. Presidencia de la República - Ministerio del Interior. Decreto 457. (22, marzo, 2020). Por el cual imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID19 y el mantenimiento del orden público. Bogotá, D. C., 2020.



Ángel Quispe Gonzales

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5103

RETOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 PARA EL ESTADO DE DERECHO, LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos Ayala Corao[1]

Resumen

Este artículo analiza los retos que la pandemia causada por el Covid-19 ha presentado para el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. Los Estados han enfrentado jurídicamente esta pandemia, dictando estados de excepción o emergencia de diversos tipos, con medidas extraordinarias que incluyen el encerramiento domiciliario, el distanciamiento social y la cuarentena de las personas. Estas medidas restrictivas han afectado, entre otros, el ejercicio de derechos de reunión pública y las manifestaciones y la celebración de elecciones. Además, se ha visto afectado el funcionamiento normal de los controles de los poderes legislativo y judicial. Las medidas adoptadas además han puesto en evidencia, la necesidad de garantizar el igual acceso a la salud pública y de darle un trato diferenciado a determinados grupos vulnerables. En conclusión: todas las medidas extraordinarias para enfrentar la pandemia deben estar dentro de la Constitución y el Derecho internacional.

Palabras clave: Pandemia, Covid 19, estado de Derecho, democracia, derechos humanos, estados de excepción o estados de emergencia

1 Profesor titular y jefe de la cátedra de Derecho Constitucional (Universidad Católica Andrés Bello). Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas. Profesor invitado en el Washington College of Law

ABSTRACT

This article analyses the challenges that the pandemic caused by Covid-19 has presented for the rule of law, democracy, and human rights. The States have faced this pandemic, issuing states of emergency of various kinds, with extraordinary measures that include stay-at-home orders, social distancing, and the quarantine of people. These restrictive measures have affected, among others, the exercise of rights of public assembly and demonstrations and the holding of elections. Furthermore, the normal functioning of the controls of the legislative and judicial powers has been affected. The measures adopted have also highlighted the need to guarantee equal access to public health and to give differential treatment to certain vulnerable groups. All the extraordinary measures to face the pandemic must be within the Constitution and international law.

Key words: pandemic, Covid-19, rule of law, democracy, human rights, states of emergency

INTRODUCCIÓN

La humanidad está sufriendo la amenaza y los efectos concretos de una enfermedad infecciosa global producida por el Coronavirus (*Covid-19)*, con graves consecuencias para la salud de las personas contagiadas, que en algunos casos, incluidos los de personas adultas mayores o de personas con ciertas condiciones preexistentes, puede causar la muerte. Es también conocido, que este virus es de fácil y rápida transmisión, lo cual llevó a que en fecha 12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud[2] (OMS) declarase una situación grave de "pandemia", realizando conjuntamente con la Organización Panamericana de la Salud (OPS), una serie de recomendaciones a los Estados y a las personas, sobre las medidas para proteger la salud y prevenir su propagación[3].

La mayoría de los Estados del mundo han declarado estados de emergencia sanitaria o sus equivalentes (estados de alarma), adoptando medidas extraordinarias o de excepción, para enfrentar los peligros y la grave situación creada por la pandemia causada por el *Covid-19*. Estamos por primera vez en el mundo contemporáneo, ante una especie de "estado de emergencia mundial". Esta situación representa un reto y en muchos casos, un peligro para el funcionamiento de las democracias, del Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos.

Las medidas extraordinarias que se adopten para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, deben estar dirigidas a utilizar los medios proporcionales para lograr el fin legítimo de garantizar los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de las personas; pero no para restringir sus derechos de

2 Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-

3 Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: https://www.paho.org/es/documentos-tecnicos-ops-enfermedad-porcoronavirus-covid-19

manera innecesaria o desproporcionada; y mucho menos para desmantelar la Constitución, y restringir el Estado de Derecho y la democracia.

Conforme a los *Principios internacionales de Siracusa sobre estados de excepción*, la "salud pública" puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos, a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para "hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros". Pero en estos casos, las medidas deberán estar encaminadas específicamente a "impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados", para lo cual, deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la OMS[4].

No se trata, por tanto, de un estado de excepción donde lo que está en peligro es la institucionalidad del Estado; sino la salud, la integridad física y hasta la vida de su población. Se trata de la protección de la población y no del Estado en sí mismo.

Por ello, la pandemia causada por el *Covid-19* debe ser enfrentada desde el Derecho democrático, si no queremos que este virus termine también con el Estado de Derecho, con la democracia y los derechos humanos. De allí que las medidas extraordinarias o excepcionales que se adopten, deben estar todas dentro de la Constitución y el Derecho internacional, pero fuera de ellos nada.

En tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita el funcionamiento de las instituciones de control y protección, tanto nacionales como internacionales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. Por ello los congresos y parlamentos, así como la justicia, no pueden ponerse en cuarentena, porque así entrarían en cuarentena la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

Los estados de excepción o de emergencia no deben afectar el funcionamiento de los poderes públicos. De allí la importancia fundamental de garantizar el funcionamiento activo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, bajo la situación extraordinaria de la pandemia causada por el *Covid-19,* para que los actos extraordinarios que tengan que ser dictados por el Gobierno, puedan ser controlados por los poderes legislativos, y por los tribunales, especialmente los de jurisdicción constitucional. Pero además, es fundamental que esas medidas extraordinarias se sujeten al Derecho internacional y puedan ser sometidas a sus controles, para así garantizar los derechos de todas las personas.

4 "Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos", Naciones Unidas/Consejo Económico Y Social, Comisión de Derechos Humanos 41o Período de sesiones, 1984, disponible en: https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf y "Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights", International Commission of Jurists (ICJ), disponible en: https://www.icj.org/siracusa-principleson-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/.

El respeto, la garantía y protección de los derechos humanos como la salud, la integridad personal y la vida son una responsabilidad constitucional e internacional de los Estados, los cuales tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las personas. Pero cuando las medidas ordinarias para hacer frente a una situación excepcional, como la pandemia causada por el *Covid-19*, son insuficientes y la gravedad de la situación se ve desbordada, los Estados se ven en la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para salvaguardar los fines legítimos de la salud pública y la vida de la población. No obstante, las medidas que los Estados están autorizados a adoptar no son ilimitadas ni arbitrarias, ya que deben sujetarse a la Constitución y al Derecho internacional.

Conforme a los estándares constitucionales e internacionales, esas medidas excepcionales deben ser: *necesarias, graduales, temporales, idóneas y proporcionales* a la situación extraordinaria planteada. Ello implica en el caso de la pandemia causada por el *Covid-19*, que las medidas extraordinarias o excepcionales que adopte el Estado, deben ser las *necesarias y adeacuadas,* tanto médica como técnicamente, para lograr el fin de prevenir la propagación del virus y hacer posible el tratamiento de las personas afectadas. La *gradualidad* también es esencial en ambos sentidos: incremental, de menor a mayor intensidad frente a la gravedad de la situación excepcional; y decreciente, de mayor a menor intensidad de la gravedad de la situación excepcional. La *temporalidad* de las medidas excepcionales es otro elemento esencial, ya que su duración está estrictamente limitada a las exigencias de la situación; por lo cual, depende directamente de la existencia objetiva de la situación excepcional causada por la pandemia. Finalmente, esas medidas excepcionales o extraordinarias a adoptar por los Estados, deben estar contenidas y expresadas en actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente. Ello es fundamental, a fin de que dichas medidas sean del conocimiento previo de la población; darles fundamento y certeza a las actuaciones del Estado; y poder controlar su conformidad técnica y jurídica.

Si observamos el contenido y alcance de las medidas extraordinarias adoptadas durante la emergencia sanitaria decretada por la pandemia causada por el *Covid-19*, podemos constatar que aunque en muchos casos no se mencione expresamente, se están limitando o restringiendo de manera excepcional, una serie de derechos como la libre circulación, reunión pública, manifestación y protesta, participación, elegir, acceso a la justicia, esparcimiento, trabajo, propiedad y libertad económica, entre otros. Por ello es importante, que las medidas extraordinarias se adopten dentro de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos; y que al mismo tiempo se sometan a sus controles.

1. La suspensión de reuniones públicas y manifestaciones presenciales

En apenas pocos meses que tenemos de encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, en la mayoría de las ciudades del mundo hemos experimentado la ausencia ciudadana de los espacios públicos como plazas, calles y parques. Nos han encerrado en nuestros hogares y hemos dejado de ser *cives* (ciudadanos). De hecho o de Derecho, han sido suspendidos esos derechos civiles y políticos fundamentales para la democracia, como son los de reunión pública, manifestación y participación.

La prohibición de reunirse públicamente o circular públicamente en grupos de personas (incluso de más de 2 personas), también ha afectado el ejercicio de otros derechos humanos, como la libertad de cultos y la libertad religiosa. Los creyentes no pueden asistir a los lugares de culto, ni celebrar en presencia física las distintas ceremonias religiosas. Durante el mes de abril de 2020, esto afectó particularmente a las comunidades judías para la celebración de la Pascua; a las comunidades cristianas para la celebración de la Semana Santa; y a las comunidades musulmanas para la celebración del Ramadam. Ceremonias religiosas, procesiones, misas y otras actividades públicas de culto o incluso familiares, tuvieron que ser suspendidas para evitar el peligro de la transmisión del Convid-19.

Aún no sabemos todos los efectos que la suspensión de los derechos de reunión pública, manifestación y participación política en el ámbito ciudadano, van a tener para la democracia. Afortunadamente, el mundo contemporáneo ofrece otros medios alternativos de expresión y de manifestación, además de la televisión, la radio y la prensa escrita, como son los del mundo digital (virtual o del internet), que ofrecen herramientas como Facebook, Instagram, Twiter, WhatsApp, Facetime, Zoom, GoToMeeting y tantos otros.

Sin embargo, existen buenas prácticas que pueden ser citadas como ejemplos de interpretación constitucional razonable y limitada, de las restricciones impuestas por las autoridades durante la pandemia y, que evidencian la importancia del funcionamiento de los tribunales durante esta emergencia sanitaria. En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal (TC) falló en contra de una decisión del tribunal administrativo de Giessen y la Corte de Hesse, que validaron la prohibición de la convocatoria de una serie de protestas sobre la restricción de derechos, durante el mes de abril de 2020. En su sentencia, el TC señaló que esos tribunales "asumieron erróneamente que la ordenanza del estado de Hesse para combatir el coronavirus contiene una prohibición general de concentración de más de dos personas, que no pertenezcan al mismo hogar", ya que una prohibición general y absoluta del derecho de reunión, "viola el derecho de reunión" protegido por la Constitución alemana. Por lo cual, el TC si bien no autorizó directamente las manifestaciones públicas bajo la pandemia, instó a las autoridades y a los tribunales inferiores, a analizarlas motivadamente caso por caso[5].

No obstante, a pesar de algunas excepciones, la regla ha sido la ausencia de reuniones públicas y manifestaciones ciudadanas en las ciudades del mundo durante la pandemia, debido a las restricciones

5 El caso se originó en el anuncio de un grupo de personas, de la convocatoria a una protesta bajo el lema "Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos fundamentales. Protección contra los virus, no contra las personas", en la que participarían unas treinta personas que se habían organizado para mantener la distancia de seguridad exigida por la ordenanza del coronavirus (con marcas en el suelo que indicarían la posición de los participantes). *"TC Federal alemán defiende derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia"*, 20 de abril de 2020, Diario Constitucional.cl, disponible en: https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/20/tc-federalaleman-defiende-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia/?fbclid=IwAR3gGW0fxt4XOUmzA4mj9U_jXkUTurCUSGU3_9CbYL6T5Lnz9HEWii099U&utm_source=General+2&utm_campaign=75e49702af-EMAIL_CAMPAIGN_2020_04_22_10_52&utm_medium=email&utm_term=0_b01d5feada-75e49702af-127874481

impuestas. Es indudable que hay importantes diferencias entre la presencia física y la presencia virtual en la participación, la movilización, el agrupamiento, la expresión y la reacción. Las reuniones y las manifestaciones ciudadanas únicamente a través de los medios digitales, no tienen hasta ahora, la misma dinámica social e incidencia política que las realizadas presencialmente en espacios públicos. Lo ideal sería poder contar con ambos tipos de presencias, tanto la física como la digital, pero el hecho es que la pandemia y el distanciamiento social nos ha reducido a la segunda.

Puede ser que estas nuevas experiencias a raíz de la pandemia del Covid-19, nos muevan hacia el desarrollo de una democracia de participación digital mucho más robusta, donde los ciudadanos puedan participar efectivamente en consultas y decisiones públicas; y que los gobernantes actúen responsivamente en consecuencia. Pero, por ahora, es indudable que esa reducción y hasta suspensión temporal de los espacios de participación ciudadana con presencia física, ha causado un vacío en la dinámica de nuestras democracias, de lo cual debemos reponernos prontamente.

2. La suspensión y posposición de elecciones

La pandemia causada por el *Covid-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado uno de los elementos esenciales de las democracias, como es la celebración de elecciones y consultas populares. Ciertamente no se trata de una suspensión indefinida de estas elecciones, pero en muchos casos han sido diferidas y en los casos en que se han realizado, se han hecho con algunos métodos distintos o complementarios a la presencia física del elector.

En casos extremos cabe la pregunta, de si ¿una autoridad electa deviene en ilegítima por el hecho de no haberse podido celebrar elecciones y haberse vencido el periodo de su mandato? Si las elecciones no se realizaron por motivos futiles, de cálculo político y sin una justificación insuperable, estamos ante una medida arbitraria, contraria a la democracia, a la constitución, a las leyes y a las obligaciones internacionales del Estado, que ilegitima a esa autoridad. Pero si por causas objetivas extremas y debidamente justificadas, equivalentes a la fuerza mayor en Derecho, se hace imposible celebrar las elecciones en la oportunidad en que estaban originalmente previstas, estas deben celebrarse a la mayor brevedad en que sea posible hacerlas debidamente y con todas las garantías esenciales. En este último caso, no podría causarse un vacío por ausencia de la autoridad, por lo que la autoridad podrá permenecer sólo temporal e interinamente en el ejercicio de las funciones públicas (idealmente con la aprobación parlamentaria o de la jurisdicción constitucional), para ser sustituida por la persona que resulte electa en las elecciones que deban celebrarse a la mayor brevedad posible. Se trata de una especie contradictoria pero real de inconstitucionalidad constitucional, que ciertamente no es ni ideal ni deseable.

Conforme al informe de IDEA sobre el *Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones, entre el 1 de marzo hasta el 13 de abril 2020*[6] , al menos cincuenta (50) países y territorios en todo el mundo habían decidido debido al *Covid-19*, posponer las elecciones nacionales y sub-nacionales. Y a pesar de las limitaciones y preocupaciones relacionadas con *Covid-19*, al menos dieciocho (18) países y territorios, habían decidido celebrar elecciones nacionales o sub-nacionales conforme a lo planeado originalmente. Conforme *a dicho informe*, entre los ejemplos de elecciones y referéndums que tuvieron lugar en abril de 2020 se incluyen: las elecciones municipales de segunda vuelta en Ginebra, Suiza (4 de abril de 2020), pero **sólo por votación postal;** las elecciones primarias demócratas en el estado de Wisconsin, Estados Unidos de América (7 de abril de 2020), que luego de una batalla judicial que llegó a la Corte Suprema de Justicia en medio de la pandemia[7], **incluyeron el voto postal** (absentee ballot) hasta ese mismo día; las elecciones parlamentarias en Kiribati (14 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias en Corea del Sur (15 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias, segunda vuelta de votación en Mali (19 de abril de 2020). Para muchas de las elecciones anteriores, se introdujeron medidas especiales de salud y seguridad, -a excepción de Kiribati, donde dado que no había casos *Covid-19* reportados en ese país.

Ciertamente la suspensión de las elecciones plantea un dilema y unos retos para la preservación y fortalecimiento de la democracia. No obstante, su celebración en medio de la pandemia, como si nada estuviera pasando, representa un riesgo real para la salud -y hasta la vida- de los ciudadanos que concurrirían a votar. Además, este riesgo para la salud de los electores concurrentes, sería una razón para que muchos electores se abstuvieran de concurrir. De allí que, su convocatoria sin medidas correctivas efectivas o alternativas, sería un acto irresponsable para los electores y un atentado para la democracia misma. Por ello, la posposición de unas elecciones para que estén dadas las condiciones necesarias para su celebración efectiva, segura y participativa, puede ser en algunos casos, la mejor respuesta. Pero ello también obliga a convocar a las elecciones programadas, aún bajo la pandemia, siempre y cuando los mecanismos alternativos escogidos y las medidas de seguridad y salud impuestas, garanticen la integridad del voto y la libre concurrencia de los electores.

Esa realidad de postposición de elecciones en virtud de la pandemia causada por el *Covid-19,* sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, obliga a replantearnos el mecanismo principal -y en muchos casos el único- de votación con la presencia física del elector en un día, en el centro de votación. Esta votación tradicional, en los casos en que sea viable, debe llevarse a cabo bajo medidas especiales de salud y seguridad, que incluyan el distanciamiento social. Pero,

6 *Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones, IDEA,* published: 23/03/2020, IDEA, disponible en: https://www.idea.int/es/news-media/multimedia-reports/panorama-global-del-impacto-del-covid-19-en-laselecciones

7 Supreme Court of the United States: *Republican National Committee, et al. V. Democratic National Committee, et al*, April 7, 2020, disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1016_o759.pdf

además, para garantizar su debida implementación, podría pensarse en que el acto de votación no se realice en un solo día sino en varios días, de manera que se pueda organizar mejor la concurrencia y participación de los electores, por ejemplo, por grupos diferenciados. Ello supondría también, que el escrutinio fuese realizado al final, cuando haya cerrado el acto de votación.

Las alternativas al voto con la presencia física del elector en el centro de votación, como son el voto postal o el voto por mecanismos digitales, deben en todo caso, garantizar no solo su eficacia, sino que el voto sea secreto; y que las autoridades electorales sean confiables, independientes e imparciales.

De allí que la pandemia causada por el *Covid-19* haya supuesto a las democracias nuevos retos y alternativas para celebrar sus elecciones, para que en lugar de tener que simplemente posponerlas sin saber con certeza cuándo se podrán realizar, se planteen nuevos mecanismos de votación con las garantías necesarias y bajo los estándares internacionales.

3. El funcionamiento de los parlamentos y congresos

La pandemia causada por el *Covid-19* ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos alrededor del mundo. Las medidas de aislamiento social para prevenir el contagio de este virus, -y las medidas de reclusión domiciliaria-, han dificultado, y en algunos casos impedido, el funcionamiento normal de los órganos legislativos.

Los órganos legislativos: congresos, parlamentos y asambleas, tanto nacionales como estadales (provinciales) y locales, son centrales para el ejercicio de la participación, la representación, la deliberación, la legislación, el control y la investigación parlamentaria. Los órganos legislativos son órganos constitucionales fundamentales para la existencia y garantía del Estado de Derecho y la democracia. En tiempos de emergencia o estados de excepción, se requeirre la actuación robusta de los órganos legislativos para controlar las actuaciones del poder ejecutivo; y para adoptar las leyes, autorizaciones y aprobaciones necesarias. Para su funcionamiento, los órganos legislativos tienen reglas tradicionales de quórum y votación con la presencia física de sus integrantes, que son inviables para su funcionamiento normal, como es requerido, en tiempos de pandemias.

Algunos congresos y parlamentos, habían adoptado con anterioridad, reglas para disminuir el quórum necesario para sesionar válidamente, a fin de facilitar su funcionamiento en tiempos excepcionales. Tal fue el caso de las reglas adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América después de los ataques terroristas de 11 de septiembre de 2001[8]. Otros congresos y parlamentos en Europa habían adoptados reglas similares, incluso para la aprobación tácita de mociones y actos, en caso de que no se

8 "Less than 1/4 of the 115th Congress was present for the AUMF", July 15, 2017, Quorum, disponible en: https://www.quorum.us/data-driven-insights/congress-present-for-AUMF/95/

opongan algunos de sus integrantes y pidan una votación expresa. Otros, como la Asamblea Nacional de Venezuela, había modificado su reglamento en el año 2020, para permitir la participación y el voto por vía telemática, de aquellos diputados que no pudieran estar presentes por causas extraordinarias debidamente justificadas (exilio, detención arbitraria, etc.)[9].

Pero aun con las reglas parlamentarias sobre quórum y votación, flexibles o especiales, el funcionamiento de muchos órganos legislativos se ha visto afectado durante la pandemia causada por el *Covid-19.* Frente a este déficit de funcionamiento parlamentario, algunos órganos legislativos han comenzado a plantearse y otros incluso han puesto en práctica, nuevos mecanismos de funcionamiento parcialmente no presenciales o de no presencia física en su sede. Así, por ejemplo, el Parlamento Británico ha aprobado y ya ha incluso realizado sus primeras sesiones por vía telemática, con programas como Zoom[10]. En la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, el partido demócrata ha planteado la adopción de la votación de los miembros no presentes mediante poder ("proxy")[11].

A nivel provincial en Argentina, la Cámara Alta de la provincia de Santa Fe, modificó su reglamento, invocando el principio constitucional de "razonabilidad", para poder realizar sesiones de manera remota y así poder continuar con su actividad legislativa durante la pandemia . Un caso curioso y debatido se presentó en la misma Argentina a nivel nacional, donde la presidencia del Senado presentó el 14 de abril de 2020 una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia solicitándole, que el "marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia", "despeje el estado

9 "Diputados en el exterior podrán votar de manera electrónica", 5 de enero de 2020, El Nacional, disponible en: https://www.elnacional.com/venezuela/diputados-en-el-exterior-podran-votar-de-manera-electronica/; y "La Asamblea Nacional (parlamento unicameral), de mayoría opositora, aprobó la modificación de su reglamento de Interior y de Debates, que permitirá el voto de forma virtual de los diputados que se encuentran en el exilio", 17-122019, Sputniknews, disponible en: https://mundo.sputniknews.com/america-latina/201912171089672702parlamento-venezolano-aprueba-reglamento-que-permite-voto-virtual-de-diputados-en-exterior/

10 "House of Commons agrees to allow Zoom app in Parliament, British MPs will still have to dress smartly" by Matthew Hughes 21 Apr 2020, The Register, disponible en: https://www.theregister.co.uk/2020/04/21/uk_commons_agrees_to_allow_zoom/; y "U.K.'s Zoom Parliament launches with a few glitches but shows virtual democracy may work for a while", by William Booth , April 22, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/europe/uk-zoom-parliament/2020/04/22/d3a38682-8496-11ea-81a39690c9881111_story.html

11 "House pushes toward historic change in voting procedures as pandemic sidelines Congress" by Paul Kane, April 21, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/politics/house-pushes-towardhistoric-change-in-voting-procedures-as-pandemic-sidelines-congress/2020/04/21/d2a0cabc-83ea-11ea-ae26989cfce1c7c7_story.html; "House Democrats Back Changing Rules to Allow Remote Voting During Pandemic" by Sheryl Gay Stolberg, April 16, 202, The New York Times, disponible en: https://www.nytimes.com/2020/04/16/us/politics/house-coronavirus-remote-voting.html ; y "House Democrats push proxy voting over Republican pushback" by Sarah Ferris, Melanie Zanona and Heather Caygle, 04/21/2020, Politico, disponible en: https://www.politico.com/news/2020/04/21/democrats-push-proxyvoting-198912

de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos"[12]. En este último caso, el debate se centró, por un lado, en justificar la acción judicial para asegurar la certeza y la seguridad jurídica de la actuación parlamentaria; y, por otro lado, en cuestionar la acción judicial presentada, por ser inadmisible al tratarse de una consulta y no una controversia, y por ser contraria a la independencia del órgano legislativo para decidir la forma de sesionar.

En todo caso, debemos subrayar, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias por las pandemias, es cuando más se necesita el funcionamiento robusto de los órganos legislativos, para ejercer activamente sus funciones esenciales de legislar y controlar los posibles excesos del poder ejecutivo. De lo contrario, si las legislaturas se ponen en cuarentena, entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos entran en cuarentena.

En fin, la pandemia causada por el *Covid-19* ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos, lo cual ha planteado el reto de repensar sus mecanismos tradicionales de funcionamiento parlamentario, para introducir métodos complementarios y alternativos, a fin de que sea posible la continuidad de dichos órganos esenciales para la democracia y el Estado de Derecho, especialmente durante los estados de excepción.

4. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La pandemia causada por el *Covid-19,* sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado también el funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente a los tribunales de justicia. Debido a las restricciones excepcionales impuestas, las personas en general y los propios abogados en muchos asuntos, no han podido concurrir libremente a los tribunales para presentar sus demandas, escritos y demás diligencias. Además, los propios tribunales se han autoimpuesto restricciones a su funcionamiento normal; e incluso algunos han prácticamente suspendido sus actividades.

En el mundo del Derecho, ello plantea una serie de consecuencias jurídicas como el vencimiento de plazos procesales, la prescripción o caducidad de acciones judiciales, los daños causados por el tiempo transcurrido (como los intereses), las dificultades de acceso a pruebas, etc. Además, la pandemia causada por el *Covid-19* y las medidas extraordinarias adoptadas por los Estados, también plantea en el mundo del Derecho (caso por caso y conforme a sus circunstancias), el incumplimiento contractual

12 "Cristina Kirchner presiona a la Corte Suprema para que el Senado pueda sesionar por videoconferencia", 22 de abril de 2020, Infobae, disponible en: https://www.infobae.com/politica/2020/04/22/cristina-kirchner-presiona-a-la-cortesuprema-para-que-el-senado-pueda-sesionar-por-videoconferencia/

y extracontractual por causas extrañas no imputables, como puede ser la fuerza mayor. De allí la importancia de que las normativas extraordinarias dictadas por los Estados, también resuelvan estas situaciones del mundo jurídico en aras de la certeza y la seguridad jurídica. Las normativas sobre la emergencia sanitaria dictadas por algunos Estados, han abordado algunos de estos problemas, suspendiendo los plazos procesales y de los procedimientos administrativos y tributarios, y ciertas actuaciones judiciales, excepto para casos de emergencia o en todo caso en beneficio de los derechos de las personas. Pero en muchos casos, la medicina no ha curado la enfermedad, y las medidas correctivas adoptadas, en la práctica no han resuelto el problema del acceso a una justicia y las decisiones en plazo razonable.

Cierto es que el riesgo de la transmisión del virus por el contacto entre los abogados, el personal de los tribunales y los propios jueces, han llevado a adoptar medidas de funcionamiento limitado a los tribunales de justicia, como la suspensión de plazos y procedimientos, horarios limitados, cierre de acceso del público a las sedes tribunalicias, suspensión de sentencias, etc.

Esta medida ha impactado incluso a los tribunales internacionales. Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) seguramente en virtud de los obstáculos que presenta la pandemia para las víctimas y en beneficio de ellas ha decidido suspender los plazos procesales, excepto en los asuntos de inmediata gravedad y urgencia como son las medidas provisionales. En este sentido, la Corte IDH mediante el Acuerdo 1/20 de 17 de marzo de 2020, dispuso "suspender el cómputo de todos los plazos": por la emergencia en la salud causada por el *COVID-19*, a partir del día 17 de marzo y hasta el día 21 de abril inclusive, con excepción de los plazos que se relacionen con *medidas provisionales.* Esta suspensión de plazos fue ampliada el 16 de abril de 2020, mediante el Acuerdo 2/20, hasta el día 20 de mayo inclusive[13]. Otros altos tribunales alrededor del mundo, han hecho también sus esfuerzos por al menos despachar las decisiones y asuntos urgentes que se les han planteado o que tenían pendientes de decisión. La Corte Europea de Derechos Humanos, teniendo en cuenta las dificultades enfrentadas por las partes durante la crisis causada por el *Convid-19*, ha extendido ciertos lapsos procesales; y para proteger a su personal del contagio y transmisión del coronavirus, ha acordado la reducción al mínimo de la presencia física de su personal en la sede. Así mismo, esta Corte ha advertido que ciertas tareas que no puedan ser ejecutadas remotamente y que no sean críticamente urgente, tendrán que ser diferidas durante la temporada de confinamiento, ya que, de lo contrario, se necesitaría incrementar la presencia física[14].

13 Corte IDH. Acuerdos de Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/acuerdo_de_corte.cfm?acuerdo=5&lang=es

14 European Court of Human Rights, "The functioning of the Court during the period of confinement", press release issued by the Registrar of the Court, CHR 111 (2020) 15.04.2020, disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/engpress?i=003-6677746-8882977

En general, la pandemia causada por el Covid-19 ha afectado el funcionamiento de los tribunales alrededor del mundo. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) realizó un breve estudio de las medidas especiales adoptadas en varios países en virtud de la pandemia del Covid-19, que afectan el funcionamiento de los tribunales en materias como el debido proceso y el derecho a un juicio justo. Conforme a dicho estudio, en muchos casos, los tribunales han suspendido, en general, sus actividades y procedimientos, excepto en aquellos asuntos que sean considerados como "urgentes". Ello plantea a su vez, el problema de definir cuáles asuntos y medidas son "urgentes" y cuáles no lo son, a fin de evitar interpretaciones arbitrarias[15].

En Venezuela, donde el poder judicial carece de independencia e imparcialidad conforme a todos los informes de Naciones Unidas y de la OEA, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) desde 13 de marzo de 2020 dispuso, como principio, que ningún tribunal del país tenga actividad judicial ("despache"), por ahora hasta el 13 de mayo de 2020. El TSJ ha resuelto que durante el referido período permanecerán en suspenso todas las causas y no correrán los lapsos procesales, lo cual -según lo resuelto- no impediría que se practiquen las actuaciones urgentes para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes. Los tribunales en materia penal, únicamente tendrán actividad para los asuntos urgentes. Y aunque en materia de amparo constitucional, los tribunales se considerarán habilitados y obligados a tramitar y decidir las causas, no se indica con precisión cuáles tribunales quedan encargados de ello. En el resto de los demás tribunales, los jueces rectores y tribunales nacionales, deberían adoptar medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia. Respecto al funcionamiento del TSJ, la resolución dispone que sólo las Salas Constitucional y Electoral del TSJ permanecerán de guardia durante el estado de contingencia, no así las demás salas de dicho Tribunal (Salas de Casación Civil, Casación Penal y Social)[16] . Hasta la fecha los tribunales del país siguen paralizados, sin que se conozca de medidas se hayan adoptado para que no sea suspendido el servicio público de administración de justicia.

Es importante resaltar de nuevo, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita el funcionamiento de los tribunales, independientes e imparciales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. La justicia no se puede poner en cuarentena, porque entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos también entran en cuarentena.

---

15 "The Courts and COVID-19", 6 April 2020, International Commission of Jurists, disponible en: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/04/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020ENG.pdf

16 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, Resolución N° 002-2020, mediante la cual se prorroga por 30 días el plazo establecido en la Resolución N° 001-2020, de fecha 13 de marzo de 2020, disponible en: www.tsj.gob.ve 17 Para un análisis crítico de estas resoluciones del TSJ sobre la justicia en Venezuela, ver, "Deficiente respuesta del TSJ en Venezuela frente al Convid-19", *Acceso a la Justicia* (El Observatorio Venezolano de la Justica), disponible en: https://www.accesoalajusticia.org/la-deficiente-respuesta-del-tsj-frente-a-la-covid-19/

El reto consiste entonces, en adaptar el funcionamiento de los tribunales en tiempos extraordinarios de pandemia, para poder seguir cumpliendo con su función de resolver las controversias.

Pero los tribunales -junto con los poderes legislativos- han tenido hasta ahora, una tradición formalista y hasta litúrgica en sus métodos de trabajo. En general, poco han cambiado los métodos de trabajo que han tenido desde hace siglos. Precisamente ese reto es el que ha planteado la pandemia causada por el *Covid-19*.

Los tribunales alrededor del mundo, afortunadamente comienzan a despertar para reinventarse. Comienzan a descubrir que también pueden funcionar por nuevos métodos y que es necesario replantearse lo antes posible su puesta en práctica. Algunos ejemplos nos muestran este desarrollo progresivo hacia nuevos métodos de trabajo en los tribunales, que les permitan seguir funcionando durante situaciones extraordinarias como esta pandemia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, ha anunciado que el edificio de su sede, no obstante que permanece cerrado al público en general, permanecerá abierto para los asuntos oficiales, aunque la mayoría de su personal estará bajo la modalidad de teletrabajo. La Corte continuó aprobando y publicando sus fallos durante la pandemia. Y aunque la Corte primero había anunciado que, debido al *Covid19*, las audiencias de argumentos orales previstas para el mes de marzo, habían quedado pospuestas; posteriormente, el 13 de abril de 2020 anunció la realización en el mes de mayo, por vía de "teleconferencia", de un número limitado de las audiencias diferidas. En este sentido, la Corte anunció que en seguimiento de las directrices sobre salud pública en respuesta al *Covid-19*, los jueces y los abogados participarán en esas audiencias por esa vía remota[17]. La Corte Suprema decidió curiosamente escoger la vía de la "teleconferencia" y no la de video teleconferencia, quizá debido a la vieja preocupación de sus jueces, por las posibles distorsiones o las presiones que pudieran causarse si las audiencias fuesen televisadas[18].

Otro ejemplo, a nivel de estados, lo podemos ver en la Corte Suprema de Florida en USA, la cual, al igual que la Corte Suprema federal, al día siguiente anunció, que, en seguimiento de las normas sobre distanciamiento social por la pandemia, realizaría a partir del mes de mayo de 2020, las audiencias de argumentos orales diferidas, por vía de "video teleconferencia"[19]. En el estado de Florida la mayoría

17 Supreme Court of the United States, Press Releases, April 13, 2020, disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20

18 "Finding Real Life in Teaching Law Online", by Jeannie Suk Gersen, April 23, 2020, The New Yorker, disponible en: https://www.newyorker.com/culture/personal-history/finding-real-life-in-teaching-law-online

19 Ver comentarios en "Florida supreme court news, april 14", Florida Supreme Court, disponible en: https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Case-Summaries-Schedule/May-2020-Summaries ; y "Court to hold may oral arguments using remote teleconferencing ", The Florida Bar, en: https://www.floridabar.org/theflorida-bar-news/court-to-hold-may-oral-arguments-using-remote-teleconferencing/

de los tribunales estadales han estado funcionando a través de tecnología remota, el presidente de ese Alto Tribunal anunció el 21 de abril de 2020 una orden administrativa, por medio de la cual creó un grupo de trabajo, para recomendar el retorno progresivo al funcionamiento completo de los tribunales -a medida que el curso de la pandemia del Covid-19 vaya cambiando en los próximos meses. La orden del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Florida, identifica cuatro etapas de operación de los tribunales durante la pandemia: (i) la etapa cuando el contacto personal es excepcional; (ii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado con ciertas precauciones; (iii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado más ampliamente y las precauciones pueden ser relajadas; y (iv) la etapa cuando el Coronavirus no represente más un riesgo significante[20].

Esos son algunos ejemplos, de cómo los tribunales del mundo fueron impactados por la pandemia del *Covid-19* y de cómo su funcionamiento normal, como venía haciéndose, no fue posible por los métodos tradicionales de trabajo, es decir, de manera presencial física en la sede de los tribunales. Pero debido al rol fundamental de los tribunales en un Estado de Derecho, especialmente en momentos críticos como las situaciones de emergencia como las pandemias, los tribunales deben reinventarse, para permitir que, con respeto a las medidas de distanciamiento social y aislamiento, puedan seguir cumpliendo sus funciones de manera continuada e ininterrumpida.

5. Los estados de emergencia o excepción *de facto*

Aún las democracias constitucionales más consolidadas del mundo que han dictado medidas extraordinarias para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, deben supervisar y controlar que las autoridades encargadas de su ejecución no incurran en excesos; y en su caso, se adopten los correctivos necesarios.

Pero no hay que perder de vista las medidas adoptadas por varios regímenes autoritarios, cuyos estados de excepción formal o informalmente dictados, violan abiertamente los principios del constitucionalismo democrático y los estándares internacionales, convirtiéndolos en verdaderos estados de excepción *de facto*. Se trata en estos casos, de estados de emergencia o excepción fuera de las constituciones y del Derecho internacional.

Esta situación se ha puesto en evidencia especialmente en regímenes autoritarios, donde para enfrentar la situación excepcional creada en virtud de la pandemia causada por el *Covid-19*, los gobernantes han dictado medidas contrarias al Estado de Derecho y a la democracia. Tal ha sido, entre otros, el caso del primer

20 "Florida's Chief Justice creates Court Continuity Workgroup for COVID pandemic", Florida Supreme Court, disponible en: https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Court-News/Florida-s-Chief-Justice-createsCourt-Continuity-Workgroup-for-COVID-pandemic

ministro de Hungría, Viktor Orbán, quien ha aprovechado la pandemia para dictar medidas adoptadas destinadas a restringir el funcionamiento del parlamento y continuar su ataque contra la independencia del poder judicial[21]. Así como el presidente de Filipinas, Rodrigo Duterte, quien también ha dictado medidas abiertas, que pretenden darle cobertura a las ejecuciones arbitrarias continuadas en el país[22].

En otros casos, como Nicolás Maduro en Venezuela, el decreto de estado de excepción (estado de alarma) para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, contiene una serie de violaciones constitucionales y convencionales, como la ausencia de las regulaciones que reglamentan los derechos no enunciados pero que quedan restingidos, la auto-habilitación presidencial de facultades legislativas, la delegación de facultades regulatorias a sus ministros, y el incumplimiento del deber de remitir el decreto a la Asamblea Nacional para su consideración (aprobación o improbación). Además, aún antes de la publicación de ese decreto en la gaceta oficial, se adoptaron algunas de las medidas restrictivas de la circulación de personas y de vuelos internacionales[23]. El gobierno autoritario de Maduro ha adoptado una serie de medidas arbitrarias durante el estado de excepción, como la detención de varios periodistas y de médicos, por dar informaciones u opiniones con relación a la pandemia en Venezuela. Todas estas son claras violaciones a derechos como la libertad personal y la libertad de expresión, que conforme al Derecho interno venezolano, no sólo no pueden ser restringidos durante los estados de excepción, sino que en todo caso, no son medidas jurídicamente ni necesarias, ni conducentes, ni razonables ni proporcionales. Conforme a la información de la organización no gubernamental "Foro Penal Venezolano", desde el 13 de marzo de 2020, cuando fue decretado el estado de alarma, hasta el 7 de abril, un total de 33 personas habían sido detenidas arbitrariamente[24]. Muchas de estas detenciones

21 "COVID-19: Can the EU avoid an epidemic of authoritarianism?", Center for European Reform, disponible en: https://www.cer.eu/insights/covid-19-can-eu-avoid-epidemic-authoritarianism ; "Hungary's Enabling Act: Prime Minister Orbán Makes the Most of the Pandemic" by Renata Uitiz, April 6, 2020, CONSTITUTIONNET, disponible en: http://constitutionnet.org/news/hungarys-enabling-act-prime-minister-orban-makes-most-pandemic ; y "13 countries 'deeply concerned' over rule of law" by Lili Bayer, 4/1/20, Politico EU, disponible en: https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-13-countries-deeply-concerned-over-rule-of-law/

22 "Philippines: President Duterte gives "shoot to kill" order amid pandemic response", 2 April 2020, Amnesty International, disponible en: https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/philippines-president-duterteshoot-to-kill-order-pandemic/

23 Ver, "Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del Coronavirus (COVID-19)", Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 18 de marzo de 2020, disponible en: https://www.acienpol.org.ve/wpcontent/uploads/2020/03/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-ESTADO-DE-ALARMA-epidemia-coronavirus.pdf ; y "El Decreto de Estado de Alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del Coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien inefectivo" por Allan R. Brewer-Carías, disponible en:

http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/04/Brewer.-El-estado-de-alarma-con-ocasión-de-lapandemia-del-Coronavirus.-14-4-2020-1.pdf

24 "Reporte sobre la Represión en Venezuela. Marzo 2020", Foro Penal Venezolano, disponible en: https://foropenal.com/reporte-sobre-la-represion-en-venezuela-marzo-2020/

han sido llevadas a cabo en contra de políticos de oposición, líderes sociales y simplemente ciudadanos en sectores populares que estaban realizando protestas contra la suspensión de servicios públicos de agua o electricidad, o ante la restricción del suministro de gasolina.

De allí el peligro que representan estos estados de excepción o de emergencia *de facto* para los derechos humanos, debido a su instrumentalización por los regímenes autoritarios, pretendiendo pasar medidas abiertamente arbitrarias bajo la cobertura de la pandemia causada por el Covid-19. Por ello, varios órganos internacionales de derechos humanos han hecho varias alertas al respecto, han comenzado a trabajar en estándares de derechos humanos especializados, y han creado grupos especiales de monitoreo, como lo han hecho la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y órganos del Consejo de Europa[25].

6. Desigualdades en el acceso a los servicios de salud

Las medidas extraordinarias de salud pública que han tenido que ser puestas en práctica en algunos países para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19* y en concreto, para tratar a las personas infectadas, han puesto en evidencia las desigualdades y en algunos casos incluso discriminaciones.

Esta situación ha afectado en particular el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de salud de las poblaciones más vulnerables como son, entre otros, los pobres, los ancianos, las poblaciones indígenas y los habitantes rurales.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se han documentado casos de zonas de ciudades con poblaciones predominantemente afrodescendiente o latinoamericana, donde se ha sufrido de manera desproporcionada los estragos de la pandemia, a nivel de acceso a los servicios de salud adecuados e

25 CIDH: entre otros, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas". Resolución 1/2020, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf ; y Comunicado "76/20 - La CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente a e la pandemia COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales.", disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/076.asp . Corte IDH: Comunicado sobre "Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales", Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/209, de abril de 2020, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf; Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: "El Covid-19 y los derechos humanos", disponible en: https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19.aspx y "Directrices relativas a la Covid19", disponible en: https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19Guidance.aspx. Consejo de Europa: "Covid-19 Response", disponible en: https://www.coe.int/en/web/education/covid-19 y "The impact of the Covid19 pandemic on human rights and the rule of law", disponible en: https://www.coe.int/en/web/human-rights-ruleof-law/covid19

inclusive de las muertes ocurridas[26].

En Europa, en países como Italia y España, el colapso de los servicios de salud en sus unidades de cuidados intensivos y en concreto, el colapso en el acceso a los aparatos de respiración artificial (respiradores), dio lugar a que se aplicaran unos "protocolos médicos", que en caso de conflicto de acceso se descartaran a personas mayores de la tercera edad, en beneficio del acceso de personas más jóvenes. De esta manera, en muchas ocasiones fallecieron personas mayores por falta de acceso a los equipos médicos requeridos[27].

Si en el Estado de Derecho y la democracia es necesario que las restricciones a los derechos se lleven a cabo a través de un debate abierto, por medio de leyes emanadas de los poderes legislativos y sometidas al control judicial constitucional, entonces ¿Esos protocolos deberían serlo? o ¿al menos en lo esencial?, ¿Esas no son la exigencias de una sociedad democrática?

Se trata de la vida de seres humanos, por lo que todas esas situaciones extremas que se presentaron y que aún se presentan mientras escribo estas notas, nos obliga a hacernos las siguientes preguntas: ¿quiénes eran o son los responsables del equipamiento deficiente de los centros de salud en los países?; ¿en algún momento se ha podido prevenir el agravamiento de la situación, antes de llegar a su estado crítico?; ¿se hicieron diligentemente los mejores esfuerzos para equiparlos? y ¿en qué consistieron?; ¿quiénes aprobaron esos protocolos "médicos" para decidir el acceso a los respiradores artificales y unidades de cuidados intensivos?; ¿quiénes tomaron esas decisiones? y ¿quiénes fueron consultados?; ¿existe un expediente motivado de las decisiones adoptadas?

En la democracia, el acceso a la información pública sobre esas situaciones, las respuestas a esas preguntas y el debate abierto sobre esas respuestas, son claves para que la soceidad esté debidamente informada y para establecer las eventuales responsabilidades, si hay lugar a ellas, y en su caso, para la reparación a las víctimas y a sus familiares por el funcionamiento indebido de los servicios de salud, Y además, para algo muy importante: la adopción de las medidas correctivas y preventivas necesarias. Pero todo ello es necesario llevarlo a cabo, a través de los mecanismos democráticos y del Estado de Derecho.

---

26 "How to Save Black and Hispanic Lives in a Pandemic: Minorities are dying of Covid-19 at alarming rates. Here's what to do about it right now" by The Editorial Board, April 11, 2020, The New York Times, disponible en: https://www.nytimes.com/2020/04/11/opinion/coronavirus-poor-black-latino.html

27 "Dip in Italy's Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals" by Jason Horowitz and David D. Kirkpatrick, March 23, 2020, The New York Times, disponible en: https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html y "Coronavirus en Italia: Como en una guerra, tenemos que decidir a quién salvar, admite un médico" por Julio Algañáraz, Clarín, disponible en: https://www.clarin.com/mundo/coronavirus-italia-guerra-decidir-salvar-admite-medico_0_wW2k1tdN.html 29 Ver, cita No. 26 supra.

7. La necesidad de tratos diferenciados

Otro tema es la necesidad de que las medidas que adopten los Estados para prevenir el contagio del *Covid-19*, como el encerramiento domiciliario, la cuarentena obligatoria y el distanciamiento social, tengan en cuenta la necesidad de un trato diferenciado por grupos sociales. En este sentido se han pronunciado varios de los órganos internacionales mencionados29 y algunas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

Así, por ejemplo, en los casos de *violencia de género,* las medidas de encerramiento domiciliario y cuarentena obligatoria no tomaron en cuenta, al menos inicialmente, la necesidad de que las víctimas (mujeres) no tuvieran que estar bajo el mismo techo de sus agresores (hombres), ya que ello las pone en un riesgo inminente en su integridad personal (física y mental) e incluso en casos extremos, sus propias vidas. Desgraciadamente varias fatalidades tuvieron que conocerse públicamente, antes de que las autoridades comenzaran a adoptar las medidas preventivas necesarias.

En los casos de poblaciones pobres, cuya economía diaria de subsistencia se basa en su trabajo en la calle o en el mercado popular del barrio, es imposible exigirles distanciamiento social, y menos aún, el encerramiento domiciliario o una cuarentena obligada, sin el apoyo efectivo del Estado, ya que de lo contrario, no se procuran los mínimos vitales de comida diaria para subsistir. Y aún así, muchas de las "viviendas" populares no son tales, sino lugares básicos para pernoctar el grupo familiar, pero imposibles para estar encerrados durantes períodos prolongados.

En el mismo sentido, las poblaciones indígenas, muchas de ellas aisladas de centros de salud y con unos patrones culturales ancestrales diferentes a la población urbana o criolla, requiere de un tratamiento diferenciado y apropiado para prevenir y enfrentar el Covid-19.

Incluso en los centros urbanos, hay un grupo que debería ser tratado de manera diferenciada: los niños y niñas. Resulta insólito que en muchas ciudades se permita a los dueños de mascotas salir a pasear con ellas; y no se haya pensado en un régimen especial para que los menores puedan salir con adultos a la calle o a pasear a los parques, por turnos y con las medidas adecuadas de distanciamiento social. Casi dos meses después de encerramiento domiciliario y de cuarentena de la población menor de edad, en algunos países, como en España, comenzaron a establecerse normas especiales para permitir la salida recreacional de menores, acompañados por adultos[28].

28 "Los niños podrán salir una hora al día, a un kilómetro y llevar patinete o bicicleta" por Beatriz Lucas, 23 de abril 2020, El País, disponible en: https://elpais.com/sociedad/2020-04-23/los-ninos-podran-pasear-a-un-kilometro-desu-casa-con-un-adulto-con-tres-ninos-y-podran-llevar-su-patinete.html

Un grupo de personas que ha requerido también atención especial durante la pandemia, han sido las *personas privadas de libertad*, ya sea porque se encuentran encarceladas por condena, en prisión preventiva o se hallan recluidas en centros para migrantes, centros obligatorios de rehabilitación de drogas u otros lugares de detención. Esa población, en muchos casos bajo situación de hacinamiento, corren un riesgo mayor de contraer una infección en caso de un brote epidémico, por lo que son una población vulnerable a la transmisión y el contagio del *Covid-19.* Ello ha llevado a la necesidad de que los Estados busquen medios razonables y responsables para descongestionar las cárceles y demás centros de detención durante la pandemia, mediante diversos procedimientos especiales. En este sentido, Naciones Unidas ha recomendado a los Estados la adopción de medidas especiales para velar por el acceso a la información y la igualdad en la prevención y otros aspectos del cuidado sanitario de todas las personas privadas de libertad; así como, examinar de manera urgente las opciones responsables para ponerlas en libertad y las alternativas a la detención, a fin de atenuar el riesgo de que puedan enfermar en los centros de reclusión[29]. Y especialmente, con relación a los niños privados de libertad, Naciones Unidas ha recomendado que se decrete una moratoria sobre su encarcelamiento y ha llamado a los Estados a poner en libertad a todos los reclusos menores de edad, cuando sea posible hacerlo con garantías de seguridad[30].

Todo lo anterior nos muestra, cómo las normas extraordinarias uniformes sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social dictadas por los gobiernos para enfrentar los riesgos de la pandemia causada por el *Covid-19*, requerían y requieren de un trato justo y diferenciado de determinados grupos sociales, especialmente de los grupos más vulnerables, para hacerlas compatibles con los principios constitucionales de una sociedad democrática y el respeto a los derechos humanos.

8. Los límites y controles internacionales

Las medidas excepcionales o extraordinarias que han adoptado los Estados en virtud de la pandemia causada por el *Covid-19*, están también sometidas a regulaciones y controles internacionales. El Derecho internacional de los derechos humanos contiene disposiciones fundamentales para esa regulación y ese control de los estados de excepción o de emergencia (sanitaria).

Así, a nivel de las Naciones Unidas, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Pacto Internacional), dispone en su artículo 4, que en situaciones excepcionales (que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente), el Estado parte podrá adoptar disposiciones que: "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las

29 "Directriz provisional sobre COVID-19: Enfoque en personas privadas de libertad" OACNUDH y OMS, Marzo 30, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedofTheirLiberty_SP.pdf

30 UNICEF, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/ChildrenDeprivedofLibertyandCOVID.pdf

obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social." No obstante, el Pacto Internacional no autoriza suspensión alguna de los derechos humanos y las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados relativas a los artículos: 6 (derecho a la vida); 7 (Prohibición de Tortura); 8, párrafos 1 y 2 (Prohibición de Esclavitud y Servidumbre), 11 (Prohibición de Cárcel Contractual), 15 (Principio de Legalidad e Irretroactividad Penal), 16 (Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); y 18 (Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión). Finalmente, el Pacto Internacional dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes del Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Y cuando se haya dado por terminada tal suspensión, el Estado deberá en la fecha, hacer una nueva comunicación por el mismo conducto.

A nivel interamericano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Convención Americana), establece en su artículo 27 (Suspensión de Garantías) que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá "adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". No obstante, la Convención Americana no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni de las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados, relativas a los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos); ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Finalmente, la Convención Americana dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión; y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Por su parte, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (Convenio Europeo) establece en su artículo 15 (Derogación en caso de estado de urgencia), que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Estado parte podrá tomar "medidas que deroguen (suspendan) las obligaciones previstas en el Convenio

en la medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del Derecho internacional". No obstante, el Convenio Europeo no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados relativas a los artículos: 2 (Derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra); 3 (Prohibición de Tortura); 4, párrafo 1 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); y 7 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad). Finalmente, el Convenio Europeo dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que ejerza este derecho de derogación (suspensión), tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado; así como de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, a diferencia de los otros instrumentos internacionales universal y regionales, no contiene una cláusula expresa sobre la suspensión de las obligaciones convencionales de los Estados partes, en caso de situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. No obstante, esos Estados africanos igualmente deben ajustar y justificar dichos actos excepcionales bajo el Derecho internacional, especialmente, a los tratados sobre derechos humanos que hayan ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

Esto último se aplica igualmente a los demás Estados del mundo que, aunque no sean parte de los instrumentos internacionales regionales que contienen una cláusula de suspensión, sí son parte de los tratados sobre derechos humanos que han ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

El "control internacional" está supuesto a activarse tanto en el marco de las Naciones Unidas, como de la OEA y del Consejo de Europa, con ocasión de la notificación que deben hacer los Estados partes de los tratados, de cualquier medida extraordinaria de suspensión temporal de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos. Ello supone que los órganos de tratados deben en consecuencia, realizar un seguimiento y hacer las advertencias y recomendaciones necesarias. Así, por ejemplo, en el marco interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), lo utiliza como uno de los criterios objetivos de su Reglamento para hacer un informe país en el conocido "Capítulo IV" de su informe anual; además de poder activar su mandato para emitir medidas cautelares y comunicados de prensa.

Sin embargo, el reto actual para el control internacional de los estados de emergencia o excepción dictados para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, es que, en primer lugar, en no todos los casos, como dijimos antes, se les da un tratamiento de restricción o suspensión formal de derechos y garantías, aunque en la realidad sí lo sean. Ello quiere decir, que en no todos los casos esas restricciones serán formalmente informadas a los órganos internacionales y tratadas como tales.

En segundo lugar, estamos ante un estado de excepción o de emergencia "global"; es decir, que casi todos los Estados partes de esos tratados han tenido que adoptar estas medidas extraordinarias, por lo que no se trata de una situación aislada sino general. Ciertamente esta es una situación única que desde la entrada en vigor de los tratados sobre derechos humanos y la creación de los órganos internacionales de protección, nunca antes se había presentado.

Sin embargo, el reto planteado ha comenzado a ser respondido por varios órganos internacionales de derechos humanos, los cuales han venido realizando una serie de estudios, informes, pronunciamientos y comunicados sobre los estándares internacionales aplicables para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19,* y han creado unidades especiales y grupos de trabajo para responder oportunamente a esta crisis, como es el caso de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los órganos del Consejo de Europa[31].

*

9. A modo de reflexión final

La pandemia mundial causada por el Covid-19 ha tomado a la humanidad por sorpresa. Nadie estaba preparado para hacerle frente. Ni los científicos, ni los médicos, ni los hospitales, ni los sistemas de salud, ni los medios de comunicación, ni la sociedad civil, ni los empresarios, ni los trabajadores, ni los políticos, ni los abogados. Pero tampoco estaban preparados los Estados, ni los organismos y organizaciones internacionales.

De pronto, un mundo que parecía que giraba entorno a la comunicación internacional y el tránsito de personas y bienes, se vio abruptamente encerrado. Los Estados comenzaron a encerrarse en sí mismos del resto del mundo. Cerraron fronteras, vuelos, comercio, eventos e intercambios. Países que habían levantado hace varias décadas sus fronteras, como los integrantes del espacio europeo Schengen, de un día a otro no sólo levantaron de nuevo sus barreras fronterizas físicas, sino que dentro de la misma Unión Europea se establecieron restricciones al comercio de determinados bienes médicos estratégicos para hacer frente a la pandemia. Incluso dentro de un mismo país, algunos estados y provincias se aislaron entre sí, estableciendo barreras físicas a la libre circulación. Así, de pronto, nuestros países se cerraron, nuestras provincias y estados se cerraron, y hasta nuestras ciudades se cerraron, y nosotros quedamos encerrados en los limitados espacios de nuestros hogares.

31 Ver, cita No. 26 supra.

Parece como si hubiésemos regresado al anacronismo del mundo medieval de las ciudades cerradas por grandes murallas. Pareciera que el miedo a la pandemia nos hizo pensar que lo mejor era cerrarnos al mundo y a todo lo que no fuese lo más íntimo. Seguramente las medidas de distanciamiento social eran las más adecuadas y disponibles para enfrentar la pandemia mientras aparece una vacuna. Pero además de ello, también es una realidad que la pandemia es un fenómeno global, que sólo la podemos enfrentar globalmente. En lugar de más unilateralismo, nacionalismo, localismo y encerramiento, necesitamos más multilateralismo y cooperación abierta.

Ni siquiera las organizaciones internacionales estaban creadas para enfrentar un fenómeno como esta pandemia, que no sólo es de salud pública, sino de reacción rápida múltiple en los campos de la economía, la ciencia, la producción especialmente de determinados bienes, el intercambio abierto de información, la cooperación técnica, el almacenamiento de medicamentos y de aparatos médicos, y de las alertas tempranas, etc.

Henry Kissinger, quien a su avanzada edad ha hablado en estos días con gran lucidez, nos ha advertido que el mundo no será el mismo después de esta pandemia.

Que cuando termine la pandemia, percibiremos el fracaso de varias instituciones nacionales; y al mismo tiempo, la necesidad urgente de construir un nuevo orden mundial, para hacer frente a estas pandemias como el *Covid-19,* que ha alterado para siempre el orden existente[32].

Pero mientras construimos ese nuevo orden mundial, tenemos que salir de esta pandemia y al mismo tiempo comenzar a reconstruir la economía, la producción y las fuentes de trabajo, ya que la pos-pandemia (cierres de fábricas, comercios, oficinas, desempleo, pobreza, etc.), puede ser tan grave – o más- para muchas personas en el mundo, como la propia pandemia.

Al mismo tiempo, también debemos repensar el funcionamiento del Estado, porque tampoco será lo mismo después de esta pandemia. El Estado -al igual que el sector privado- ha probado ser una institución esencial para hacer frente al grave problema de salud pública que ha causado la pandemia. Pero no se trata de cualquier Estado, sino del Estado democrático; sometido al Derecho; respetuoso de los derechos; eficaz en sus acciones y respuestas; aliado, cooperador y coordinador de los esfuerzos de la sociedad; abierto al debate y a las críticas de su gestión; transparente en el manejo de los recursos; y responsable. Por ello, aun en tiempos extremadamente difíciles, ante situaciones extraordinarias, se debe asegurar el funcionamiento eficaz de los poderes públicos del Estado de Derecho, para así garantizar la democracia, el control del poder y los derechos humanos.

32 "The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order. The U.S. must protect its citizens from disease while starting the urgent work of planning for a new epoch" by Henry Kissinger, April 3, 2020, The Wall Street Journal, disponible en: https://www.wsj.com/articles/the-coronavirus-pandemic-will-forever-alter-the-worldorder-11585953005

Una última idea: durante esta pandemia causada por el Covid-19, aún Estados democráticos parecen haberse acostumbrado a controlar más intensamente a sus ciudadanos; pero ni los Estados ni los ciudadanos deben acostumbrarse a ello. Por tal razón, la pos-pandemia deberá ser una oportunidad para el crecimiento de la persona humana integralmente considerada, como ciudadanos socialmente responsables, para participar en la construcción de un Estado de Derecho, de una democracia y de un orden mundial, que sean garantes de todos los derechos para todos.

Washington College of Law, 26 de abril de 2020.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5104

REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO EN EL MARCO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Tula Benites Vásquez[1]

RESUMEN

En este ensayo se analiza el impacto de la reforma del artículo 60 de la Constitución referente al rol subsidiario del Estado. El principio de subsidiariedad solo se puede comprender en el marco de una economía social de mercado, que viene a constituirse en modelo económico del Estado constitucional. Se utilizó el método deductivo y dogmático para el estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia constitucional y se aplicó el método del análisis y síntesis para entender las investigaciones académicas del estudio del arte y el marco teórico. Los resultados permitieron comprobar que es necesaria la reforma del artículo 60, pues regula la subsidiariedad de manera inadecuada toda vez que establece que la coexistencia de las empresas estatales y privadas violaría la subsidiariedad. La actividad empresarial, pública o privada, no puede recibir el mismo tratamiento legal. La primera cumple un rol subsidiario, la segunda su finalidad es lucrativa. También debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en la STC 0008-2003-AI/TC, como en numerosos pronunciamientos, cumplió con su labor pedagógica y de interpretación de las normas constitucionales del régimen económico.

Palabras claves: Constitución, economía social de mercado, rol subsidiario del Estado, reforma constitucional

1 Profesora auxiliar de la Facultad de Derecho de la UPAO

ABSTRACT

This essay aims analyze the impact of the reform of article 60 of the Constitution regarding the subsidiary role of the State. The principle of subsidiarity can only be understood within the framework of a social market economy, which becomes the economic model of the constitutional State. The deductive and dogmatic method was used for the study of constitutional doctrine, legislation and jurisprudence and, the method of analysis and synthesis was applied to understand the academic investigations of the study of art and the theoretical framework. The results allowed verifying that the reform of article 60 is necessary, since it regulates subsidiarity in an inadequate way since it establishes that the coexistence of state and private companies would violate subsidiarity. Business activity, public or non-public, cannot receive the same legal treatment. State business activity plays a subsidiary role and private business activity does not, its purpose is lucrative. It was also known that the Constitutional Court in STC 0008-2003-AI / TC and in other pronouncements carried out its pedagogical and interpretation work of the constitutional norms of the Constitutional Regime.

Key words: Constitution, social market economy, subsidiary role of the State, constitutional reform

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre Constitución y economía son expresión del siglo pasado. Las constituciones representaban la ordenación del poder político y no del poder económico. La globalización económica enfrenta un proceso de incremento e interdependencia económica con todos los países generado por el crecimiento de la variedad y volumen del comercio económico internacional de bienes y servicios.

Para los legisladores peruanos no fue tarea sencilla incluir normas constitucionales que regulen el régimen económico, basta con revisar los debates constitucionales del pleno de 1993. La razón es clara toda vez que se enfrentan al dilema si el Estado debe o no estar sometido al mercado. Entre los economistas existió durante mucho tiempo una pugna que comprometió a liberales, neoliberales y marxistas. Sin embargo, el problema estriba en contar con normas que reduzcan las brechas económicas de la pobreza y permitan el equilibrio y presencia de mercados eficientes y competitivos; es decir, el mercado debe utilizar los bienes y servicios en el que tanto el excedente del consumidor como el excedente del productor se puedan maximizar.

El modelo de la economía social de mercado no permite recomponer desigualdades económicas y sociales bajo el presupuesto no real de la eficiencia del mercado. No cabe duda que constitucionalizar la economía social de mercado fue un logro que nos permitirá caminar hacia la consolidación del Estado social y democrático de Derecho

Al considerar que la economía social de mercado se enfrenta al poder político arbitrario, cabe formular esta pregunta: ¿Cuál es la peculiaridad del Estado respecto a otras formas de organización política? Ya Max Weber advertía que el Estado debe definirse como una organización institucional que posee el "monopolio de la coacción física legítima". Según esta definición, el monopolio de la violencia es el rasgo identificador del Estado. El dominio de los estados se debe basar en la coacción legítima; es decir, en el consentimiento de los ciudadanos. El economista alemán distingue tres tipos ideales de legitimidad: la legitimidad tradicional sustentada en la costumbre, la legitimidad carismática fundada en las cualidades de una persona, la legitimidad legal-racional basada en la creencia de la legalidad y la sumisión al Derecho. Consecuentemente, el Estado desde su nacimiento se constituyó en riesgo para la libertad humana, por ello cuando con ayuda de corporaciones digitales espía a los países de frontera con la finalidad de equilibrar su seguridad frente a las amenazas de guerra, nos interrogamos: ¿quién defenderá los derechos individuales? A tal fin es necesario regular a nivel constitucional normas económicas que se orienten a un modelo democrático.

Después de haber prestado atención a la economía social de mercado consagrada en el artículo 58 de la Constitución, vamos a referirnos al rol subsidiario del Estado. Según Landa Arroyo (2016), el rol subsidiario del Estado se entiende únicamente dentro de una economía social de mercado, que es el modelo económico del Estado de Derecho (…) Existe una diferencia respecto al rol del Estado en la actividad empresarial. El Estado cumple un rol fundamental pues fija la política económica, fiscal y monetaria del país y de seguridad, justicia y bienestar. Esta es solo una de las funciones que se derivan del concepto del rol del Estado en la economía.

Como puede apreciarse, el rol subsidiario del Estado solo puede comprenderse dentro del marco de la economía social de mercado. La posición que planteamos hace posible acudir al artículo 60 de la Constitución que no permite una verdadera actuación del Estado. Por ello, para responder cuál sería el impacto de la reforma del artículo 60 referente al rol subsidiario del Estado pueden subrayarse los siguientes fundamentos:

El Estado realiza actividad empresarial subsidiaria, en los supuestos de razón de interés público o de manifiesta conveniencia nacional. De no darse estos supuestos se prohíbe intervenir en actividades o mercados en los que existe la presencia productiva del sector privado, de tal manera que la participación estatal signifique competir con la empresa privada. En nuestra hipótesis esta norma debe ser corregida. En relación al segundo párrafo del artículo 60, la subsidiariedad es la presencia de la empresa estatal cuando solamente no hay empresas privadas en el mercado, de esto se colige que no puedan competir una empresa del Estado y una privada toda vez, puesto que esta coexistencia violaría la subsidiaridad. Con referencia al tercer párrafo del artículo 60, se establece que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. La actividad empresarial del Estado cumple un rol subsidiario, diferente a la actividad empresarial privada. Un efecto importante y real, respecto a la actividad privada, viene cuando procede a evaluar un mercado en el cual no obtendrá utilidades y decide no concurrir, pero el Estado empresario tiene obligatoriamente que atender la demanda de bienes

y servicios necesarios para vivir sin interesarle ganar, así no cubra sus costos tendrá que recurrir a una política de subsidios meramente asistencial.

La subsidiaridad del Estado en la economía no significa renunciar a su actuación. Debe dirigir su voluntad a conseguir el equilibrio del mercado y el verdadero acceso de los ciudadanos sin ningún tipo de discriminación cuando realicen actividades económicas (Kresalja y Ochoa, 1999). La subsidiariedad ha sido establecida en la Constitución como un principio estrictamente económico pues, la naturaleza de la subsidiariedad es de corte básicamente social. El Tribunal Constitucional solo le atribuye un significado económico a la subsidiariedad en sus resoluciones, como también el INDECOPI en distintos pronunciamientos, distante del verdadero significado de la subsidiariedad. Finalmente, el Tribunal Constitucional a través de la STC 0008- 2003-AI/TC ha cumplido con fijar algunos aspectos importantes de esta problemática bajo estudio.

2.ESTADO DEL ARTE

2.1. Derecho comparado

En atención al Derecho comparado, se presenta brevemente la forma como se ha regulado el régimen económico en países como Alemania, España, Italia, Chile y Colombia que defienden una economía de mercado dentro del marco de un Estado social de derecho. Cabe resaltar que en Colombia, pese a la inexistencia formal del régimen económico en su Constitución vigente, la Corte Constitucional construyó un precedente en el que reconoció la economía social de mercado. En el caso chileno se encuentra presente el modelo económico neoliberal que solo enuncia el principio de subsidiaridad del Estado, dicho modelo en sede constitucional se encuentra en pleno cuestionamiento y en camino a la constitucionalización de la economía social de mercado.

a. Alemania

La economía social de mercado en Alemania presenta un Estado mediador mientras los objetivos sociales guardan igual importancia que los económicos. La economía social de mercado se transforma en un modo de acción colectiva, que orienta su esfuerzo a la búsqueda de la libertad individual en función del progreso de los pueblos y a la resolución de los problemas sociales que estos enfrentan". (Alvear Valenzuela, 2009).

b. España

En relación con los textos constitucionales en el derecho comparado, caracteriza a la Constitución española de 1978 su adhesión al modelo económico de la economía de mercado; modelo que, con todas las precisiones que puedan hacerse corresponde con el sistema capitalista. El artículo 38 de

la Carta española establece que "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". (López Guerra, 1981).

c. Italia

En Italia los principios constitucionales en materia económica se encuentran regulados tanto en la Constitución como en los tratados europeos de derechos humanos. Italia forma parte de la Comunidad Europea y también del Tratado de la Unión Europea. Esos principios se expresan en una nueva interpretación de la constitución económica dentro del modelo liberal de los tratados, el cual a partir del año 2001 inició una reforma que generó propuestas de proyectos legislativos que tutelan el mercado y la libre competencia en la Constitución. Asimismo, los tratados europeos de derechos humanos fueron modificados para que guarden coherencia con los principios constitucionales y, en particular, con los valores sociales. (De (Vergottini, 2012).

d. Chile

Fundada en el modelo económico neoliberal, la Constitución de Chile de 1980 se materializa en la política fiscal, las leyes de presupuesto, las leyes tributarias y las propuestas políticas del Ejecutivo que se ven obligadas a entregar contenidos sociales frente a un modelo que necesita estabilizadores sociales. El nivel de desarrollo social alcanzado no tiene su fuente inspiradora en lo constitucional. "En su modelo económico solo se enuncia el principio de subsidiaridad del Estado". (Alvear Valenzuela, 2009, p. 255).

Las políticas neoliberales solo deprimieron los sueldos y salarios reales e introdujeron una manera de crecer que no crea empleo ni ingresos decentes, y que excluye a la inmensa mayoría de la población de la sierra y de la selva en el esfuerzo productivo del país (Jiménez, 2012). La población chilena se movilizó en el 2019 y el gobierno del presidente Piñeira tuvo que retirar sus medidas económicas, pues la brecha entre los ciudadanos chilenos se había agrandado, claro indicador del agotamiento del modelo económico neoliberal.

e. Colombia

A pesar de la inexistencia formal o expresa de un sistema económico en la Constitución colombiana de 1991, la Corte Constitucional de Colombia, en su condición de intérprete constitucional, ha logrado construir un precedente vinculante en el que ha reconocido a la Economía Social de Mercado como el sistema constitucional económico. A esta conclusión llega luego de una interpretación armónica y sistemática de las normas constitucionales económicas abiertas. (Alarcón Peña, 2018)

2.2. Doctrina nacional

La doctrina nacional ha mostrado especial interés en estudiar el régimen económico en la Constitución Política de 1993. Las principales investigaciones académicas permitirán una exhaustiva investigación para desarrollar importantes efectos en la forma como se ha desarrollado las tendencias actuales para articular una postura crítica y finalmente plantear nuestra propuesta.

Nos parece relevante iniciar analizando el trabajo de Ochoa Cardich (1985), quien en su investigación *Constitución y economía de mercado* tuvo como pretensión generar un amplio debate sobre la determinación de los alcances del modelo económico constitucionalizado por el texto constitucional de 1979 en el artículo 115. En este estudio incorpora a su análisis conceptos jurídicos y conceptos económicos. De este modo, se formulan nuevas apreciaciones no trabajadas aún en nuestro medio y se precisa el significado y alcances jurídicos de la economía social de mercado ya consagrados en la Constitución española de 1978. El trabajo se centra en explicar los cuatro principios fundamentales que configuran el modelo económico constitucional: el principio de subsidiariedad del Estado, la libertad de iniciativa privada en una economía social de mercado, la igualdad jurídica entre los competidores y el antimonopolio.

Por su parte, Rebaza Torres en su análisis *El régimen económico en una Constitución: ¿solución o fuente de conflictos?* (1993) sostiene que, en las últimas décadas, el régimen económico es uno de los temas que más controversias ha suscitado en el Derecho constitucional y tiene el convencimiento de que sea fruto de las posturas ideológicas que llevan a plantear el modelo de economía de mercado, economía social de mercado y economía socialista. El autor se pregunta ¿si es realmente necesario que una Constitución incluya un régimen económico? y considera que no debería reconocerse un régimen económico en la Constitución, sea cual fuere su ideología. Propone el autor un marco constitucional que regule la actuación del Estado sobre la base de la participación, en igualdad de condiciones, de los diferentes grupos de interés que conforman la sociedad. En nuestro interés creemos que la Constitución debe contar con un régimen económico que nos permita conocer a qué modelo acogernos y evitar arbitrariedades.

En el estudio *Propuesta para un nuevo régimen constitucional* de Bakula y Ochoa (1999) se considera que la actual Constitución es una norma de coyuntura, que no goza de consenso y legitimidad para su permanencia en el tiempo. Siguiendo a Ariño, los autores sostienen que dos principios aparentemente opuestos configuran el orden social y económico: el principio de libertad individual y subsidiariedad estatal, y el principio de igualdad y solidaridad social. Así, subsidiariedad y solidaridad son dos principios que actúan de manera conjunta.

El fundamento 17 del proyecto de reforma sintetiza la propuesta de Bresalja y Ochoa (1999) en los siguientes términos: “El derecho de propiedad y la libertad de contratar son derechos no sólo para el régimen económico, sino que también al ser manifestaciones de la libertad personal, deben estar ubicados dentro del texto constitucional en el Título de los derechos fundamentales de la persona,

pues son presupuestos de un régimen económico. Esta propuesta se basa en los valores de la dignidad, el valor del trabajo y la justicia. Los derechos de la propiedad y la libertad de contratación del actual texto constitucional, que tienen déficit de valores sociales, deben ser reformados por una formulación que prevea que el derecho de propiedad se subordina al interés general. La expropiación, con previa indemnización económica al propietario, debe establecerse como un instrumento normal por causas justificadas de necesidad pública o de interés general y suprimirse la sobreprotección constitucional a los contratos -ley, que va en contra del principio de igualdad entre los competidores". Esta propuesta no fue tomada en cuenta por nuestros legisladores y la Constitución Política de 1993, en cuanto al régimen económico no ha sido modificada y mantiene su inicial regulación.

En la investigación sobre *Principios rectores de la Constitución Económica* de Montoya Chávez (2009), el autor postula que sólo puede tener sentido la Constitución económica si ésta se encuentra establecida sobre principios que proclaman el protagonismo de la justicia y la prioridad de la persona respecto del Estado, la libertad y la democracia, aunque sin desconocer a estos para ello toma defensa de lo desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El sustento central del estudio de Montoya Chávez (2009, p. 158) se fundamenta: "(…) en que sobre la base del principio de la dignidad se concibe el de la libre iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución). De hecho, es la institución pilar de la Economía social de mercado, sobre la cual debe sustentarse la actividad económica en el país. Según su configuración constitucional se puede emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de la preferencia de los agentes económicos, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. Aunque claro, no puede entenderse que bajo el umbral de la libertad en la iniciativa privada, los intereses de la comunidad pueden llegar a ser lesionados ni vilipendiados".

El análisis sobre *Constitución económica* de Chanamé Orbe (2013) propone importantes reflexiones, una de ellas frente a una Constitución Política que nació en medio de profundos conflictos y con importante duración en el tiempo. Recuerda que los gobiernos de Paniagua, Toledo y García han tenido en sus planes poner fin a esta Constitución; sin embargo, ella ha sobrevivido y, como consecuencia se ha fortalecido la economía social de mercado, la libertad de contratar, la libre competencia, el pluralismo económico, la igualdad de tratamiento al capital, los derechos del consumidor y el arbitraje para los conflictos, entre otros. Afirma que este modelo de subsidiaridad del Estado ha permitido el desarrollo económico y el empoderamiento de los ciudadanos.

Se agota esta sumaria revisión con el trabajo sobre *El modelo económico de la Constitución peruana* de Álvarez Miranda, (2014). Es descriptivo y defensor del actual modelo económico constitucional, sin ninguna crítica, llega a sostener entre otros argumentos que la doctrina social de la iglesia ha jugado un rol importante mediante el cual se estableció el actual régimen económico peruano y su orientación hacia una economía social de mercado en la Constitución Política de 1993 y, desde esta perspectiva, el autor analiza el concepto de Constitución económica, los principios del régimen económico, el respeto de los valores de la dignidad y libertad como sustento de la economía

en la sociedad peruana. Enfatiza que el actual régimen económico de la Constitución permitió una mejor economía, calidad de vida, reducción de pobreza, incremento del consumo y nueva imagen ante la inversión extranjera.

3. MARCO TEÓRICO

3.1. Economía social de mercado

El artículo 58 de la Constitución sostiene que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. Müller– Armack (1976) acuñó el término economía social de mercado y lo definió como el sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social. "Según la definición de Müller-Armack, el núcleo de la economía social de mercado es la "combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social". El marco referencial es el concepto de la libertad del hombre complementado por la justicia social". (Resico, 2010, pp.107-108). La economía social de mercado involucra los valores constitucionales de libertad y justicia y su compatibilidad con las razones axiológicas y teleológicas del Estado constitucional de derecho. Es innegable que en este modelo prevalecen los principios de libertad e igualdad material dentro del marco de un Estado constitucional.

En el mismo sentido Resico (2010) afirma que "(…) la economía social de mercado es un sistema económico que combina las necesidades de la libertad económica y la justicia social. En este modelo, la libertad y la justicia social son valores sociales que permiten el equilibrio, la libertad no se subordina a la justicia ambos valores se complementan.

A tal fin, la libertad económica promueve la ausencia de coerciones, la liberación de la iniciativa individual, la libertad de empresa y las innovaciones tecnológicas, permitiendo mayor índice de productividad, crecimiento económico y desarrollo económico, categorías propias de la teoría económica. Particularmente la justicia social indaga en el plano económico de la igualdad de oportunidades y la solidaridad social. No cabe duda que la justicia social es un ideal o valor social que singulariza la vida humana. Por eso los ciudadanos intervienen en la creación, producción, comercialización y distribución de la riqueza.

La economía social de mercado es un modelo que funciona en relación a las normas del mercado, el Estado solamente interviene para complementar su funcionamiento y dar seguridades sociales mínimas. La iniciativa privada libre es el eje medular del modelo, pero este debe ser corregido cuando el mercado origina fallas y sobrepasa lo estrictamente económico. Asimismo el Estado interviene para desaparecer las desigualdades injustas y la marginación.

Para Haberle la economía social de mercado, como aspecto fundamental del Estado constitucional, es la tercera vía entre capitalismo y socialismo. En el espacio del Estado constitucional, el conflicto entre capitalismo o socialismo no tiene sentido. La economía social de mercado constituye la tercera vía en términos culturales. Después de la caída del socialismo, sería erróneo afirmar que el sistema capitalista es el vencedor. No cabe duda que el vencedor es el modelo del Estado constitucional porque permite que los individuos logren soluciones justas en relación a la cuestión social.

El modelo económico regulado en la Constitución Política obliga al Estado a no ser insensible frente a las actividades económicas, tampoco le permite intervenir de manera arbitraria en las iniciativas privadas porque estas son libre de las personas naturales y jurídicas económicas.

3.2. Libre iniciativa privada

El principio constitucional de la libre iniciativa privada se encuentra regulado en el artículo 58 y en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución, los cuales determinan el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación. Toda persona tiene autonomía privada y libertad contractual para elegir la actividad económica en el mercado como productor o consumidor y llevar a cabo transacciones sea con bienes principales o bienes dentro de los puntos de equilibrio entre la oferta y demanda y minimice costos, maximice beneficios y obtenga utilidades.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 18 de la STC 0008- 2003-AI/TC precisa que "(…) la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como "privativo" de la autodeterminación de los particulares."

En este sentido la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado y obliga al Estado peruano llevar acabo un modelo de libre competencia en el que el mercado fije las reglas de juego de la economía, respetando la propiedad privada, la libre competencia, la libre contratación, la protección al consumidor y la igualdad de trato en el mercado, sin que permita abusos contra los más vulnerables. (Gutiérrez Camacho, 2005).

3.3. La actuación subsidiaria del Estado en la economía

El artículo 60, en análisis, regula la actuación subsidiaria del Estado. El mandato constitucional determina que el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. De no darse los supuestos de

interés público o manifiesta conveniencia nacional se prohíbe intervenir en actividades o mercados en los que existe la presencia productiva del sector privado, de tal manera que la participación estatal signifique competir con la empresa privada. Esto no implica que el Estado deba abdicar a su rol de supervisión en el cual se exija a los privados que respeten el funcionamiento del mercado con irrestricto respeto de los valores constitucionales de un Estado social y democrático y en conexión directa con el modelo de economía social de mercado, privilegiando la igualdad material y la libre competencia en los mercados. No cabe duda que artículo 60 de la Constitución Política debe ser reformado:

En el segundo párrafo del referido artículo se interpreta la subsidiariedad como la existencia de la empresa estatal cuando solamente no hay empresas privadas en el mercado, de esto se colige que no puedan competir una empresa del Estado y una privada, toda vez que esta coexistencia violaría la subsidiaridad.

El tercer párrafo del artículo 60 manifiesta que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. La intención de regular esta norma constitucional es buena, pero no basta las buenas intenciones, pues la actividad empresarial del Estado cumple un rol subsidiario mientras que la actividad empresarial privada no concurre a ese tipo de mercado por un sistema de preferencias, costos y utilidades. En este sentido, la empresa estatal necesariamente tiene que cubrir la demanda de bienes y servicios así no cubra sus costos y por ser meramente asistencial tendrá que recurrir a una política de subsidios.

El rol de subsidiaridad del Estado en la economía no significa renunciar a su actuación, el Perú siendo un país subdesarrollado debe preferir su actuación basado en los valores democráticos que lo inspiran, debe dirigir su voluntad a conseguir el equilibrio del mercado y el verdadero acceso de los agentes sin ningún tipo de discriminación cuando realicen actividades económicas. Estas actividades deben integrarse con el establecimiento de servicios fundamentales, toda vez que el Estado tiene como función supervisar y en algunos casos gestionar y que sin su participación no se puede conseguir un nivel de vida con estándares de dignidad humana (Bresalja y Ochoa, 1999)

Para asegurar el buen funcionamiento interno de la economía, el Estado cuenta con el Banco Central de Reserva que tiene por finalidad preservar la estabilidad monetaria y para ello regula la moneda y el crédito del sistema financiero y administra las reservas internacionales a su cargo. O el Ministerio de Economía y Finanzas que administra los ingresos y gastos del Estado. La Superintendencia de Banca y Seguros que ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

Coincidimos con la valoración de Ugarte (2017) respecto a la subsidiariedad, establecida en la Constitución vigente como un principio estrictamente económico, toda vez que por su naturaleza,

la subsidiariedad es un principio de corte social que obligaba a los Estados a la no intromisión en la esfera personal del hombre. En nuestro país no solo el Tribunal Constitucional del Perú le atribuye un significado específicamente económico a la interpretación de la subsidiariedad en sus resoluciones, sino también INDECOPI que ha emitido pronunciamientos que distan enormemente del verdadero significado de la subsidiariedad.

En el fundamento 19 de la STC 0008 -2003-AI/TC, al referirse a la actuación subsidiaria del Estado en la economía, el Tribunal Constitucional afirma este principio que puede crearse en dos dimensiones: vertical y horizontal. La subsidiariedad vertical procede cuando el ordenamiento nacional sólo puede intervenir en ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor y se encuentra relacionada con los servicios públicos y el desarrollo económico-social. Y la subsidiaridad horizontal es la relación entre el Estado y la ciudadanía, en la que el Estado acata la autonomía y la libre determinación de los individuos y minimiza su intervención pública a lo esencial. Es así como el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica que encuentra el equilibrio entre lo público y lo privado.

3.4. La libertad de empresa

En el fundamento 26 de la STC 0008- 2003-AI/TC el Tribunal Constituiconal afirma: "(…) la libertad de empresa consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce."

4. METODOLOGÍA UTILIZADA

4.1. Objeto de estudio

El objeto de estudio es el análisis de las normas constitucionales del Régimen Económico de la Constitución Política de 1993, con el fin de responder sobre el impacto de la reforma del artículo 60 referente al rol subsidiario del Estado.

4.2. Métodos y técnicas

Se utilizó el método deductivo para el estudio de la doctrina comparada para ver si son aplicables a nuestro ordenamiento jurídico. Se aplicó el método del análisis y la síntesis para las investigaciones académicas que se encuentra en el estudio del arte y el marco teórico. Se estudió la doctrina actual sobre la naturaleza del régimen económico, la economía social de mercado, la iniciativa privada, el rol subsidiario del Estado. Se utilizó fuentes bibliográficas de investigadores alemanes, italianos, españoles, colombianos, chilenos y luego se identificaron fuentes nacionales y también se analizó jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

5. RESULTADOS

Resultado No 1

El principio de subsidiariedad solo se comprende en el contexto de una economía social de mercado, que viene a constituirse en el modelo económico del Estado democrático y social de derecho. Es necesaria la reforma del artículo 60, pues regula la subsidiariedad de manera inadecuada toda vez que establece la existencia de una empresa estatal cuando no hay empresas privadas y la coexistencia violaría la subsidiaridad.

Resultado No 2

En el Derecho Comparado, la mayoría de los países europeos como latinoamericanos defienden una economía de mercado dentro del marco de un Estado social de derecho. En el caso chileno se encuentra presente el modelo económico neoliberal que solo enuncia el principio de subsidiaridad del Estado. Eso lo hemos constatado al estudiar los modelos de Alemania, Italia, España y Colombia.

Resultado No 3

Al estudiar el régimen económico en la Constitución Política de 1993, la doctrina nacional presenta tres posturas diferentes. La primera está de acuerdo con la forma como se encuentra regulada; la segunda plantea que debe modificarse y propone una reforma integral y la tercera considera que no es necesario contar con un título de régimen de la Constitución.

Resultado No 4

También se comprobó que el Tribunal Constitucional del Perú en sus pronunciamientos ha jugado un rol activo en el análisis del régimen económico constitucional, cumplió una labor pedagógica y de interpretación del articulado del régimen constitucional.

6. DISCUSIÓN

Discusión No 1

Consagrar en el artículo 58 de la Constitución la economía social de mercado constituyó un gran avance en el constitucionalismo peruano. Claro que ya la teníamos en la Constitución Política de 1979, recordemos que fue la doctrina alemana con Müller– Armack en el año 1976 la que acuñó el término economía social de mercado como el sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social. Por ello, "(…) el artículo 58 de la Constitución preceptúa que la libre iniciativa se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado". (Fundamento 16 de la STC 0008- 2003-AI/TC).

Al referirnos al rol subsidiario del Estado peruano, este nace como un garante de la iniciativa privada en un modelo de economía social de mercado, en el que tiene que velar por derechos sociales y no dentro de un marco liberal en el cual solo es espectador del comportamiento del mercado. De esta forma "(…) el principio de subsidiariedad solo puede ser entendido en el marco de una economía social de mercado, que es el modelo económico del Estado democrático y social de derecho. Por cuanto, conforman los principios de la economía social de mercado, además del principio de subsidiariedad, los servicios públicos, la protección al consumidor y el principio de solidaridad. La subsidiariedad comprende un conjunto de actividades económicas institucionales que son esenciales para la sociedad, aunque no para la existencia del Estado" (Landa Arroyo, 2016). Este principio puede crearse en dos dimensiones: vertical y horizontal, este principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica que encuentra el equilibrio entre lo público y lo privado (Fundamento 19 de la STC 0008- 2003-AI/TC)

En efecto, el artículo 60 de la Constitución no permite una verdadera actuación del Estado, pues el Estado no puede ser un convidado de piedra, tiene necesariamente que supervisar y vigilar. Vemos la corrupción ocurrida en el caso de la construcción con empresas tanto nacionales como extranjeras, por eso es necesario su reforma constitucional, pues el Estado debe vigilar y supervisar por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Esto determina que la presencia de la empresa estatal solo se da cuando no hay empresas privadas en el mercado, de esto se colige que no puedan competir una empresa del Estado y una privada, y si se da esta coexistencia violaría la subsidiaridad, lo cual resulta a todas luces arbitrario.

El tercer párrafo del artículo 60 establece que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal, lo cual no es cierto. La actividad empresarial del Estado cumple un rol subsidiario, diferente a la actividad empresarial privada. La actividad privada cuando evalúa

un mercado en el cual no va obtener utilidades no concurre, pero el Estado empresario tiene necesariamente que cubrir la demanda de bienes y servicios necesarios para vivir sin interesarle ganar, así no cubra sus costos tendrá que recurrir a una política de subsidios meramente asistencial. La subsidiaridad del Estado en la economía no significa renunciar a su actuación y debe dirigir su voluntad a conseguir el equilibrio del mercado y el verdadero acceso de los ciudadanos sin ningún tipo de discriminación cuando realicen actividades económicas. (Kresalja y Ochoa, 1999)

Discusión No 2

En el Derecho Comparado, la mayoría de los países europeos como latinoamericanos defienden una economía de mercado dentro del marco de un Estado social de derecho. En el caso chileno se encuentra presente el modelo económico neoliberal que solo enuncia el principio de subsidiaridad del Estado. Eso lo hemos constatado al estudiar los modelos de Alemania, Italia, España, Chile y Colombia. La incorporación del modelo económico de economía social de mercado es una realidad, autores como Haberle (1997) se refieren como una tercera vía frente a la oposición entre capitalismo y socialismo.

Alemania tiene un Estado que media entre el mercado y los grupos sociales, lo entiende como un concepto dialéctico en el que los objetivos sociales son tan importantes como los económicos. Para Alemania la economía social de mercado es entendida como el motor que pone en funcionamiento la acción colectiva, que toma como el valor fundamental la existencia de la libertad individual como eje del desarrollo económico y cultural (Alvear Valenzuela, 2009). En la Constitución de 1978, España se adhiere a un modelo económico de la economía de mercado, con el respeto absoluto de los derechos sociales de los ciudadanos. (López Guerra, 1981). En Italia los principios constitucionales en materia económica se encuentran regulados tanto en la Constitución italiana, como también en los Tratados europeos. (De Vergottini, 2012).

En Colombia a pesar de la inexistencia formal de un sistema económico en la Constitución colombiana de 1991, la Corte Constitucional de Colombia construyó un precedente que reconoce a la Economía Social de Mercado como un sistema constitucional económico (Alarcón Peña, 2018). En Chile la Constitución de 1980 funda un modelo económico neoliberal, en el cual solo se enuncia el principio de subsidiaridad del Estado". (Alvear Valenzuela, 2009, p. 255). Debemos señalar que en Chile en la actualidad ya el parlamento viene discutiendo el ingreso constitucional a un modelo de economía social de mercado.

Discusión No 3

Al estudiar el régimen económico en la Constitución Política de 1993, la doctrina nacional presenta tres posturas diferentes. La primera está de acuerdo con la forma como se encuentra regulada, la segunda plantea que debe modificarse y propone una reforma integral y la tercera considera que no es necesario contar con un título de régimen de la Constitución.

En esta primera postura se encuentran los estudios de Chanamé Orbe y Álvarez Miranda. Para Chanamé Orbe (2013), pese a sus problemas en su origen la actual Constitución logró sobrevivir y fortalecer la economía social de mercado y el modelo de subsidiaridad del Estado ha permitido el desarrollo económico y el empoderamiento de los ciudadanos. Por su parte, Álvarez Miranda (2014), defensor del actual modelo económico constitucional, sostiene que la doctrina social de la iglesia coadyuvó para establecerlo en la Constitución y afirma que se permitió una mejor economía, calidad de vida, reducción de pobreza, incremento del consumo, nueva imagen de la inversión extranjera y un mayor desarrollo económico.

En la segunda postura se ubica todo un grupo de académicos que han intentado cambiar en su totalidad la Constitución Política de 1993 durante los gobiernos de los presidentes, Paniagua, Toledo y García, entre ellos destacados académicos y políticos en los que destacó Henry Pease, entre otros. Al respecto, Kresalja y Ochoa (2009) han propuesto una reforma integral del régimen económico de la Constitución de 1993, situación que por lo fragmentado que se encuentra la representación nacional no arribó a buen puerto.

En la tercera postura se ubica Rebaza Torres (1993), quien sostiene que en las últimas décadas el régimen económico es una problemática controversial en el Derecho constitucional y que es fruto de las posturas ideológicas que llevan a plantear el modelo de economía de mercado, economía social de mercado y economía socialista. Este estudioso considera que no debería reconocerse constitucionalmente un régimen económico en la Constitución y un marco constitucional que regule la actuación del Estado sobre la base de la participación, en igualdad de condiciones, de los diferentes grupos de interés que conforman la sociedad.

Discusión No 4

El Tribunal Constitucional del Perú con sus pronunciamientos ha jugado un rol activo en el análisis del régimen económico constitucional, cumplió una labor pedagógica y de interpretación del articulado correspondiente al capítulo III del Régimen Económico.

El Tribunal Constitucional estima que es pertinente analizar el modelo económico consagrado por la Constitución y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental. (STC 0008- 2003-AI/TC, fundamento 2)

A decir de Montoya Chávez (2009), la Constitución Económica se establece sobre principios que proclaman el protagonismo de la justicia y la prioridad de la persona respecto del Estado, la libertad y la democracia y el principio de la dignidad se concibe el de la libre iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución). De hecho, es la institución pilar de la Economía social de mercado sobre la cual debe sustentarse la actividad económica en el país.

7. CONCLUSIONES

7.1. La economía social de mercado es el sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social. El rol subsidiario del Estado peruano nace como un garante de la iniciativa privada en un modelo de economía social de mercado, en el que tiene que velar por derechos sociales y no dentro de un marco liberal en el cual solo es espectador del comportamiento del mercado. El artículo 60 de la Constitución no permite una verdadera actuación del Estado y debe ser reformado otorgando su verdadero rol de regulador y supervisor de la actividad económico en el que se respete la libre iniciativa privada de todos los ciudadanos por igual.

7.2. En Europa, América Latina y Perú, el régimen económico constitucional dominante es el de la economía social de mercado con un Estado subsidiario y regulador que permite la iniciativa privada. Sin embargo, el régimen económico es uno de los temas que más controversias ha suscitado en el Derecho constitucional económico pues sus posturas tienen un fondo ideológico sean liberales, socialistas y democristianas.

7.3. Las posturas en la doctrina nacional no son pacíficas, van desde mantener intacta la actual regulación constitucional hasta modificarla en su integridad. Nuestra postura es una reforma parcial y a favor de la tarea del Tribunal Constitucional que ha sido positiva en muchos aspectos, faltando aún muchos más pronunciamientos en su rol de creador del derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGÁFICAS

Alarcón Peña, A. (2018) "Economía Social de Mercado como sistema constitucional económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en *Revista Estudios Constitucionales.* Santiago de Chile. Vol.16. Núm.2.

Álvarez Miranda, E. (2014) "El modelo económico de la Constitución Peruana" en R*evista Ius et Veritas.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Núm. 48.

Alvear Valenzuela, S. (2009) "60 años de la ley fundamental alemana: un marco para la democracia liberal y la economía social de mercado" en *Revista chilena de derecho*, V.36. Núm. 2. Santiago de Chile.

Chanamé Orbe, R. "Constitución económica" en *Revista Derecho y Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Núm. 40.

De Vergottini, G. (2012) "La constitución económica italiana: pasado y actualidad", *Revista Teoría y Realidad Constitucional.* UNED. Madrid. Núm. 29.

Gutiérrez Camacho, W. "El régimen económico", en *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica. Coordinador Walter Gutiérrez Camacho. Lima. 2005.

Häberle, P. "Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo" en *Revista Pensamiento Constitucional.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Año IV. Núm. 4.

Jiménez, F. (2012) "Empleo y mercado interno en el modelo neoliberal: una nueva hipótesis sobre el subdesarrollo". , en Empleo y protección social. Cecilia Garavito e Ismael Muñoz (ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Kresalja, B. y Ochoa, C. (1999) "Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional", en *Revista Pensamiento Constitucional.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Año VI. Núm. 6.

Landa Arroyo, C. (2016) "el principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución económica del Perú", en *Revista de Derecho Forseti.* Universidad del Pacífico. Lima. Año I. Núm. 1.

López Guerra, L. (1983) "El Modelo Económico en la Constitución" en *Revista de estudios económicos empresariales*, Núm. 2.

Montoya Chávez, V.H. (2009) "Principios rectores de la Constitución Económica", en Revista Foro Jurídico. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Núm. 9.

Müllen– Armack, A. (1976) Sistema Económico y Política Económica, Madrid.

Ochoa Cardich, C. (1985). Constitución y economía de mercado. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Núm. 39. Consultado el 25 de abril de 2020. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5885

Rebaza Torres, A. (1993) "El régimen económico en una Constitución: ¿solución o fuente de conflictos?" en Revista Ius Veritas, Pontificia Universidad Católica del Perú.Lima. Núm. 7.

Resico, M.F. (2010) Introducción a la Economía Social de Mercado. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Núm. 0008- 2003-AI/TC.

Ugarte Carmelino, A. (2017) ¿Subsidiariedad o solidaridad? Analizando los límites impuestos a la actividad empresarial del Estado en la prestación de servicios públicos sociales y dotación de infraestructura pública, Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica. Lima.



Macedonio de la Torre

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5105

SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL DOLO DIRECTO, A PARTIR DE UN CASO ESTADOUNIDENSE

Sergio Eduardo Díaz Chunga[1]

En memoria de la Prof. Dra. Nelly Lozano Ibáñez

RESUMEN

El presente trabajo parte del caso *Elonis*, conocido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, para hacer algunas observaciones sobre las formas de dolo en el derecho penal y el requerimiento de dolo directo en algunos delitos; y, de esta manera, se propone una definición para cada una de las formas de dolo y una idea esquemática sobre cómo determinar el dolo directo iniciando por la identificación e interpretación de las exigencias subjetivo-normativas de un tipo penal.

1 Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego y asistente en función fiscal de la Quinta Fiscalía Superior Penal de La Libertad. El presente trabajo parte de algunas ideas originadas en la tesis que sustenté para obtener el título profesional de abogado, titulada "La prueba de la intención ante casos difíciles y la debida motivación de las decisiones judiciales en el proceso penal peruano", en la cual tuve el asesoramiento de la Prof. Dra. Nelly Felicita Lozano Ibáñez. Siempre quedaré agradecido con el apoyo que me brindó para cumplir mis metas académicas e, inclusive, ahora debo el desarrollo del presente trabajo al aprendizaje de su espíritu crítico y de su creencia en la posibilidad de verdaderos debates académicos en nuestro ámbito. La sentencia en cuestión (*Opinion of The Court*) puede encontrarse en: www.supremecourt.gov.

ABSTRACT

This paper starts with the Elonis case, known by The Supreme Court of The United States, to make some observations about the forms of mens rea in the criminal law and the requirement of intent in some crimes; and, in this way, a definition is proposed for each of the forms of mens rea and a schematic idea on how to determine intent beginning with the identification and interpretation of the subjective-normative requirements of a criminal statute.

Palabras clave: Dolo básico, dolo directo de segundo grado, dolo directo de primer grado, elementos subjetivos, deber de evitación, dolo directo tipificado.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene la finalidad de realizar algunas precisiones sobre las formas de dolo y, en especial, sobre la existencia de casos en los cuales las normas penales exigen que el tipo subjetivo de un delito se encuentre configurado con dolo directo y no menos. Para ello, se partirá del análisis del caso *Anthony Douglas Elonis, Petitioner v. United States,* en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre las exigencias normativas del *mens rea* de un delito federal de amenazas. La opinión de la Corte fue expuesta por el *Chief Justice* Roberts, con fecha 01 de junio de 2015, bajo los fundamentos que serán analizados más adelante[2].

De esta manera, en primer lugar, se hará una breve exposición del caso mencionado mostrando los problemas que aparecen en este. En segundo lugar, se desarrollarán algunas observaciones en relación con la exigencia de responsabilidad subjetiva en el derecho penal, los elementos subjetivos y su relación con la pena, y las formas de dolo en los sistemas penales con influencia europeo-continental. En tercer lugar, teniendo en cuenta las observaciones planteadas, se comentará cómo el precedente establecido en *Elonis* puede ser análogo a la práctica de identificar que un tipo penal requiere dolo directo en su aspecto subjetivo, con las correspondientes consecuencias.

2. EL CASO *ELONIS*

La esposa de Anthony Douglas Elonis lo dejó llevándose a sus hijos en el mes de mayo del año 2010. A partir de este evento, Elonis cambió el nombre de usuario de su cuenta de Facebook a "Tone Dougie" y

2 La disposición normativa es citada en la sentencia bajo análisis de la siguiente manera: *"Whoever transmits in interstate or foreign commerce any communication containing any threat to kidnap any person or any threat to injure the person of another, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both".*

empezó a publicar letras de canciones de rap e imágenes que contenían lenguaje y situaciones gráficas violentas dirigidas contra su esposa, sus compañeros de trabajo y las autoridades policiales y de seguridad nacional. Él intercalaba dicho contenido con advertencias de que sus letras eran ficticias. Pero, las personas que vieron las publicaciones las interpretaron como amenazantes; e, inclusive, cuando su jefe vio los "posts" que hacían referencia a la muerte de sus compañeros de trabajo, inmediatamente le despidió.

Sin embargo, Elonis continuó haciendo publicaciones sobre el deseo que tenía de matar a su esposa; quien, después de ver ello, obtuvo una orden de alejamiento en su contra. Las siguientes publicaciones añadieron ataques contra esta orden, donde él aducía actuar bajo su derecho a la libertad de expresión. Además de esto, Elonis hizo una publicación relacionada a realizar tiroteos en un colegio y en una clase de educación inicial. Todo ello fue alertado a la Oficina Federal de Investigación (FBI por sus siglas en inglés), cuyos agentes le entrevistaron; no obstante, luego, realizó publicaciones sobre cómo mataría a una agente del FBI. Finalmente, Elonis fue detenido en el mes de diciembre del año 2010 por cargos de violación a la normativa federal contra amenazas de los Estados Unidos.

En primera instancia, un Gran Jurado emitió acusación en contra de Elonis por la comisión de cinco delitos de la normativa federal de la 18 U.S.C. §875(c), en la que se criminaliza la conducta de quien transmite en el tráfico interestatal o internacional cualquier comunicación conteniendo alguna amenaza de secuestrar o de lesionar a una persona3. Ante ello, Elonis solicitó que se rechazara la acusación sosteniendo que era necesario determinar que él realmente había intentado amenazar a alguna persona; pero la Corte de Distrito denegó su pedido bajo el fundamento de que el delito imputado solo requería que la comunicación se hiciera intencionalmente, no exigiéndose algo como la intención de realizar una amenaza.

De esta manera, la Corte de Distrito dio instrucciones al Jurado del caso en el sentido que un enunciado constituye una verdadera amenaza cuando el acusado intencionalmente lo expresa en un contexto donde una persona razonable prevería que dicho enunciado sería interpretado, por las personas con quienes se comunica, como la seria expresión de una intención de infligir lesiones corporales o de matar a una persona[3]. Por lo que, además, se denegó la petición de Elonis de que se instruya al jurado en el sentido que la Fiscalía tenía que probar que él realmente intentó comunicar una verdadera amenaza. Inclusive, en sus alegatos de clausura, la Fiscalía enfatizó que al jurado no le debía importar lo que él pensara. Luego del juicio, el Jurado le halló culpable de cuatro de los cinco cargos por el delito de la 18 U.S.C. §875(c).

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito rechazó la impugnación de Elonis contra su condena, mediante la cual alegó que se debió instruir al Jurado en el sentido que se determinara

3 En la sentencia analizada se detalla que la instrucción fue: "A statement is a true threat when a defendant intentionally makes a statement in a context or under such circumstances wherein a reasonable person would foresee that the statement would be interpreted by those to whom the maker communicates the statement as a serious expression of an intention to inflict bodily injury or take the life of an individual".

que él intentó que sus *posts* realmente fueran amenazas; bajo el fundamento de que, en las instrucciones al Jurado, bastaba con referir que el delito de la 18 U.S.C. §875(c) requiere que se determine la intención de comunicar palabras que el acusado entienda y que una persona razonable las viera como amenazas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió bajo decreto de revisión discrecional (*writ of certiorari*) la impugnación del caso ante su judicatura para resolver la controversia sobre si el delito de la 18 U.S.C. §875(c) requería (o en qué sentido) que el acusado sea consciente de la naturaleza amenazante de la comunicación que realiza. Al respecto, la Corte Suprema estableció que para dictar una condena por el mencionado delito no se debía requerir solo un estándar de negligencia; sino que el acusado haya transmitido una comunicación con el propósito de emitir una amenaza o con el conocimiento de que su comunicación será vista como tal por las personas a quienes va dirigida.

En este sentido, esta Corte Suprema empieza considerando que el delito de la 18 U.S.C. §875(c) no indica si el acusado tiene que intentar que la comunicación contenga una amenaza y, en general, no se logró establecer que en dicha sección haya el requerimiento de algún estado mental (o elemento subjetivo). Sin embargo, el hecho de que un texto normativo no requiera específicamente un elemento mental no significa que éste no exista; es decir, la omisión en una ley penal de alguna intención criminal no debe ser leída como la dispensa de ésta. Por el contrario, debe aplicarse el principio según el cual una conducta debe ser consciente para constituir un delito. La idea central es que el acusado debe poder ser reprochado en su aspecto mental antes de poder ser hallado culpable: debe determinarse la *mens rea requerida en el delito.*

La regla general, entonces, es que la "culpabilidad mental" es un elemento necesario en el enjuiciamiento y en la prueba de los delitos; por lo tanto, los estatutos criminales deben ser interpretados en el sentido que requieren un elemento mental, aun cuando textualmente no contengan ninguno. Ahora bien, cuando el estatuto guarda silencio respecto de qué elemento mental se requiere, éste debe ser leído como incluyendo el *mens rea* necesario para separar las conductas que deben ser criminalizadas o consideradas como delito de aquellas que deben ser inocentes. En algunos casos, el requerimiento del conocimiento al actuar será suficiente; pero donde dicho requerimiento falle en proteger a la persona inocente, entonces será necesario requerir una intención específica.

El elemento crucial que separa la conducta criminal de la inocente en el delito de la 18 U.S.C. §875(c) es la naturaleza amenazante de la comunicación transmitida; por lo que, el elemento mental a requerir debe aplicarse al hecho de que la comunicación contenga una amenaza. En consecuencia, se cumplirá con el requerimiento de un elemento mental, para este delito, si se determina que el acusado ha transmitido una comunicación con el propósito de emitir una amenaza o con el conocimiento de que su comunicación será vista como tal; y no si una persona razonable percibiría su comunicación como una amenaza, lo cual implica aplicar un estándar por negligencia.

De esta manera, la condena de Elonis se basó en un estándar similar al aplicable en la responsabilidad civil, pero que es inconsistente con el requerimiento de un elemento mental convencionalmente exigido para un delito; es decir, se basó solo en premisas relativas a cómo una persona razonable entendería sus *posts* (o a partir de un contexto), sin considerar algún elemento o estado mental de Elonis. En consecuencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la decisión de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito; y, por tanto, fijó como precedente que el delito de la 18 U.S.C. §875(c) requiere, respecto de su elemento mental, la prueba de que se haya transmitido una comunicación con el propósito de emitir una amenaza o con el conocimiento de que dicha comunicación será vista como tal.

3. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA COMO RASGO COMÚN DEL DERECHO PENAL

El principio de culpabilidad constituye un punto de encuentro para los sistemas penales de las sociedades occidentales; pues, si bien este es entendido de manera distinta según la teoría y el sistema de que se trate, existiendo variaciones respecto de su estricto contenido, siempre se entiende que su cumplimiento exige la determinación de un aspecto o lado subjetivo del hecho punible[4]. Por ello, este principio se encuentra vinculado con la proscripción de la responsabilidad objetiva en el derecho penal y con la función de la categoría dogmática de la culpabilidad como reprochabilidad personal por el injusto penal cometido[5].

De esta manera, respecto de este principio en la tradición jurídica europeo- continental, "tradicionalmente se incluyen en él dos exigencias de diversa naturaleza. Por una parte, la necesidad de que se requiera entre los presupuestos de la pena la concurrencia de dolo o imprudencia y se deje sin castigar el caso fortuito. Por otra parte, el postulado de que la pena se condicione a la posibilidad de reprochar el hecho a su autor, por ausencia de causas de inimputabilidad o de inculpabilidad" (MIR PUIG, 2003, pág. 136). La primera exigencia, precisamente, contiene las categorías de dolo e imprudencia que constituyen las formas del tipo subjetivo y que sirven de base para la fundamentación de la imputación subjetiva de un injusto penal.

4 En este sentido, George P. FLETCHER (1998, pág. 84), afirma: *"My claim is that all cultures of criminal law posit theories both of wrongdoing and attribution. They may not use this precise language, but the theories are implicit in the doctrines they use. Take, for example, the common law's reliance on the maxim: Actus non facit reus nisi mens sit rea. [There can be no criminal liability without the joinder of actus reus and mens rea.] In this formula the actus reus stands for the wrongful act, and mens reafor the criteria of attribution. In other words: there can no criminal liability without culpable (or blameworthy) wrongdoing".*

5 Al respecto, entre otros, en Guillermo J. YACOBUCCI (2002, págs. 315-318).

En la tradición jurídica anglosajona, tradicionalmente, la parte subjetiva del hecho constituye el requerimiento de *mens rea* para la configuración de un delito[6]. Este requerimiento general es individualizado de manera distinta en los diferentes sistemas penales que se encuentran bajo la influencia de esta tradición; sin embargo, en estos, los elementos de la imputación subjetiva no se hayan encuadrados en categorías tan definitivas como el dolo y la culpa, sino que existe una diversificación de elementos subjetivos generales junto con otros más específicos para algunos delitos. Por ejemplo, el *Model Penal Code* (1962) estadounidense propuso reformar el requerimiento de *mens rea* reduciéndolo a cuatro elementos subjetivos: propósito, conocimiento, indiferencia e imprudencia[7].

A pesar de estas diferencias, un aspecto común en los sistemas jurídicos occidentales consiste en que de los elementos subjetivos dependerá la mayor o menor gravedad de la responsabilidad por el hecho y, en consecuencia, de la graduación de la pena. Una pregunta central en el derecho penal de la tradición europeo-continental trata sobre por qué el delito doloso es castigado más gravosamente que el delito imprudente[8]; y, en el derecho penal de la tradición anglosajona se discute ampliamente qué casos pueden abarcarse en los elementos subjetivos de máxima gravedad como el de "intención" o "propósito"[9].

---

6 De acuerdo con John GARDNER (2012, págs. 62-63), respecto de los delitos de responsabilidad por *versari in re illicita*, "el principio relevante del derecho inglés es *actus non facit reum nisi mens sit rea*: no existe un acto culpable sin una mente culpable". Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el derecho penal de influencia anglosajona no se tiene un afán sistematizador de las categorías del delito; por ello, Rupert CROSS –citado por Carlos Santiago NINO (1980, pág. 107)–, sostiene que "no sólo la máxima *actus non facit reum, nisi mens sit rea* sirve al objetivo importante de enfatizar dos requerimientos básicos de responsabilidad penal, sino que sugiere también un esquema útil para analizar las definiciones de delitos específicos (...). Es, sin embargo, sumamente importante que no se deje que esta máxima se convierta en el dueño en vez de ser la herramienta del jurista penal. Una explicación perfectamente coherente del derecho penal puede darse sin ella, y algunas veces se pierde tiempo en la consideración de preguntas sin sentido concernientes al rubro bajo el cual deben discutirse incontrovertibles requisitos o excepciones de responsabilidad penal".

7 Véase de manera amplia en Larry ALEXANDER & Kimberly KESSLER FERZAN (2009, págs. 23-68), donde se señala que *"The Model Penal Code revolutionized mens rea by reducing mental-state terminology to four concepts: purpose, knowledge, recklessness, and negligence"*. Para un estudio de la imputación subjetiva en los sistemas penales de Estados Unidos y del Reino Unido, véase en Nicolás OXMAN (2013, págs. 139-194).

8 Algunas respuestas son desarrolladas en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 32-43), quien concluye que la fundamentación del mayor castigo en los delitos dolosos se encuentra en el fin preventivo general de la pena, pues "la diferencia entra la realización dolosa y al imprudente de un hecho es el basado en la negación de la vigencia de la norma como sentido expresado por la realización dolosa y en la pena como réplica a dicha negación"; siguiendo, en esta línea, la posición en Günther JAKOBS (1997b, págs. 127-146).

9 Véase, de manera amplia, en Carlos Santiago NINO (1980, págs. 130-152), quien concluye: "hay que buscar una fundamentación general del requisito de *mens rea* o de culpabilidad en el contexto de la justificación de la pena (...), la controversia sobre qué actitudes subjetivas deben exigirse para la responsabilidad penal no puede ser racionalmente decidida sin recurrir a una concepción general de índole valorativa acerca de las condiciones en que la imposición de una pena puede justificarse". En el derecho penal alemán, de acuerdo con Claus ROXIN (1997, pág. 308), "si se atribuye al tipo la misión de tipificar el contenido de merecimiento de pena del correspondiente delito (...), no se puede renunciar al dolo para perfilar el tipo delictivo: desde ese punto de vista unos daños dolosos son algo sustancialmente distinto que los daños imprudentes (impunes en Derecho alemán)".

Por ello, "la teoría continental del delito y la doctrina jurídica inglesa coinciden en que el máximo grado de responsabilidad para la comisión de ciertos delitos es atribuible al agente que obró con intención. Hay, sin embargo, en ambos contextos una importante controversia acerca de qué estados psíquicos constituyen intención y acerca de si el mismo grado de responsabilidad no puede también imputarse en casos en que la acción no fue intencional sino objeto de otra clase de actitudes que podrían equivaler a la intención" (NINO, 1980, pág. 130).

Sin embargo, nuevamente la exigencia de una responsabilidad penal (también) subjetiva es un rasgo común para distintos sistemas jurídico-penales[10]; de lo cual, se deriva que es igualmente común que la atribución de un delito a una persona implica la determinación de que ella realizó la conducta que se le imputa con algún elemento subjetivo. Además de ello, dada una relación entre el tipo subjetivo del injusto y la reprochabilidad penal, también es común que la gravedad de la pena dependerá de qué elemento subjetivo le es imputable a la conducta de la persona; e, inclusive, de ello también dependerá si la conducta puede ser reprochada penalmente al no existir, por ejemplo, modalidades imprudentes de muchos delitos[11].

4. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS COMO GRADUADORES DE LA PENA

En la doctrina penal influenciada por la tradición jurídica europeo-continental se tiene una clasificación tripartita del dolo según la cual este tiene como contenido tres clases: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual[12]. De similar manera, la imprudencia tiene como contenido las clases de imprudencia consciente e imprudencia inconsciente[13]. La distinción entre dolo e imprudencia dependerá de la determinación del límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Este problema teórico resulta de suma relevancia, pues "los resultados a los que se llegue en el análisis de los límites inferiores de tal concepto [del dolo] necesariamente deberán repercutir en su definición general. El debate sobre el dolo eventual es, por tanto, el debate sobre el concepto global de dolo" (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, pág. 51).

10 En esta línea, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano prescribe: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

11 El artículo 12 del Código Penal peruano prescribe: "Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".

12 Véase en Claus ROXIN (1997, pág. 415), y en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 44-52).

13 Véase en Percy GARCÍA CAVERO (2012, pág. 22), y en Claus ROXIN (1997, págs. 1018-1021

Existen varias propuestas teóricas que buscan resolver el problema de los límites inferiores del dolo; pero tradicionalmente pueden agruparse en dos líneas de pensamiento: las teorías de la voluntad y las teorías de la representación. El primer grupo de teorías se basa en la idea de que el dolo necesariamente presenta un elemento volitivo, por lo que todas sus formas lo presentan, inclusive los casos de dolo eventual al ser merecedores de la pena establecida por el delito doloso tendrían que requerir este elemento; por el contrario, el segundo grupo de teorías deja de lado la presunción de que el dolo siempre debe significar voluntad y busca otros presupuestos bajo los cuales puede considerarse que una conducta merezca la pena prevista para el delito doloso[14].

Sin embargo, con las teorías de la representación se correría el riesgo de ampliar excesivamente el ámbito de casos que podrían ser imputables a título de dolo; justamente, de manera opuesta a lo que ocurre con las teorías de la voluntad, las cuales conllevarían al riesgo de limitar en demasía los casos que deberían ser considerados bajo la imputación dolosa. Para poder superar los problemas de sobre o infra extensión que conllevan las teorías tradicionales se ha propuesto fundamentar el tipo subjetivo en el deber de evitación o evitabilidad individual, el cual otorga contenido normativo a la imputación subjetiva y, a su vez, posibilita la diferenciación entre dolo e imprudencia. Según este criterio, "la pena sólo puede ser impuesta si el autor hubiese podido y debido evitar la realización del tipo penal, de haber sido lo suficientemente fiel al Derecho en la medida garantizada por la pena" (KINDHÄUSER, 2005, pág. 39).

En este sentido, se parte de lo que el dolo y la imprudencia tienen en común, ambos se refieren a comportamientos evitables por la persona[15]. Es necesario determinar que el comportamiento del autor haya sido evitable para poder imputarle subjetivamente su actuación; puesto que, "en la medida que las consecuencias de los sucesos resultan en gran medida calculables, las personas tienen cierta capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación (...). Por el contrario, lo que es subjetivamente imprevisible resulta inevitable para el autor, por lo que no podrá configurar un hecho penalmente desvalorado" (GARCÍA CAVERO, 2012, pág. 26)[16].

Por tanto, la diferencia entre un comportamiento doloso y uno imprudente estará en el grado o nivel con el que se configure el deber de evitar la creación de un riesgo penalmente prohibido, lo cual dependerá

14 Con mayor amplitud en Percy GARCÍA CAVERO (2012, págs. 23-25), en Ramón RAGUÉS I VALLÉS (1999, págs. 53-81), y en Armando SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO (2018, págs. 440-448).

15 Al respecto, en Günther JAKOBS (1997c, págs. 154-155). De igual manera, un "presupuesto mínimo de una atribución más amplia que la del rol es, pues, la evitabilidad individual, siendo así que la individualización no debe ir referida a la disposición a esforzarse en la evitación, sino solo a la capacidad de rendimiento basada en la disposición, de hecho o supuesta. Lo cual, en este sentido, es inevitable. Con otras palabras: lo que no se ha realizado dolosa ni imprudentemente, no comporta responsabilidad" (JAKOBS, 1989, pág. 640).

16 Véase, también, en Urs KINDHÄUSER (2008, págs. 5-9; 2012, págs. 10-11).

de la cognoscibilidad sobre la ocurrencia más o menos probable de la conducta o de sus consecuencias[17]. Entonces, el elemento cognitivo es la base para toda forma de imputación subjetiva y es el punto de referencia para diferenciar entre dolo eventual y la imprudencia consciente (ambos de carácter sólo cognitivo); sin embargo, de ello no se sigue que otras formas de dolo y otros elementos subjetivos específicos no puedan definirse a través de un elemento volitivo normativizado[18].

En esta línea, "un autor actúa dolosamente si él, en atención a las circunstancias objetivas del hecho relevantes, obra con el grado de conocimiento, y dado el caso con la disposición volitiva, que requiere la definición objetiva de dolo que ha de ser aplicada" (KINDHÄUSER, 2008, pág. 5). Teniendo esto en cuenta, la distinción entre el dolo (con sus límites inferiores en el dolo eventual) y la imprudencia debe determinarse en una medición adecuada del grado de cognoscibilidad imputable; pero, esta determinación es un problema abierto en la dogmática jurídico-penal, pues depende de los criterios específicos que se tomen para realizar tal delimitación[19].

Sin perjuicio de lo anterior, resulta que la medición del grado de cognoscibilidad requerido por la parte subjetiva del tipo penal implica, a su vez, efectuar una graduación del merecimiento de pena de la conducta objeto de imputación subjetiva; de tal manera que, cuanto mayor sea el nivel de intensidad con el cual concurra el deber de evitar la realización del tipo penal mayor podrá ser la pena a imponerse. Inclusive, si el nivel o grado de este deber de evitación es bajo (corresponde a una imprudencia), en algunos casos, la conducta no podría ser sancionada penalmente al no preverse su modalidad imprudente.

En consecuencia, los elementos subjetivos del tipo penal funcionan como graduadores de la pena, pues preguntar por cuál de estos elementos es imputable implica decir qué pena merece la conducta objetivamente efectuada[20]. La respuesta debe basarse en la valoración dada por el legislador al establecer qué elemento subjetivo se exige en cada delito, siendo la regla general que el delito exija ser cometido a título de dolo. De esta manera, el dolo constituye una imputación subjetiva ordinaria, pues quien conoce (al menos, de manera probable) que puede encontrarse realizando un tipo penal claramente tiene la capacidad para evitarlo; y, la imprudencia constituye una imputación subjetiva extraordinaria, pues solo a quien no cumple con las exigencias de cuidado debidas para poder ser consciente de que se encontraría

17 De esta manera, "tanto el dolo como la culpa implican conocimiento, pero en grados distintos que provocan niveles diferenciados de evitabilidad" (GARCÍA CAVERO, 2012, pág. 27).

18 En esta línea, también, en Urs KINDHÄUSER (2012, págs. 15-16), y en Gabriel PÉREZ BARBERÁ (2011, págs. 686-691).

19 Respecto de los distintos criterios normativos para la distinción entre la imputación dolosa y la imprudente, en dicho sentido, véase en Armando SÁNCHEZ-MALAGA CARRILLO (2018, págs. 440-442).

20 No obstante, "el significado del dolo para el injusto no se debilita porque también resulte relevante desde el aspecto valorativo de la culpabilidad y que pueda ser co-influenciado por ella en la configuración de su contenido" (ROXIN, 1997, pág. 311).

realizando un tipo penal se le puede reprochar no haber tenido la capacidad de evitarlo[21].

Entonces, el fundamento de por qué la imputación dolosa tiene una pena más grave que la imprudente parte de la mayor intensidad con la que se configura el deber de evitación para la persona en el momento del injusto[22]. Luego, ¿por qué un mayor nivel de evitabilidad implica un mayor reproche penal? Porque la persona que realiza el tipo penal pese a que se le exigía el mayor deber de evitación: representa la creación de un peligro más grave contra los bienes jurídicos penalmente tutelados; representa un déficit mayor de fidelidad al derecho y representa una contradicción más clara contra la vigencia de la norma penal institucionalmente garantizada. Por lo tanto, en un primer plano, el legislador se encuentra habilitado para utilizar los elementos subjetivos como instrumentos de graduación de la pena; pero, en un segundo plano, la aplicación de la ley penal también tendrá que complementar esta tarea.

5. LAS FORMAS DE DOLO EN NUESTRO DERECHO PENAL

Como se mencionó anteriormente, el dolo tiene una clasificación tripartita: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual[23]. Esta clasificación debe mantenerse, al menos, porque "el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada 'intención (o propósito)' (...) o utiliza expresiones equivalentes ('para...'), y en otros casos, mediante el requisito de 'actuar a sabiendas' (...) o de actuar 'de mala fe', al menos excluye el dolo eventual"

21 Véase, sobre la imprudencia como imputación extraordinaria, en Urs KINDHÄUSER (2012, págs. 16-17). Asimismo, la imprudencia como título de imputación subjetiva "tiene por objeto un déficit de capacidad física o intelectual de evitación al momento de la decisión, que se sustenta en una falta de cuidado" (KINDHÄUSER, 2005, pág. 50). En otra terminología, la imprudencia es un caso de error de tipo punible; puesto que, pese a que el autor se encuentra en error o desconoce los hechos que constituyen el tipo penal, que se realizaría a través de su conducta, ésta le es imputable porque dicho defecto cognitivo es atribuible a su descuido, temeridad, indiferencia o imprudencia: él tenía un deber de cuidado que, si se hubiera seguido, no hubiera permanecido en desconocimiento o error. En esta línea, Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2014, págs. 101-102); y, una posición similar, en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 166-167), quien –siguiendo a Günther JAKOBS (1997b, págs. 127-146)–, parte de la distinción "entre *defectos volitivos y defectos cognitivos,* y por la afirmación de que quien actúa manifestando un defecto volitivo expresa con su actuación un sentido social de negación de una norma penal, mientras que quien lo hace inmerso en un defecto cognitivo actúa negando únicamente las inmutables reglas de la naturaleza. La anterior distinción se traduce en diferentes necesidades de réplica por parte del ordenamiento, que explican la diferencia de pena entre hechos dolosos (*defecto volitivo*) e imprudentes (*defecto cognitivo*)".

22 Debe recordarse, con Winfried HASSEMER (1990, pág. 915), la importancia de la pregunta sobre "cuál es la razón que justifica el que en nuestro Derecho Penal se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables".

23 Sin embargo, algunos de los autores que han optado por abandonar el elemento volitivo para la definición básica del dolo o del dolo eventual, han extendido dicha conclusión hacia la construcción de un concepto unitario del dolo, abandonando la distinción entre formas o clases de éste; véase, respecto de ello, en Ingeborg PUPPE (2014b, págs. 300-316), en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 177-186), y en Luis GRECO (2017, págs. 11-32).

(ROXIN, 1997, pág. 415)[24]. En este sentido, los tipos penales de la parte especial frecuentemente tipifican la clase de dolo que requieren para su realización, es decir, existen casos de dolo directo tipificado.

Esta práctica se encuentra justificada en el mismo sentido en el que el legislador se encuentra habilitado para utilizar los elementos subjetivos generales del dolo y la imprudencia para graduar el merecimiento de pena. De la misma manera en la que el legislador puede exigir el dolo y no menos (excluyendo la imprudencia) para que una conducta sea penalmente reprochable, también, puede exigir dolo directo de segundo grado y no menos (excluyendo dolo básico e imprudencia) para que una conducta puede ser objeto de reproche penal. Asimismo, la realización de la parte subjetiva de un tipo penal puede exigir dolo directo de primer grado y no menos, excluyendo otras formas de dolo y la imprudencia.

En este sentido, cuando un tipo penal no solo exige imputar un grado de cognoscibilidad de probabilidad, sino que de un conocimiento necesario o efectivo; entonces, se hace referencia a la configuración de un deber de evitación mayor y, en consecuencia, pasible de mayor reproche penal. De ello, se sigue que el comportamiento con dolo directo de segundo grado debe implicar una pena más grave que la de un comportamiento con dolo básico. De igual manera, cuando un tipo penal exige imputar una cognoscibilidad efectiva y una volición directa de su realización, entonces, por las mismas razones, el dolo directo de primer grado debe implicar una pena aún más grave.

Por lo tanto, la exigencia de dolo directo tipificado puede utilizarse para o implicar, por un lado, que se excluye la posibilidad de reprochar penalmente los comportamientos realizados con dolo básico o imprudencia; o, por otro lado, que el reproche penal debe ser mayor que en los casos de otras formas de imputación subjetiva también posibles, pues mientras más intenso sea el deber de evitación la pena podrá ser más grave. Ello dependerá de si el legislador mantiene la criminalización de los comportamientos en sus modalidades imprudentes o simples, es decir, pueden regularse dos tipos penales idénticos en su parte objetiva, pero que uno exija dolo; y el otro, dolo cualificado (con una pena más grave).

Ahora bien, es posible agrupar las clases de dolo entre aquellas en las que se requiere un elemento volitivo: dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado; y, con ello, separarlas del dolo básico o eventual, forma en la cual no se exige un elemento volitivo, sino que solo un elemento cognoscitivo en grado de probabilidad imputable. En los siguientes apartados se tratará de explicar en qué sentido el dolo directo siempre exige un elemento volitivo, partiendo de una definición de dolo básico que normalmente se le es atribuida al dolo eventual. Pero, con lo expuesto hasta ahora, puede

24 De igual manera, en Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, págs. 439-441). En el Código Penal peruano, por ejemplo: "El no casado que, *a sabiendas*, contrae matrimonio con persona casada" (artículo 140); y, "El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad *intencionalmente* y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa (artículo 438).

decirse que el dolo eventual constituye la base de la imputación subjetiva ordinaria y los dolos directos constituyen formas cualificadas del dolo; y, en este sentido, constituyen formas de evitabilidad individual cualificada donde se responde con un mayor reproche penal[25].

5.1. El dolo básico o eventual

El dolo eventual se define a partir del caso de la persona que considera seriamente la posibilidad de que con su conducta se realizará el tipo penal, pero se conforma con ello[26]. De similar manera, "actúa con dolo eventual el autor que es consciente del riesgo concreto e inmediato de lesionar el bien jurídico y que, a pesar de tener ese conocimiento, no renuncia a su plan" (OTTO, 2017, pág. 144). Ahora bien, como se ha adelantado, la definición del dolo eventual se ha convertido en la definición del dolo en lo que mínimamente puede exigirse para una imputación subjetiva ordinaria; por lo que su concepción normativa puede reformularse de acuerdo con ello.

Entonces, el dolo básico es el elemento subjetivo en el que se tipifica el aspecto del comportamiento de a quien le es imputable la competencia para cognoscer como probable que con este se encuentra realizando un tipo penal. O el dolo básico es la competencia de cognoscibilidad como probable respecto de la realización de un tipo penal mediante una clase de conducta o sus consecuencias. Esta competencia se determina a partir de indicadores o criterios objetivos, referidos al contexto y a la persona, desde lo cual se puede inferir que ella pudo y debía conocer como probable que su comportamiento implicaba la realización de un tipo penal[27].

Bajo esta concepción, un comportamiento doloso es tal solo por la concurrencia en el autor de la competencia para cognoscer los hechos constitutivos de la infracción penal; no siendo, en principio, necesaria la determinación de un elemento volitivo[28]. Asimismo, debe precisarse que el dolo como elemento subjetivo general del tipo penal no se identifica con el conocimiento[29]; pues, basta para

25 En esta línea, "los tipos de la Parte Especial generalmente no se conforman en la parte subjetiva con que concurra una acción de cierta clase (...), sino que requieren de *evitabilidad cualificada,* es decir, dolo (§ 15 StGB), o incluso dolo cualificado, bien referido a todo el tipo, bien a elementos singulares" (JAKOBS, 1997a, pág. 370).

26 En este sentido, en Johannes WESSELS, Werner BEULKE & Helmut SATZGER (2018, págs. 138-139), en Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, pág. 441), y en Fernando VILLAVICENCIO T. (2006, pág. 372).

27 En Armando SÁNCHEZ-MALAGA CARRILLO (2018, págs. 335-431) se propone una teoría del dolo como juicio subjetivo-normativo de imputación de las condiciones para el conocimiento a partir de indicadores.

28 Al respecto, en Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2005, págs. 99-103), en José Antonio CARO JOHN (2012, págs. 27-30), y, en Percy GARCÍA CAVERO (2019, págs. 507-510).

29 Respecto de que el dolo no es conocimiento, véase en Gabriel PÉREZ BARBERÁ (2011, págs. 635-650), en Armando SÁNCHEZ-MALAGA CARRILLO (2018, págs. 335-390).

tipificar el dolo que la persona haya tenido competencia para cognoscer como probable, es decir, que de acuerdo con premisas de carácter normativo se pueda seguir que le es atribuible a la persona haber podido y debido conocer como probable, no que efectivamente conocía. El tener la competencia para cognoscer como probable es un status normativo, mientras que tener el conocimiento de algo es un hecho psicológico[30].

Por lo tanto, el dolo se imputa no se prueba[31]. Para el dolo básico basta con imputar que la persona era competente para cognoscer como probable; pues, en estos casos, la configuración del deber de evitación es mayor que en los casos donde no es posible atribuir normativamente una cognoscibilidad de tal tipo, sino que solo una menor (imprudencia). Pero, de similar manera, el deber de evitación de a quien solo se le puede atribuir una competencia para cognoscer como probable es menor de a quien se le puede atribuir que efectivamente conocía que su comportamiento realizaría el tipo penal (dolo directo de segundo grado)[32].

La noción de probabilidad, tal como se encuentra siendo utilizada, constituye la razón por la cual se excluye la necesidad de comprobar algún hecho psicológico como el conocer en el caso del dolo básico. El "conocimiento de que un acontecimiento es probable" exige un análisis prevalentemente adscriptivo, pues constituye una abstracción respecto de la situación en la que se encuentra el sujeto que puede y debe conocer como probable la realización del tipo penal[33]; lo cual, justamente, es distinto a determinar lo que el sujeto realmente conocía. La imputación del dolo básico se reduce, entonces, a la imputación de la cognoscibilidad que debía tener el autor (de acuerdo con su competencia) respecto de la creación de un riesgo penalmente desvalorado y, en su caso, de sus consecuencias igualmente desvaloradas.

Ahora bien, lo anterior no es obstáculo para que al dolo básico se le agreguen elementos volitivos o una mayor intensidad en su elemento cognoscitivo, lo cual cualifica el título de imputación subjetiva

30 Es, por lo menos, una actitud intencional; y, en realidad, constituye un estado mental del sujeto que tiene una creencia.

31 De manera relevante, en la Sentencia de Apelación N° 06-2018/Ayacucho, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú señaló que: "El dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal (...), tratándose incluso de un juez, el conocimiento del Derecho está en función a su propio rol, a lo que se exige de él".

32 En sentido similar, Santiago MIR PUIG (2016, pág. 271) sostiene: "Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia *inevitable*, en el dolo eventual (o dolo condicionado) se le aparece como un resultado *posible* (eventual)".

33 Urs KINDHÄUSER (2005, pág. 49) sostiene que "actúa dolosamente quien no evita un comportamiento que conduce, con una probabilidad relevante para la decisión de un destinatario fiel a la norma, a la realización del tipo penal (...). Normativamente, hay que determinar qué grado de probabilidad en el juicio de prognosis del resultado configura el dolo". Por lo tanto, como se afirmó, determinar cuál es la probabilidad relevante exigible en estos casos constituye un análisis de carácter prevalentemente normativo en base a criterios o reglas de imputación.

a través de otras formas de dolo. Como se ha venido mostrando, el dolo directo de segundo grado es un caso de intensificación del elemento cognoscitivo que implicará la aparición de un elemento volitivo indirecto; y, el dolo directo de primer grado es un caso de adición estricta de un elemento volitivo directo[34]. En estos últimos casos, el autor no sólo era competente para cognoscer como probable que realiza el tipo penal, sino que actuará conociendo que su comportamiento hará ello o actuará para lograr realizarlo, poniendo de manifiesto un déficit mayor de fidelidad al derecho.

La diferenciación entre formas de dolo muestra que no todos los casos de comportamientos dolosos son igual de graves ni merecen una pena igual. Nuevamente, de similar manera en que los delitos imprudentes merecen una pena menor que los delitos dolosos, los delitos imputables a título de dolo básico merecen una pena menor que los delitos que exigen o son imputables a título de dolo directo. Identificar esto último dependerá de las exigencias que el legislador haya previsto en la parte subjetiva de los tipos penales y, en estricto, de que haya utilizado a los elementos subjetivos como graduadores de la pena de manera racional; sin embargo, resultará problemático encontrarse un caso en el que el legislador no ha determinado una graduación en tal sentido. De acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, en Elonis se está frente a un caso de este tipo.

5.2. El dolo directo de segundo grado

El dolo directo de segundo grado se define a partir del caso de la persona que conoce o prevé como algo seguro que su comportamiento tendrá como consecuencia la realización de un tipo penal[35]. Teniendo en cuenta la definición previa de dolo básico, el dolo directo de segundo grado constituye su concurrencia con una intensificación plena del grado de cognoscibilidad, "de forma tal que, en lugar de la suposición de un riesgo concreto, se exija certeza o conocimiento seguro de la entrada del resultado (...). El autor actuará con dolo directo respecto del resultado siempre que considere la realización de dicho resultado como una consecuencia segura de la conducta deseada" (KINDHÄUSER, 2012, págs. 15-16).

En este sentido, la presencia plena del elemento cognitivo no solo exige que la persona haya tenido la competencia para cognoscer como probable la realización del tipo penal, sino que efectivamente

34 Véase en Urs KINDHÄUSER (2005, págs. 49-50; 2012, págs. 15-16). En otro sentido, Günther JAKOBS (1997a, págs. 336-337) también sostiene que "el dolo eventual no basta en algunos delitos, en general o en relación con ciertos elementos del tipo, porque debe descartarse del tipo el comportamiento arriesgado aun de modo permitido. Ello se efectúa agudizando lo meramente doloso hasta exigir la actuación a sabiendas (...). En muchos casos se describe el dolo como relación de planeamiento, p. ej., con el concepto de intención o con la formulación 'para-infinitivo'".

35 En esta línea, en Johannes WESSELS, Werner BEULKE & Helmut SATZGER (2018, pág. 138), en Hans- Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, pág. 440), y en Santiago MIR PUIG (2016, pág. 271).

haya conocido que ello ocurriría[36]. Pero, a diferencia del dolo directo de primer grado, la persona no tiene el propósito o la intención de que se realice el tipo penal. De esta manera, ella solo tiene el conocimiento de que su comportamiento tendrá como consecuencia necesaria la realización del tipo penal; es decir, lo determinante en esta forma de dolo es que se tuvo conocimiento seguro de que el peligro o la lesión contra el bien jurídico se produciría al poner en marcha una conducta, sin importar que esta consecuencia no haya sido su finalidad principal. Por ello, este elemento subjetivo constituye un dolo de consecuencias necesarias[37].

Entonces, el dolo directo de segundo grado es el elemento subjetivo en el que se tipifica el aspecto del comportamiento de a quien le es imputable tener el conocimiento relevante de que con este se tendrá como consecuencia necesaria la realización de un tipo penal. En esta definición se configura un elemento volitivo de manera indirecta; puesto que "'las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias' (RGSt 5, 314 ss., 317)" (ROXIN, 1997, pág. 424). Se comprende que si la realización del tipo penal se asume como una consecuencia necesaria para que la persona pueda llevar a cabo su comportamiento, entonces, ella actuó con un elemento volitivo indirecto respecto de la realización de dicha consecuencia.

En este sentido, el elemento volitivo del comportamiento no se encuentra referido directamente a la realización del tipo penal; sino a que entre sus consecuencias secundarias se requería realizar el tipo penal y, pese a tener este conocimiento, no se evitó llevar a cabo el comportamiento[38]. Por lo tanto, la persona tuvo que intentar realizar el tipo penal para lograr llevar a cabo lo que finalmente pretendía hacer. Por ejemplo, si una persona intenta lograr una meta o un fin determinado, pero conoce que para ello necesariamente se tendrá que lesionar un bien jurídico; entonces, indirectamente tendrá que intentar lesionar el bien jurídico para poder llegar a su meta predeterminada.

---

36 Asumo que la competencia para cognoscer algo solo puede ser como probable (dolo básico) o como improbable (imprudencia); por lo que, intensificar el elemento cognoscitivo también implica dejar de preguntar si la persona era competente para cognoscer y empezar a preguntar si conocía realmente.

37 Al respecto, Carlos Santiago NINO (1980, pág. 132) recalca que "no se discute la primera desviación del caso central de dolo, que implica hacer responsable a alguien por las consecuencias necesarias previstas de su acción intencional, aunque el agente no las desee y aunque prefiera que no ocurran. Esta clase de dolo se denomina 'dolo de consecuencias necesarias'". Véase, también, en Rafael BERRUEZO (2012, págs. 141-142), y en Felipe VILLAVICENCIO T. (2006, págs. 369-370).

38 En relación con ello, Günther JAKOBS (1997a, pág. 324) sostiene que "esta forma de dolo se caracteriza por el hecho de que el autor se ha distanciado del todo intelectualmente de la evitación de la realización del tipo: Bien es verdad que no quiere la realización del tipo, pero se da cuenta de que su evitación es incompatible con aquello que quiere. El desmarcarse de la evitación puede verificarse, por una parte, de modo que el autor contemple el resultado típico como forzosamente vinculado a la *ejecución de la acción* querida; entonces el resultado, tal como actúa, es para él seguro".

Bajo esta perspectiva, se puede decir que en el comportamiento con dolo directo de segundo grado se tiene una intención oblicua[39]; puesto que, una consecuencia necesaria o que, por ejemplo, se ve como virtualmente cierta[40] es una consecuencia intentada de acuerdo con el principio de transmisión de la intención. Es decir, según el principio lógico que permite establecer que si la persona tiene la intención de hacer A, pero B es una consecuencia necesaria de que suceda A o un requisito necesario para que suceda A; entonces, en ambos casos, la persona no puede intentar directamente A sin intentar oblicuamente B[41].

La aparición de una intención oblicua en el dolo directo de segundo grado explica y justifica un mayor reproche penal, pero no exige la determinación de una intención específica. Lo normativamente relevante es que el comportamiento se llevó a cabo con el conocimiento de que se realizaría el tipo penal y la persona no evitó que ello sucediera. El deber de evitación se configuró de manera clara (con conocimiento efectivo) sobre la decisión de la persona de realizar o no su comportamiento, pero ella lo infringió a través de la intención oblicua de realizar un tipo penal con su comportamiento. El reproche penal, por tanto, es mayor que en el dolo básico; lo cual es compatible con nuestra intuición de que las conductas intentadas que causan un mal merecen mayor reproche que aquellas que solo lo hacen de manera previsible[42].

Ahora bien, tener el conocimiento de algo es un hecho psicológico, por lo que la exigencia de dolo directo de segundo grado para un delito tiene como consecuencia, en un caso concreto, que se deba probar que la persona tenía el conocimiento requerido[43]. Por ello, también se puede caracterizar a esta forma de dolo como el actuar "a sabiendas" de que el comportamiento realizará el tipo penal[44]. Sin embargo, nuevamente, el dolo se imputa no se prueba; por lo que, en un proceso penal, se tendrá

39 Sobre la definición de intención oblicua de acuerdo con una explicación teleológica de la acción, véase en Georg VON WRIGHT (1979, págs. 107-110); y una redefinición de ésta de acuerdo con la doctrina del doble efecto, en María Laura MANRIQUE PÉREZ (2012, págs. 140-145).

40 De manera relevante, la Cámara de Lores del Reino Unido fijó como precedente, en el caso Woollin [1999] y ratificando lo establecido en el caso Nedrick [1986], que el requisito subjetivo en los casos de homicidio intencional era determinar que el acusado tenía la intención de que sucedieran los resultados muerte o grave lesión corporal; debiendo entenderse esta intención necesaria en el sentido que, para el acusado, al menos era virtualmente cierto (*virtually certain*) que estos resultados iban a ocurrir con su comportamiento.

41 Sobre los principios lógicos de la intención a partir de la filosofía de la acción, véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003, págs. 675-676).

42 De manera similar, a partir de la doctrina del doble efecto, véase en María Laura MANRIQUE PÉREZ (2012, págs. 250-255).

43 En general, sobre la prueba de los datos empíricos que realizan el dolo véase en Gabriel PÉREZ BARBERÁ (2011, págs. 702-744). Asumo, en esta línea, que los hechos psicológicos son realmente hechos y, por tanto, el enunciado que los describe es materia de prueba; para lo cual, a su vez, adopto una tesis materialista no reduccionista en filosofía de la mente y una tesis realista no ingenua en epistemología.

44 Al respecto, en Harro OTTO (2017, págs. 142-143), quien señala: "actúa a sabiendas el autor que no solo es consciente del riesgo inmediato y concreto de lesionar el bien jurídico, sino que además prevé como segura la realización del peligro y, no obstante, actúa".

que descubrir y probar lo que la persona efectivamente conocía; para, luego, determinar si lo que la persona conocía puede tipificarse al dolo directo de segundo grado.

De esta manera, el tipo penal que exige realizarse con dolo directo de segundo grado constituye un caso genérico de una conducta realizada "teniendo un conocimiento relevante"; y un caso particular de una conducta que tuvo un conocimiento específico debe ejemplificar el caso genérico en cuestión para tipificarse en el tipo penal con dolo directo de segundo grado. Por ejemplo, una persona que conoce que su comportamiento tiene como consecuencia necesaria la muerte de otra persona tiene el conocimiento relevante exigido por esta forma de dolo en el delito de homicidio. Entonces, la fórmula de "tener un conocimiento relevante" constituye una exigencia normativa y de valoración respecto del conocimiento efectivo que tuvo la persona al realizar un comportamiento.

El hecho psicológico de tener un conocimiento solo es relevante para el derecho penal en tanto pueda tipificarse en el elemento subjetivo de un tipo penal; lo cual implica realizar una desvaloración del aspecto subjetivo del comportamiento de una persona. Por ello no es posible identificar el conocimiento con el dolo directo de segundo grado y, en consecuencia, debe completarse el abandono de la definición de cualquier forma de dolo como estado mental[45]. Sin perjuicio de que el lenguaje psicológico, irreductible y referente a la realidad, deba ser utilizado para hablar respecto de los casos que tipifican el dolo directo.

Teniendo en cuenta esto, observamos que en el caso *Elonis* la Corte Suprema de los Estados Unidos fijó como elemento subjetivo mínimo para el delito federal de amenazas del 18 U.S.C. §875(c) que este sea realizado al menos con dolo directo de segundo grado; pues, por lo menos, exige que la persona haya realizado la comunicación con el conocimiento de que ésta será vista como una amenaza por parte de la víctima. Esta traducción entre sistemas penales claramente no es exacta, pero muestra como entendimiento común que criminalizar algunas conductas requiere exigir dolo directo y no menos.

5.3. El dolo directo de primer grado

El dolo directo de primer grado se define a partir del caso de la persona que con su comportamiento persigue o busca la realización del tipo penal[46]. Teniendo en cuenta las definiciones previas de dolo básico y de dolo directo de segundo grado, el dolo directo de primer grado constituye su concurrencia con una intensificación plena del elemento volitivo; de tal forma que "el autor actuará

45 Un importante trabajo al respecto en Gabriel PÉREZ BARBERÁ (2011). De manera distinta, partiendo de una tesis materialista reduccionista

46 Véase en Johannes WESSELS, Werner BEULKE & Helmut SATZGER (2018, pág. 136), en Hans- Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, pág. 438), en Claus ROXIN (1997, págs. 417-418), y en Santiago MIR PUIG (2016, págs. 270-271).

con intención respecto del resultado siempre que, considerándola como una consecuencia posible –en el sentido de un riesgo concreto– de la conducta deseada, persiga la realización de dicho resultado" (KINDHÄUSER, 2012, pág. 16).

Entonces, en esta forma de dolo no solo se exige que la persona haya tenido el conocimiento relevante de que su comportamiento realizaría el tipo penal, sino que ella haya tenido el propósito de que su comportamiento implicara la realización del tipo penal. Por ello, inclusive, se alude a este elemento subjetivo expresamente como el de "intención"[47]. Sin embargo, como se ha venido argumentando, los elementos subjetivos del tipo penal no se identifican con hechos psicológicos; aunque, algunos puedan requerir que estos últimos sean probados a fin de que les sean tipificados como parte de la desvaloración del aspecto subjetivo del comportamiento en la imputación del injusto.

De esta manera, el dolo directo de primer grado requiere que la persona haya tenido una intención específica al realizar su comportamiento; pero, el tener una intención constituye un hecho psicológico que puede o no ser típico de esta forma de dolo. Ello dependerá del resultado de una calificación jurídica o juicio normativo de imputación, que solo puede realizarse de manera adecuada después de que se haya probado cuál fue la intención que realmente tenía la persona al realizar su comportamiento[48]. De manera similar que en la fórmula de "tener un conocimiento relevante" ya comentada, el dolo directo de primer grado contiene en su definición la fórmula "tener una intención relevante" con las mismas consecuencias.

En este sentido, el dolo directo de primer grado es el elemento subjetivo en el que se tipifica el aspecto del comportamiento de a quien le es imputable tener la intención relevante de que con este podía realizar un tipo penal. No debe entenderse que esta forma de dolo requiere que la persona intentara, literalmente o en abstracto, realizar un tipo penal o un delito. El tener la intención relevante se refiere a que, en el comportamiento de la persona, el objeto de su intención era lograr un caso particular que puede ejemplificar (calificarse como) la creación de un riesgo típico y, en su caso, de un resultado típico. Es decir, lo relevante no es que la persona intentará cometer un delito de homicidio; sino que, en su comportamiento, por ejemplo, tuviera la intención de disparar a otra persona y matarla.

---

47 En el derecho penal alemán se utiliza la expresión *Abischt* que es traducida directamente como "intención o propósito", véase la nota del traductor en Claus ROXIN (1997, pág. 415).

48 48 Teniendo en cuenta los presupuestos filosóficos ya asumidos, la prueba de los hechos psicológicos, entre estos de la intención, no es sustancialmente distinta de la prueba de los hechos externos; puesto que, en ambos casos, se utilizará un razonamiento inductivo falible e imperfecto, pero capaz de alcanzar una verdad como adecuación aproximativa a la realidad. Y, sólo existirá una diferencia en relación con el procedimiento probatorio, puesto que la prueba de una intención siempre requerirá de un procedimiento probatorio indiciario o indirecto; lo cual, sí es capaz de alcanzar el estándar de prueba objetivo establecido para una condena en el proceso penal. Respecto de este problema, véase en Daniel GONZÁLES LAGIER (2003; 2005; 2006).

Ahora bien, en sentido general, la intención es un elemento de la estructura de la acción humana que vincula el ámbito interno de las razones para hacer algo con su efectiva realización[49]. De esta manera, la intención es una determinante del comportamiento que explica qué hizo la persona de acuerdo con la idea de que hacemos movimientos corporales para lograr cambios o efectos en el mundo. El objeto directo de una intención tiene como contenido el cambio o efecto que buscamos realizar al poner en marcha un determinado comportamiento con las correspondientes acciones necesarias para ello. Por lo que, un comportamiento se realiza con intención directa cuando se tenía por objeto hacer la acción y lograr su resultado.

En esta línea, se puede decir que en el comportamiento con dolo directo de primer grado se tiene una intención directa. A diferencia de la intención oblicua, que se deriva de un principio lógico de la acción en base al conocimiento, en la intención directa se observa la búsqueda de la realización de los actos que implicarían la realización del tipo penal. Entonces, en estos casos, el deber de evitación se configura con la mayor intensidad del dolo y se infringiría de manera más grave; puesto que, pese a que la persona tiene el deber de evitar llevar a cabo el comportamiento que realizará un tipo penal, ella actúa con el conocimiento necesario y la intención directa de que esto suceda.

Esto debe precisarse recordando que tener una intención es distinto a tener un deseo, querer algo o a actuar bajo un motivo. Una persona puede intentar realizar algo (hacer una determinada acción y lograr un resultado), pero no desear ni la acción ni su resultado; esto es posible, porque desear puede ser una razón para intentar, pero no todo lo que se intenta es deseado ni el deseo por algo implica que ello pueda ser intentado[50]. De igual manera, querer implicar valorar algo en un sentido "mucho más interno" para la persona, lo cual puede contribuir a tener el deseo o la intención de hacer algo; pero, perfectamente se puede intentar hacer una acción sin quererla. No queremos todo lo que intentamos, pues a veces guiamos nuestra conducta por mejores motivos que nuestras propias valoraciones; por ejemplo, seguimos reglas.

Asimismo, si las intenciones pueden caracterizarse por ser determinantes de la acción, entonces, los motivos son determinantes de las intenciones; por tanto, son determinantes de determinantes. Mientras que identificar la intención explica teleológicamente qué hizo una persona, identificar los

49 Véase, de manera amplia, en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2013, págs. 136-149)

50 Sobre la diferencia entre tener un deseo y tener una intención, véase en Carlos J. MOYA (1990, págs. 136-138), en Georg VON WRIGHT (1979, págs. 120-121), y en Donald DAVIDSON (1995, págs. 128-129). En esta línea, podemos desear cosas respecto de las cuales no podemos tener una intención; por ejemplo, una persona puede desear ser una entidad líquida, aun sabiendo que no puede intentar hacer algo para realizarlo, una "intención" de tal tipo carece de contenido. Además, mientras que la intención compromete a la persona que la tiene con su contenido, con "intentar hacer algo", los deseos son no concluyentes respecto de ello. Es decir, desear algo no compromete a hacer alguna acción para lograr lo que se desea; por lo tanto, el deseo es mejor entendido como uno de los factores o, inclusive, razones para tener una intención, pero no debe confundírsele con la intención misma.

motivos responde a la pregunta de por qué la persona hizo un comportamiento[51]. Entonces, los motivos juegan un papel distinto en la explicación de una acción y son distintos a la intención; a pesar de que, en el análisis de un comportamiento en concreto, si las motivaciones del actuar son claras también lo será la intención con la que se actuó. Esto se debe a que las razones para actuar son un conjunto complejo que determina la acción, pero no implica la imposibilidad de distinguir una explicación intencional (*qué)* de una explicación motivacional (*por qué*)[52].

Bajo estas precisiones, si el comportamiento que realizó un tipo penal se hizo con intención directa respecto este, entonces, puede merecer un mayor reproche penal. Si una de las funciones del derecho consiste en institucionalizar reglas de conducta como directivas para el comportamiento de las personas, es decir, si el derecho pretende que las personas se comporten de acuerdo con sus normas; entonces, realizar un tipo penal mediante un comportamiento con intención directa implica rechazar esta pretensión. Puesto que, actuar de este modo no solo significa comportarse de manera no conforme a derecho; sino que implica tener el propósito de no hacerlo.

En el marco de una teoría preventiva de la pena, si lo que se busca es normativamente el reforzamiento de la norma penal infringida a través de la negación de la defraudación de la expectativa normativa correlativa, o empíricamente disuadir a otras personas que no realicen conductas delictivas que lesionen o hagan peligrar los bienes jurídicos de otras; y, si cuando una persona realiza un comportamiento que realiza un tipo penal con intención directa se comunica una defraudación normativa más intensa e implica un mayor peligro o el aseguramiento de la lesión de un bien jurídico; entonces, los casos de comportamientos con dolo directo de primer grado pueden ser sancionados con una pena más grave que en aquellos (aunque objetivamente similares) realizados con otra forma de dolo.

Esto no significa que el comportamiento con intención directa sea el caso paradigmático de atribución de responsabilidad penal, solo implica que la configuración de la forma más grave de dolo es tipificada por ésta al mostrar una forma claramente contraria de fidelidad al derecho[53]. Algo similar puede suceder con los elementos subjetivos adicionales al dolo; puesto que, en ciertos casos,

51 Un tratamiento similar en María Laura MANRIQUE (2019, págs. 194-199).

52 Por otro lado, existe un debate importante respecto de si los motivos desvalorables deberían implicar un mayor reproche penal cuando se encuentran en un comportamiento que realiza un tipo penal; al respecto, véase en José MILTON PERALTA (2012), en María Laura MANRIQUE (2019), y en Carlos Santiago NINO (1980, págs. 385-391). En todo caso, queda claro que los motivos o móviles no forman parte del dolo directo de primer grado. No importa qué fines ulteriores haya tenido la persona para realizar la conducta o si ha buscado otros fines debido a distintos tipos de motivaciones; en relación con ello, véase en Claus ROXIN (1997, págs. 418-419), en Harro OTTO (2017, págs. 141-42), y en Rafael BERRUEZO (2012, págs. 1140- 141).

53 Sobre la relación entre intención y castigo, véase en Herbert L. A. HART (2019, págs. 129-144).

requieren que se verifique una intención específica. Sin embargo, el tratamiento deber ser distinto[54]; en realidad, el elemento subjetivo puede adicionarse a cualquiera de las tres formas de dolo, inclusive, cuando se trata de la exigencia de otra intención específica.

Por ejemplo, un elemento subjetivo adicional puede requerir que en él se tipifique el aspecto del comportamiento de a quien le es imputable tener la intención posterior para una finalidad relevante en la realización de un tipo penal. En el artículo 296 del Código Penal peruano existe un delito de posesión ilícita de drogas: "El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito"; y, este delito requiere un elemento subjetivo adicional al dolo respecto del destino de la droga poseída. Bajo una interpretación posible de esta disposición normativa[55], se exige que la persona posea la droga para traficarla ilícitamente y no con otra intención; sin embargo, este es un tipo de intención distinta a las anteriormente descritas, pues se caracteriza por ir más allá del comportamiento (la acción y el resultado) hacia una finalidad posterior a este, es una intención posterior a la acción[56]. Por tanto, el dolo directo no puede confundirse con los elementos subjetivos adicionales.

De acuerdo con lo descrito, observamos que en el caso *Elonis* la Corte Suprema de los Estados Unidos fijó como elemento subjetivo suficiente para el delito federal de amenazas del 18 U.S.C. §875(c) que este sea realizado con dolo directo de primer grado; pues, exige que la persona haya realizado la comunicación con el propósito de emitir una amenaza contra la víctima. Una vez más, esta traducción entre sistemas penales no es exacta, pero también muestra que es un entendimiento común que criminalizar algunas conductas requiere exigir dolo directo y no menos.

---

54 En esta línea, Johannes WESSELS, Werner BEULKE & Helmut SATZGER (2018, pág. 137) sostienen: "Las intenciones especiales mencionadas en los preceptos penales individuales (...) no son idénticas a la intención como forma de dolo. Aquellas constituyen elementos subjetivos del tipo con carácter independiente". Principalmente, debe recordarse que el dolo tiene como referencia a todo el tipo objetivo, mientras que los elementos subjetivos adicionales pueden tener otra referencia; pero, estos elementos sí constituyen un "*plus* en relación con los requisitos mínimos de una acción [que] pertenece al tipo de injusto, dado que en tales casos no se puede determinar el injusto típico jurídico-penal sin las cualificaciones de la evitabilidad" (JAKOBS, 1997a, pág. 370).

55 El elemento subjetivo adicional de este tipo penal debe identificarse en concordancia con el artículo 299 del Código Penal peruano: "No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas".

56 Respecto de la intención posterior, véanse las clasificaciones en Herbert L. A. HART (2019, págs. 131- 135), y en Carlos Santiago NINO (1987, págs. 68-72).

6. SOBRE EL CASO *ELONIS*

El problema que muestra *Elonis* radica en la falta de previsión del elemento subjetivo que debía exigirse en la realización del tipo penal para que el comportamiento sea penalmente reprochable. Como se ha visto, el legislador puede establecer que la realización de un determinado comportamiento no es penalmente reprochable si no se realizó con dolo directo (de segundo o primer grado)[57]. Esto implica valorar que un comportamiento que no se hizo, al menos, con un conocimiento efectivo no debe ser castigado penalmente. Es decir, no se configuraría el deber de evitar el comportamiento que realizaría el tipo penal a menos de que la persona tuviera el conocimiento relevante respecto de que ello sucedería; y, ciertamente, ello se encuentra vinculado a que en ciertos ámbitos de la interacción social resulta necesario "no extender tanto" lo que es penalmente prohibido.

Sin embargo, es perfectamente posible que el legislador falle en la tarea de establecer una exigencia necesaria de dolo cualificado. Eso implica que las razones por las cuales se debe exigir una forma de cualificación de la evitabilidad se pueden identificar en un nivel distinto que en el de la ley penal, por medio de criterios de política-criminal y de principios constitucionales. En el caso *Elonis*, la Corte Suprema de los Estados Unidos identificó dichas razones en su sistema jurídico para el delito de amenazas del 18 U.S.C. §875(c), haciendo suya la tarea de determinar cuál era el *mens rea* necesario para separar las conductas que deben ser criminalizadas por este delito de aquellas que deben considerarse inocentes.

Ahora bien, entre las muchas razones que pueden entrar en juego para la exigencia de alguna forma de dolo cualificado resulta relevante mencionar dos. Primero, la tolerancia al riesgo para maximizar los valores en determinadas relaciones sociales; por ejemplo, las personas pueden hacer ejercicio de su libertad de expresión de mejor manera si no temen que serán sancionadas penalmente si con sus palabras afectan eventualmente a otras personas. Segundo, la maximización del autocontrol de las personas como valor social; por ejemplo, las personas solo podrían determinarse a sí mismas actuando de acuerdo con sus propias elecciones si, en cierto tipo de relaciones sociales, se les deja mayor espacio para incurrir en errores como en la práctica de expresar las propias opiniones, inclusive, aceptando el riesgo de afectar eventualmente a otras personas[58].

---

57 "El dolo eventual no basta en algunos delitos, en general o en relación con ciertos elementos del tipo, porque debe descartarse del tipo el comportamiento arriesgado aun de modo permitido. Ello se efectúa agudizando lo meramente doloso hasta exigir la actuación a sabiendas" (JAKOBS, 1997a, pág. 336)

58 Respecto del valor del autocontrol de la persona en un sistema penal, véase en Herbert L. A. HART (2019, págs. 174-179), quien argumenta: "incluso si las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona cuyas elecciones son correctas y que ha hecho todo lo que puede, para respetar la ley, no sufrirá castigo. Nuestro sistema no interferirá hasta que se causase daño y quedase probado que se había cometido con la correspondiente mens rea. Pero el riesgo que se acepta aquí no se hace por nada. Es el precio que se paga por el reconocimiento general de que el destino de una persona debería depender de su elección y esto implica fomentar la virtud social primordial del autocontrol".

Pero, el problema no solo recae en la identificación del tipo de razones mencionadas; sino que, también, en responder si es legítimo que los tribunales puedan exigir un elemento subjetivo o dolo directo cuando el legislador no lo ha establecido expresamente. En el sistema jurídico estadounidense, para el tratamiento de los elementos subjetivos, se busca la aplicación de principios constitucionales que justifiquen la criminalización de determinadas conductas de acuerdo con estándares más gravosos que en otras formas de prohibición jurídicas; de tal manera, que es la aplicación de estos principios lo que justifica cualificar la exigencia subjetiva en ciertos delitos inclusive cuando el legislador no ha establecido expresamente cuál debe ser esta exigencia.

De esta manera, en *Elonis*, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que, a pesar de que en un texto normativo que define un delito no se establezca un elemento subjetivo, el juez debe integrar la norma penal con la aplicación del principio según el cual toda culpabilidad requiere la determinación de un *mens rea*; y, en consecuencia, encontrar el elemento subjetivo requerido en el delito. En el derecho penal peruano, bajo una primera impresión, se negaría la posibilidad de una integración de tal tipo; sin embargo, identificar la forma de dolo que exige un tipo penal puede comprenderse mejor en nuestro ámbito como la interpretación de la disposición normativa que regula el delito de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad penal.

Por ejemplo, en la sentencia de casación N° 446-2016/Ancash, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú interpretó la disposición normativa que regula el delito de violencia contra la autoridad agravada, como si su tipo penal solo pudiera realizarse con dolo directo; debido a que las formas comisivas descritas en su tipo objetivo de utilizar violencia o amenaza para impedir, estorbar u obligar, implicarían la necesidad de que ello se realice al menos con dolo directo de segundo grado. Asimismo, en el recurso de nulidad N° 1334-2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú identificó que el delito de homicidio por ferocidad exigía que el comportamiento se realizará con dolo directo; por lo que, al solo determinarse dolo eventual en el caso en concreto, se calificó el comportamiento como un delito de homicidio simple.

Entonces, la identificación de la forma de dolo requerida por un tipo penal constituye una práctica que parte de la interpretación de la disposición normativa que regula el delito; pero que, teniendo en cuenta lo argumentado, debe necesariamente fundarse en las razones que justifiquen la cualificación de la evitabilidad individual en los casos genéricos que constituyen la extensión del tipo penal en cuestión. Es decir, más allá de los términos expresos "a sabiendas" o "intencionalmente", la identificación de un dolo directo tipificado debe partir de una comprensión completa de las exigencias del tipo penal y de las razones que pueden entrar en juego para la mejor interpretación de la norma penal; como, por ejemplo, la tolerancia al riesgo para maximizar los valores en determinadas relaciones sociales o la maximización del autocontrol de las personas como valor social.

7. CONCLUSIONES

Respecto de las formas de dolo se concluye que actúa con dolo básico quien tiene la competencia para cognoscer como probable que su comportamiento crea un riesgo típico que pone en peligro o lesiona un bien jurídico; actúa con dolo directo de segundo grado quien tiene el conocimiento relevante de que su comportamiento crea un riesgo típico que pone en peligro o lesiona un bien jurídico; y actúa con dolo directo de primer grado quien tiene la intención relevante de que su comportamiento cree un riesgo típico que pone en peligro o lesiona un bien jurídico.

Respecto de la determinación del dolo directo se concluye que es necesario seguir algún esquema del siguiente tipo: primero, identificar cuál es la forma de dolo que admite expresamente el tipo penal en concreto; segundo, interpretar las exigencias subjetivo-normativas del tipo penal de acuerdo con las razones que justifican un castigo penal solo en casos de dolo directo; tercero, probar los hechos psicológicos que requiere la forma dolo directo en cuestión; y, cuarto, imputar el dolo directo en base a los hechos comprobados.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, L., & KESSLER FERZAN, K. (2009). *Crime and Culpability. A theory of criminal law.* Cambridge: Cambridge University Press.

BERRUEZO, R. (2012). El tipo subjetivo: el dolo. En *Imputación subjetiva. Seis aportes al debate jurídico-penal contemporáneo* (págs. 123-147). Lima: ARA Editores.

CARO JOHN, J. A. (2012). La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo. *Derecho & Sociedad(*39), 22-34.

DAVIDSON, D. (1995). Tener la intención. En *Ensayos sobre acciones y sucesos* (I. d. México, Trad., págs. 107-129). México: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2014). Mejor no saber... más: sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en derecho penal. *Discusiones*(13), 101-138.

FLETCHER, G. P. (1998). *Basic concepts of criminal law.* New York: Oxford University Press.

GARCÍA CAVERO, P. (2012). La imputación subjetiva en el derecho penal. En *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo* (págs. 13-28). Lima: ARA Editores.

GARCÍA CAVERO, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (Tercera ed.). Lima: Ideas Solución Editorial.

GARDNER, J. (2012). Racionalidad y estado de derecho en los delitos contra las personas. En *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (J. M. Peralta, Trad., págs. 55-77). Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003). Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(26), 635-685.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2005). La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima. En *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (págs. 189-228). Lima: Palestra Editores.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2006). La prueba de la intención y la explicación de la acción humana. *Isegoría*(35), 173-192.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2013). *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía (*Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

GRECO, L. (2017). Dolo sin voluntad (E. Alemán, Trad.). *Nuevo Foro Penal*(88), 10-38. HART, H. L. (2019). *Castigo y responsabilidad. Ensayos de filosofía del derecho.* (J. Barja de Quiroga, & L. García-Comendador Alonso, Trads.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

HASSEMER, W. (1990). Los elementos característicos del dolo (M. D. Díaz Pita, Trad.). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 43-3, 909-932.

JAKOBS, G. (1989). Sobre la funcion de la parte subjetiva del delito en derecho penal (J. Cuello Contreras, Trad.). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*(42- 2), 633-652.

JAKOBS, G. (1997a). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Segunda ed.). (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano Gonzales de Murillo, Trads.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

JAKOBS, G. (1997b). Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. *En Estudios de derecho penal* (C. J. Suárez González, Trad., págs. 127-146). Madrid: Editorial Civitas.

JAKOBS, G. (1997c). Comportamiento evitable y sistema del derecho penal. En *Estudios de derecho penal* (M. Cancio Meliá, Trad., págs. 147-165). Madrid: Editorial Civitas.

JESCHECK, H.-H., & WEIGEND, T. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte general* (Vol. I). (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.

KINDHÄUSER, U. (2005). ¿Indiferencia como dolo? En *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial* (P. García Cavero, Trad., págs. 33-54). Lima: ARA Editores.

KINDHÄUSER, U. (2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva (J. P. Mañalich Raffo, Trad.). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*(4), 1-35.

KINDHÄUSER, U. (2012). *Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia* (O. H. De la Vega M., Trad.). Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo(4-7), 8-18.

MANRIQUE PÉREZ, M. L. (2012). *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables. Madrid: Marcial Pons,* Ediciones Jurídicas y Sociales.

MANRIQUE, M. L. (2019). Delitos de odio y motivos emocionales. *Análisis Filosófico,* XXXIX(2), 191-220.

MIR PUIG, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.

MIR PUIG, S. (2016). *Derecho penal. Parte general* (Décima ed.). Barcelona: Editorial Reppertor.

MOYA, C. J. (1990). *The philosophy of action. An introduction.* Cambridge: Polity Press.

NINO, C. S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito.* (G. R. Navarro, Trad.) Buenos Aires: Editorial Astrea.

NINO, C. S. (1987). *Introducción a la filosofía de la acción humana.* Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA).

OTTO, H. (2017). *Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal.* (J. R. Béguelin, Trad.) Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

OXMAN VILCHES, N. (2013). *Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón.* Ius et Praxis(19-1), 139-194.

PERALTA, J. M. (2012). *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

PÉREZ BARBERÁ, G. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental.* Buenos Aires: Hammurabi. PORCIÚNCULA, J. C. (2014). *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno.* Barcelona: Atelier.

PUPPE, I. (2014b). Perspectivas conceptuales del dolo eventual. En *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación* (R. Ragués, Trad., págs. 291-316). Buenos Aires: Editorial B de F.

RAGUÉS I VALLÈS, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: José María Bosch Editor.

ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La teoría de la estructura del delito.* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. De Vicente Remesal, Trads.) Madrid: Civitas Ediciones-Thomson Reuters.

SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, A. (2018). *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos.* Buenos Aires: Editorial B de F.

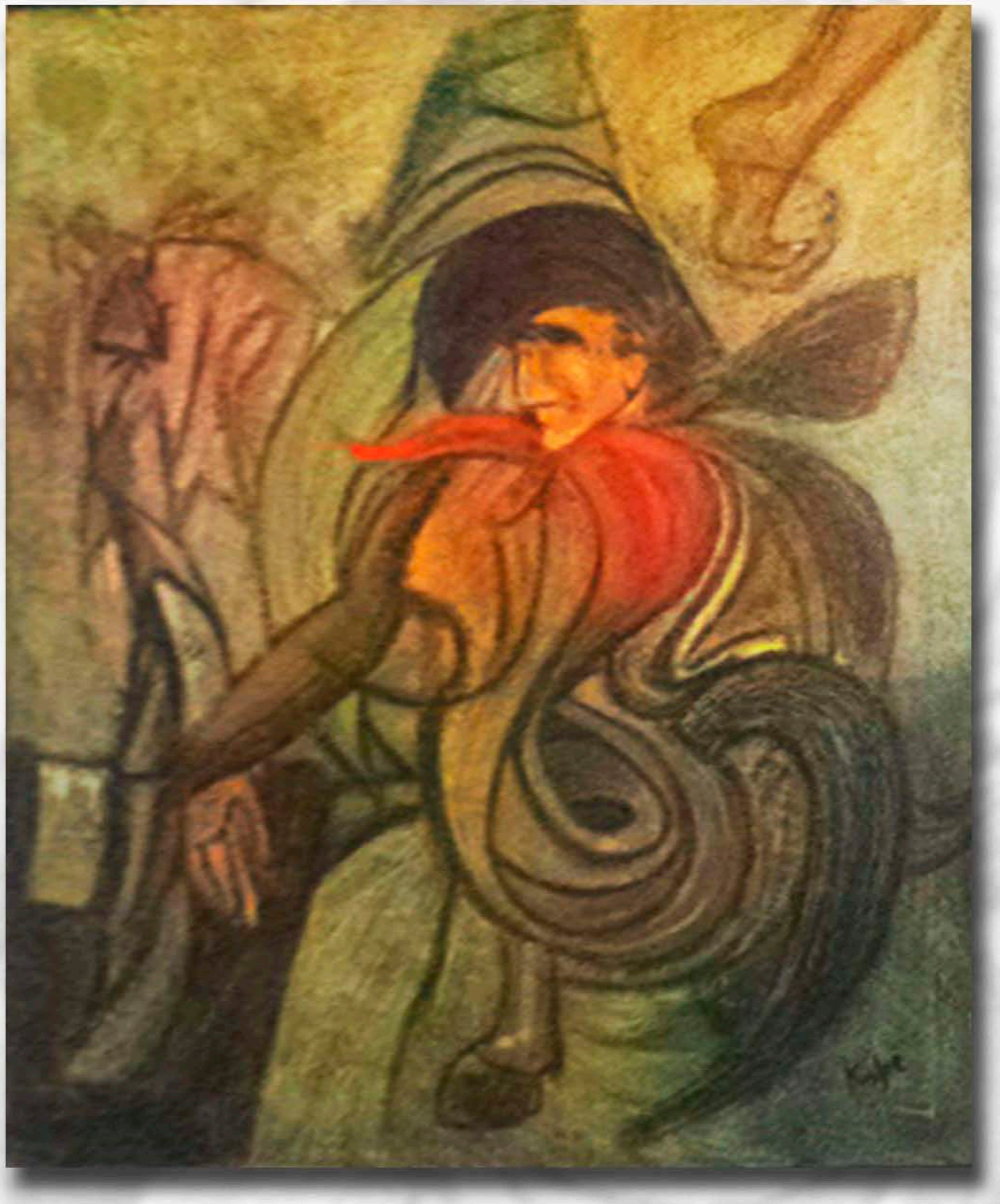
SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2005). *Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo. Derecho Penal y Criminología,* 26(79), 99-112.

VILLAVICENCIO T., F. (2006). *Derecho penal.* Parte general. Lima: Editora Jurídica

Grijley. VON WRIGHT, G. (1979). *Explicación y comprensión.* (L. Vega Reñon, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.

WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura.* (R. Pariona Arana, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.

YACOBUCCI, G. J. (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.



Ángel Quispe Gonzales

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5106

LA AMBIGÜEDAD DEL SISTEMA DE GOBIERNO EN LA INSTITUCIONALIDAD POLÍTICA ACTUAL

Saulo Yenski Peralta Franzis

RESUMEN

El presente estudio parte de la hipótesis de la existencia de ambigüedades en el sistema de gobierno y que esto se traduce en constantes crisis políticas, que en la mayoría de los casos han llevado a la ruptura del orden constitucional, siendo la consecuencia la débil institucionalidad política del país.

El sistema de gobierno peruano es una consecuencia de trasplantes de los modelos parlamentario y presidencial, su inserción, en lugar de fusionarse o complementarse, han producido incompatibilidades y desfases desencadenando crisis como la del año 2019, con la disolución del parlamento, produciéndose una penumbra que el Tribunal Constitucional no ha logrado disipar con argumentos.

Este texto tiene el objetivo de identificar las incompatibilidades en el modelo peruano de la implantación del sistema presidencial y parlamentario de gobierno, como se manifiesta en la noción de la soberanía y la lógica del gobierno representativo en el Perú.

Sean sistemas republicanos democráticos o monárquicos constitucionales, como el norteamericano o el inglés, existe una consonancia entre las funciones de jefes de Estado y jefes de Gobierno, o la renovación en distintos momentos, tanto del ejecutivo y el parlamento, permitiendo que las instituciones reaccionen oportunamente ante crisis políticas, como el cierre del parlamento en 2019.

Si bien el Perú es un Estado unitario, hay que tener en cuenta las experiencias analizadas que garantizan la participación de las unidades territoriales descentralizadas en la toma de decisiones a nivel central.

Tenemos que el sistema representativo en Alemania y Francia, con cámaras de representación nacional y regional, posibilita que las regiones participen en la toma de decisiones a nivel de gobierno central.

Finalmente, en esta investigación se ha expuesto que la introducción de implantes han producido cortos circuitos en nuestro sistema de gobierno, que si bien no resuelve estos antagonismos, se expone de manera concisa los elementos que consideramos, esenciales para que un modelo de gobierno sea estable en el tiempo.

PRESENTACIÓN

Se puede afirmar que el sistema de gobierno, que se ha venido reproduciendo a lo largo de toda nuestra etapa republicana, por supuesto con matices, es producto de una serie de trasplantes de los modelos parlamentario y presidencial, que ha llevado a una inestabilidad jurídica en todo el sistema.

Los modelos parlamentario y presidencial, en lugar de amalgamarse o simplemente complementarse, han creado vacíos y conflictos por la incompatibilidad entre ambos, esto ha conducido que instituciones, como la censura o el voto de confianza del sistema parlamentario y la legitimidad democrática de los ministros, que son cargos de confianza del presidente, como los secretarios en el sistema presidencial, lleve a un enfrentamiento del parlamento y el ejecutivo, lo que no ocurre en los modelos originales.

Sin embargo, la mayoría de los países en Latinoamérica han estado ensayando una combinación de los dos modelos básicos, con resultados que distan de ser lo suficientemente sólidos para contribuir a la estabilidad política del país.

Se ha intentado enmendar el sistema peruano para resolver este problema, como la potestad que tiene el presidente de disolver el parlamento cuando el congreso censura a dos gabinetes consecutivos[1]. Lo único que se ha conseguido es que se produzcan algunos pactos bajo la mesa, cuyo resultado han sido contradictorios, potenciando e institucionalizado la corrupción en nuestros países.

---

1 Disolución del Congreso Artículo 134º.- El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta.

No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario. Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.

Spij.minjus.gob.pe. (2019). *SPIJ: Sistema Peruano de Información Jurídica.* [online] Available at: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Const-peru-oficial.pdf [Accessed 11 Oct. 2019].

Lo más significativo es que nuestra Constitución establece expresamente que el presidente es el jefe de Estado, pero no señala que sea también jefe de gobierno, como sí lo hicieron algunas constituciones como la de 1828. Para añadir mayor confusión existe la presencia de un presidente de Consejo de Ministros, cuyo rol es de coordinador de ministerios; sin embargo, funciones como presidir el Consejo de Ministros, en ausencia del presidente, hacen que este personaje esté en el limbo y no se puede definir el rol de esta figura.

Habiendo expuesto el problema, el presente artículo se centra en desarrollar de manera comparativa cómo funcionan los modelos en sus contextos.

En *"Significancia de la soberanía en la institucionalidad"* revisamos las perspectivas históricas y comparadas del Estado y la evolución crítica conceptual desde el Derecho Constitucional comparado.

En *"Ambigüedad en la concepción de Estado y gobierno"* evaluamos y comparamos cómo interactúan las instituciones del Estado, cómo el Parlamento se desempeña en su contexto, el rol de los jefes de Estado y su relación con los jefes de gobierno, haciendo una crítica del rol de los "Checks and Balances".

En *"Modelos que los Estados adoptan de la interrelación de sus elementos básicos"* analizamos cómo se canaliza la soberanía a través del desarrollo de las competencias entre los diferentes sistemas y subsistemas, dentro de la organización de los Estados, ya sea a través de los sistemas federales, unitarios o la combinación de estos. Para desarrollar este tema se recurre al Derecho comparado y a contextualizar esta investigación.

En *"Bases analíticas del gobierno representativo"* discutimos los límites del gobierno representativo desde la óptica del desarrollo y evolución desde Sieyès a la actualidad, que es la base del cuestionamiento de todo sistema basado en la representatividad para la validar o no un modelo.

Este primer paso nos lleva a cuestionar el modelo de gobierno latinoamericano y en especial el peruano, lo que en un segundo paso nos llevará inevitablemente a desmenuzar y analizar los problemas presentados en la práctica constitucional, al tratar de operativizar esta mezcla amorfa que no puede articularse por las incompatibilidades mencionadas.

SIGNIFICANCIA DE LA SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIDAD

En esta parte vamos a desarrollar analíticamente un estudio de los diferentes sistemas en su contexto, específicamente el sistema parlamentario europeo y su interacción con el poder ejecutivo.

En un contexto de evolución, interacción y retroalimentación es casi imposible delimitar las funciones

del Parlamento como órgano normativo y la potestad del ejecutivo en el mismo ámbito[2].

Añadiendo complejidad con la variable "jefe de Estado" o "monarca" en las monarquías constitucionales del Europa central, donde existe un rey o reyna por sucesión hereditaria y una institución democrática como un parlamento, cuyos miembros son elegidos por voto universal. La dificultad radica en sus interrelaciones y convivencia.

Un ejemplo tangible sería Holanda donde existe una alternancia en la facultad normativa, tanto ejercido por el parlamento o por el poder ejecutivo, el denominado "Gobierno del rey" mediante su potestad de iniciativa legislativa, con el refrendo ministerial, introduce en el parlamento iniciativas; las que una vez aprobadas por este regresa al monarca para que firme y recién puedan tener plena vigencia, esto es muy similar a lo que ocurre en Bélgica.

El mismo proceso ocurre en el Reino Unido, es la figura del "rey en el Parlamento"[3] y no propiamente ese organismo quien se encarga de elaborar las leyes, siendo la reyna o el rey de turno el encargado de promulgar las leyes.

Citamos textualmente la fórmula que traduce lo explicado anteriormente, por lo general figura como encabezado de toda norma elaborada en los países mencionados, vemos que en Netherlands o Países Bajos se traduce lo siguiente:

> *"Nosotros, Willem-Alexander por la gracia de Dios Rey de Holanda aquí……. hemos escuchado que el Consejo de Estado en consulta con los Estados Generales han aprobado, aquí decreto"*[4]

2 Una característica sería, por ejemplo, la atribución legislativa que puede tener el poder ejecutivo.

3 El Parlamento se desarrolló a partir del antiguo concilio que aconsejaba al soberano. En teoría, el poder no es del Parlamento sino de la reina "Queen-in-Parliament" o el rey ("King-in-Parliament"). A menudo se dice que la reina tiene autoridad soberana; sin embargo, esta posición es debatible.

4 La fórmula en su idioma original (holandés): "Wij Willem-Alexander [name of sovereign], bij de gratie Gods, Koning [Koningin] der Nederlanden, Prins [Prinses] van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten: Alzo Wij in overweging genomen hebben, [here follows a short recital of the Act's purpose]; Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:[...text of law...] Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden. Gegeven te [location and date] [signed Willem-Alexander]"

En el Reino de España:

> *"FELIPE VI REY DE ESPAÑA A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley"*[5]

Estas fórmulas de promulgación son utilizadas una vez aprobadas las normas por el parlamento, haciendo la salvedad que el rey o reina no tienen derecho a veto; sin embargo, visto superficialmente nos podría llevar a suponer lo contrario.

Por otro lado, cuando revisamos los cargos de las personas que integran o forman parte de los poderes del Estado se puede afirmar que la mayoría de países de Europa central, como Alemania, Francia, incluso Holanda, un parlamentario no puede ser parte del Ejecutivo como un ministro o secretario de Estado, con la excepción del Reino Unido donde el monarca designa a los miembros del gabinete entre los miembros de la Cámara de los Comunes electos[6], pudiendo excepcionalmente ser miembros de la Cámara de los Lores[7].

Trayendo a colación la postura de Montesquieu, nos deja una concepción radicalmente distinta del modelo inglés, donde podríamos creer que existe una notoria separación de poderes; sin embargo, encontramos que la misma persona puede ejercer varias funciones en distintos poderes del Estado; por

5 Por citar una norma española tenemos: "Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación".

6 La Cámara de los Comunes de Inglaterra (en inglés House of Commons, The Honourable House of Commons of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled; los Honorables Comunes de Inglaterra de Gran Bretaña e Irlanda del Norte reunidos en el parlamento) es la cámara baja del parlamento británico, la misma tiene su sede en el Palacio de Westminster. La Cámara de los Comunes es elegida democráticamente. Está conformada por 646 representantes elegidos por escrutinio uninominal mayoritario en los diferentes distritos electorales de Inglaterra por un período máximo de cinco años hasta que se disuelve el parlamento. A estos representantes se les denomina miembros del parlamento. (http://www.parliament.uk/)

7 La Cámara de los Lores (en inglés, House of Lords; su nombre completo es The Right Honourable the Lords Spiritual and Temporal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled, los Muy Honorables Lores espirituales y temporales de Inglaterra de Gran Bretaña e Irlanda del Norte reunidos en el parlamento) es la cámara alta del parlamento de Inglaterra. El parlamento también incluye al soberano y a la cámara baja, llamada la Cámara de los Comunes. Ambas cámaras celebran sus sesiones en el Palacio de Westminster. Al contrario de lo que ocurre en la Cámara de los Comunes, los miembros de la Cámara de los Lores no se eligen mediante elecciones, dividiéndose según su derecho a formar parte de la cámara en lores espirituales y lores temporales. Los lores espirituales son 26 obispos elegidos por su prestigio y dilatada carrera eclesiástica dentro de la Iglesia Anglicana. Los lores temporales conforman el resto, siendo la mayoría miembros con derecho vitalicio no hereditario, nombrados por la reina con el asesoramiento del primer ministro. Y esto es así porque, antiguamente, el derecho a formar parte de la Cámara de los Lores como lores temporales era exclusivamente hereditario; pero actualmente, y tras sucesivas reformas, los miembros por herencia de esta cámara son sólo una pequeña porción. Desde marzo de 2010, la Cámara de los Lores cuenta con 733 miembros, 87 más que la Cámara de los Comunes, que cuenta con 646. (http://www.parliament.uk/)

ejemplo, es conocido el rol de denominado "Lord Canciller"[8] que tiene funciones simultáneas como parte del gobierno, preside la Cámara Alta del Parlamento y es juez supremo a la vez.

En 1998 se produjo lo que se denominó la gran reforma, donde al denominado "Lord Canciller" se le ha recortado las funciones jurisdiccionales así como el presidir la Cámara de los Lores.

Por otro lado, se ha creado una Corte Suprema, independiente, ya que anteriormente el máximo órgano jurisdiccional inglés era parte en la Cámara de los Lores, obviamente existiendo cierta incertidumbre sobre si sus funciones jurisdiccionales eran compatibles con las legislativas.

¿Qué es una Constitución?

El reconocido constitucionalista, profesor de la Universidad de Maastricht, Heringa[9] señala que "El término constitución puede tener un concepto reducido o formal y también puede tener un concepto sustantivo o amplio. En el concepto reducido o formal una Constitución es un documento escrito que establece las reglas básicas que se aplican a las organizaciones socio políticas de un Estado en particular"[10].

Es un documento central que puede ser llamado con propiedad "*Constitución*", pero también puede ser llamado ley básica o carta[11].

La Constitución americana, documento adoptado en 1787 en entró en vigor en 1789, define los poderes del presidente y el Congreso, determinando o diseñando el sistema federal, además diferencia las competencias federales de las atribuciones de las autoridades de los estados miembros de la unión americana y garantiza los derechos fundamentales del pueblo.

Cuando nos referimos a la Constitución sustantiva señalamos todas las normas fundamentales que gobiernan al Estado como una entidad sociopolítica contenidas en un documento único. Pueden ser plasmados en escrito o reglas o costumbres no escritas o contenidas en un documento. Una Constitución es un cuerpo legal que atribuye poder a sus autoridades públicas, regulando las relaciones entre estas, así como interactúan con los ciudadanos. El derecho constitucional en un sentido amplio

8 El Lord Canciller (Lord Chancellor) es un ministro con un papel judicial, con responsabilidad para las funciones de tribunales. Antes deñ 2006 era también presidente de la Cámara de los Lores.

9 Prof Dr Mr. Aalt Willem Heringa (A.W.) Autor y editor de numerosos libros y artículos sobre derecho constitucional holandés, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea, el derecho constitucional comparado, el derecho constitucional de los Estados Unidos, los derechos humanos y la educación jurídica. Autor de blogs en el sitio web del Instituto Montesquieu.

10 HERINGA, Aalt Willen & KIIVER, Philipp, Constitutions Compared (An Introduction to Comparative Constitutional Law), Intersentia Antwerp – Oxford – Portland, 2009, Pág. 2.

11 KELSEN, Hans, Teoría general del Estado, Editora nacional, México 1973, Pág. 4 y siguientes.

está típicamente dividido en dos ramas: La rama institucional y los Derechos Humanos. La rama institucional determina los poderes del Parlamento y la forma de elegir a sus miembros. Los derechos humanos como señala el maestro Heringa pueden ser, por ejemplo, la prohibición de la tortura, la libertad de pensamiento o la libertad de expresión.

Los estados que, formalmente, no tienen un documento codificado llamado constitución, ley fundamental o carta, no significa que no tengan una Constitución sustantiva, el ejemplo más conocido es el caso de Inglaterra que no tiene un documento legal que ostente el título de Constitución de Inglaterra[12], no en el sentido formal. Como cualquier otro Estado, Inglaterra tiene una constitución en el sentido amplio, denominado cuerpo constitucional o conocido como el Bloque de la Constitucionalidad.

Gran parte de estas reglas han sido establecidas por los jueces mediante el sistema jurisprudencial, otras por las leyes hechas por el Parlamento y muchas otras toman la forma de costumbre, conocida con el nombre de *Conventions*[13] o convenciones constitucionales o acuerdo de caballeros. En ninguna parte, por ejemplo, está escrito que *"El Rey nombra Primer Ministro al líder del partido político que tiene la mayoría en la Cámara de los Comunes"*, eso es una *convention* o una regla de la costumbre. Muchas de las partes de hecho, sin embargo, son escritas: la descentralización de ciertos poderes legislativos o las competencias otorgadas a Escocia, que afecta la distribución de poderes en Inglaterra y, por lo tanto, es una norma constitucional que está dada en una ley escrita y aprobada por el Parlamento inglés.

12 La Constitución de Inglaterra es el conjunto de leyes y principios bajo el cual Inglaterra]] es gobernado. No está constituida de un único documento constitucional como la Constitución de los Estados Unidos. Es muchas veces dicho que el país tiene una constitución "no-escrita" o de hecho ("en la práctica"). [1] La mayor parte de la constitución británica no existe en la forma escrita de estatutos, jurisprudencia y tratados. La Constitución no-escrita posee otras fuentes, incluyendo la parlamentaria, las convenciones constitucionales (más del que muchos países, excepto la Nueva Zelandia, Israel) y las prerrogativas reales.

Magna Carta (1215) - Decreto de Habeas Corpus 1679 - Declaración de Derechos 1689 - Reivindicación de Derechos 1689 - Decreto de establecimiento 1701 - decreto de unión 1707, juntando Inglaterra y Escocia para formar a Gran Bretaña Decreto de unión 1800, juntando Gran Bretaña e Irlanda para formar Inglaterra de Gran Bretaña e Irlanda Inglaterra]] • Decreto de Reforma 1832 - Decreto de Reforma 1867

- Decreto de Reforma 1884 - Actos Parlamentarios (de 1911 y 1949) - Acuerdo de libertad de la Irlanda 1922, Constitución de Estado libre de la Irlanda 1922 and Provisiones Consecuencias de la libertad de Estado de la Irlanda Act 1922 reconocida como país y no más formando parte de Inglaterra. Estatuto de Westminster 1931 - Decreto de comunidades europeas 1972 (UK) - Declaración de Derechos Humanos 1998 - Decreto de la Escocia 1998 - Decreto del Gobierno de Galles 1998 - Decreto de la Irlanda del Norte 1998 - Decreto de la Casa de los Lores 1999 - Reforma Constitucional 2005 (http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/aboutus/uk-constitution)

13 Las convenciones constitucionales pueden equipararse a las costumbres constitucionales. La expresión convención constitucional designa una especie de convenio o acuerdo tácito las más de las veces (y, por eso mismo, según algunos ficticio) entre los titulares de los órganos constitucionales (y/o entre las fuerzas políticas). De tales acuerdos nacen reglas de comportamiento, no escritas, destinadas a: 1. Bien interpretar las disposiciones constitucionales (con el efecto, algunas veces, de eludirlas). 2. Bien para integrarlas (en cualquiera de los sentidos de esta palabra), colmando de paso las lagunas de la Constitución. (http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/aboutus/uk-constitution)

Además podemos mencionar otros ejemplos como el caso de Israel, que no tiene un documento consolidado de la Constitución. Otro es Suecia que tiene una colección de diferentes normas o estatutos fundamentales que tienen rango constitucional. Incluso en aquellos casos donde hay constituciones escritas en el sentido formal pueden también tener leyes o reglas no escritas que forman parte de su núcleo constitucional. Un claro ejemplo son los jueces en los Estados Unidos que tienen el derecho o la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Esta potestad no está prevista en la Constitución americana, sin embargo fue la jurisprudencia[14], mejor dicho las decisiones de las cortes interpretando la constitución. Estos aportes jurisprudenciales también pueden ser consideradas, en sentido amplio, leyes constitucionales, no podemos dejar de mencionar que los tratados internaciones en particular también tienen un efecto constitucional interno.

Una constitución en el sentido estricto o simplemente formal no puede codificar exhaustivamente todo el cuerpo constitucional.

El término "constitucionalismo" lleva a que los políticos se subordinen a la legalidad. Sin embargo históricamente, el absolutismo cede terreno a partir del siglo XVIII, desterrando la imposición, que el monarca no estaba subordinado a la ley. Por eso, actualmente en Europa incluso el monarca se somete a la Constitución, que es la evolución a las monarquías constitucionales actuales, siendo la idea revolucionaria del constitucionalismo.

AMBIGÜEDAD EN LA CONCEPCIÓN DE ESTADO Y GOBIERNO

Punto de partida: Establecer la diferencia entre jefe de Estado y jefe de gobierno

En los sistemas democráticos europeos de tipo parlamentario, el jefe de Gobierno es el denominado primer ministro o canciller, cuyas atribuciones se circunscriben al manejo del poder ejecutivo. El jefe de Estado (rey o presidente) fundamentalmente es considerado como la imagen ceremonial del país. Lo que hay que determinar es:

Las competencias del jefe de Estado y el jefe de gobierno.
La articulación del parlamento con el jefe de Estado y el jefe de gobierno.

14 El caso Marbury contra Madison (5 U.S. 137 1803) es un proceso judicial abordado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto el 24 de febrero de 1803. Se considera el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor, sino por los principios que estableció. La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas aquellas que pudieran contravenirla. Este principio estatuye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia.

Distinción entre jefe de Estado y de gobierno

Considerando las corrientes constitucionales modernas, el jefe de Estado y el jefe de gobierno, tienen algunas funciones institucionalizadas como el discurso del monarca dirigido a los miembros del Parlamento, considerados ceremoniales; sin embargo son parte de la vida política en algunos países, también son relevantes para el sistema republicano los discursos dirigidos por los presidentes, apelando al proyecto original monárquico. Históricamente el rey u otro tipo de monarca de los países europeos son el jefe de Estado y al mismo tiempo el jefe de gobierno. Cuando el monarca gobernaba generalmente formaba un gabinete integrado por secretarios o ministros, muy influyentes en la toma de decisiones.

La acepción ministro[15] proviene de la palabra *minister*, lo que significa servir o asistir al monarca en un gabinete, cuyo nombre hace referencia a un pequeño cuarto donde el monarca podía sostener reuniones privadas con sus asesores. Progresivamente emergió un sistema, donde uno de los ministros asumía el papel de conductor y coordinador de los ministerios, este tomó la denominación de primer ministro del rey o "Premier Ministre", personalidad a la cual se le atribuye capacidad de liderazgo sobre los demás ministros, cada vez más influyentes al dirigir la política del gobierno. En algunas monarquías autocráticas son famosos los casos del cardenal Richelieu[16], jefe de los ministros en el reinado de Luis XIII en Francia; Otto von Bismarck,[17] canciller y primer ministro de sesiones de reyes prusianos y también emperadores alemanes en la segunda mitad del siglo XIX y Piotr

15 (latín: minister, «servidor») es un político que dirige un ministerio o un departamento (ej. educación, finanzas, salud, Estado, guerra, etc.), pertenece al gabinete de gobierno y son dirigidos normalmente por un primer ministro o un presidente. http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=695

16 Armand-Jean du Plessis (París, 9 de septiembre de 1585 – ibídem, 4 de diciembre de 1642), cardenal- duque de Richelieu, duque de Fronsac y par de Francia. Cardenal, noble y hombre de estado francés. Ordenado obispo en 1607 entró en la política, convirtiéndose en Secretario de Estado, en 1616. Richelieu pronto alcanzó un gran poder en la Iglesia católica y en el Reino de Francia, convirtiéndose en cardenal en 1622, y en el Primer Ministro del rey Luis XIII en 1624. Permaneció en el cargo hasta su muerte en 1642, siendo sucedido por el también cardenal Julio Mazarino. Como Primer Ministro de Francia, consolidó la monarquía francesa luchando contra las diversas facciones internas. Para contrarrestar el poder de la nobleza, transformó Francia en un fuerte Estado centralizado. Su política exterior fundamental fue contrarrestar el poder de la dinastía austro-hispánica de los Habsburgo, entonces reinante en España y en el Sacro Imperio Romano Germánico. Para ello, aun siendo un ministro católico, no dudó en aliarse con los protestantes para alcanzar dicho objetivo. Fue particularmente notoria su intervención en la Guerra de los Treinta Años, que terminó con la Paz de Westfalia. http://www.biografiasyvidas.com/biografia/r/richelieu.htm

17 Otto Eduard Leopold von Bismarck-Schönhausen (Schönhausen, 1 de abril de 1815 – Friedrichsruh, 30 de julio de 1898), conocido como Otto von Bismarck, fue un estadista, burócrata, militar, político, (Ministro y Presidente en el Consejo de Ministros) y prosista alemán, considerado el fundador del Estado alemán moderno. Durante sus últimos años de vida se le apodó el "Canciller de Hierro" por su mano dura al tratar temas encaminados con su país y determinación, [A] que incluía la creación de un sistema de alianzas internacionales que aseguraran la supremacía de Alemania, conocido como el Reich.

Stolypin,[18] primer ministro del último zar ruso Nicolás II.

Los parlamentos de representación democrática paulatinamente impusieron su derecho en contra del monarca y los ministros, Provocando un efecto de dominó en la Europa continental, especialmente en el curso del siglo XIX, uno de estos aspectos es que los ministros nombrados tenían que tener el respaldo de la mayoría parlamentaria, en consecuencia el monarca se ve obligado a despedir a cualquier ministro que pierda la confianza del Parlamento, concretamente el primer ministro y los otros ministros podían ser nombrados y despedidos por el monarca, pero su futuro político estaba indefectiblemente ligado a la voluntad del Parlamento. En el reino de Holanda el momento decisivo llegó en 1867, cuando el Gabinete tuvo que renunciar bajo la presión del Parlamento y el rey en lugar de disolver al Parlamento aceptó la renuncia del gabinete en pleno. En el reino de Dinamarca ese momento clave se produjo en 1801, cuando el rey aceptó nombrar un gabinete de tendencia izquierdista, según composición mayoritaria del Parlamento. En Gran Bretaña el modelo parlamentario de Westminster[19] se modificó, imponiendo el Parlamento su independencia de la corona, así como, la supremacía de la ley sobre las prerrogativas reales (siglo XVII). Constituyéndose en una *"Convención Constitucional",* consecuentemente el rey solamente podría nombrar y mantener en el puesto a los ministros que contaran con la anuencia del Parlamento.

La aprobación del Parlamento y el voto de confianza

La aparición de esta figura consolida el poder del Parlamento, obligando que el gabinete no fuera contrario a la aprobación de la mayoría parlamentaria.

Este afianzamiento del sistema parlamentario hizo al primer ministro más independiente de la corona, separando definitivamente al monarca de su función de jefe de gobierno, asumiendo el primer ministro el rol de conducir las políticas de Estado con el aval democrático del Parlamento. El monarca se dedicaría exclusivamente a la función de jefe de Estado. Siendo su función principal

18 Pyotr Arkadyevich Stolypin (en ruso:Пётр Аркадевич Столыпин) nació en 14 de abril (de acuerdo con antiguo calendario, 2 de abril) de 1862, en Dresden, Saxônia y murió en 18 de septiembre (de acuerdo con antiguo calendario, 5 de septiembre) de 1911. Sirvió como presidente del Consejo de Ministros - El equivalente a primer ministro de la Rusia - de Nicolau II de 1906 a 1911. Su mandato fue marcado por tentativas de reprimir grupos revolucionarios, así como por tener canalizado grandes esfuerzos para realizar reformas agrarias. Stolypin esperaba, a través de sus reformas, obstruir las intranquilidades de los campesinos, creando una clase de pequeños propietarios de tierra. Él es usualmente citado como uno de los mayores estadistas de la Rusia Imperial, con un programa político claramente definido y la determinación de emprender importantes reformas. ttp://perseo.sabuco.com/historia/Stolypin.pdf

19 El Palacio de Westminster es el lugar en el que se reúnen las dos cámaras del Parlamento del Reino Unido (la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes). El palacio, que es patrimonio de la humanidad nombrado por la UNESCO desde 1987, se encuentra situado en la orilla norte del río Támesis, en la ciudad de Westminster, en Londres, cerca de otros edificios gubernamentales en Whitehall. También dispone de otros castillos como lugares de interés. http://www.parliament.uk/.

la representación formal de su Estado en el contexto internacional, es así como los tratados internacionales son celebrados por el jefe de Estado[20] o en su representación, por eso al final no son los jefes de Estado los que firman los tratados, sino los primeros ministros y los ministros de Relaciones Exteriores, actuando en representación de sus respectivos gobiernos, aunque al mismo tiempo representando a sus respectivos jefes de Estado.

En el frente interno los jefes de Estado usualmente tienen un rol integrador de su sociedad, es el "Símbolo" que está por encima la vorágine de la política del día a día y cubriendo con un manto de legitimidad al orden del Estado. Simbolizando la continuidad y la unión nacional.

En la mayoría de los países que tienen el sistema republicano normalmente diferencian a los jefes de Estado y jefes de gobierno, sino que el primer ministro es mantenido como jefe de gobierno mientras que el monarca es reemplazado por un jefe de Estado republicano, que puede ser un presidente con funciones similares a las de un monarca. Como ejemplo tenemos que en Francia la Segunda República[21] implementó una presidencia para reemplazar al monarca de 1848[22]; esta fórmula la repitió la Tercera Republica[23] de 1870 cuando Napoleón III fue derrocado. En Alemania, la República

20 El tratado de la Unión Europea de 1992, por ejemplo, empieza mencionando que ha sido aprobado por el acuerdo de los monarcas y presidentes de los estados contratantes. Así tenemos su majestad el rey de los belgas, su majestad la reina de Dinamarca, el presidente de la República Federal de Alemania, el presidente de la República Helénica, su majestad el rey de España...,

21 La Segunda República Francesa fue el régimen político republicano instaurado en Francia durante el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 1848 y el 2 de diciembre de 1852. Pese a su brevedad, se produjeron grandes reformas que llevarían a implantar el sufragio universal masculino, así como la abolición definitiva de la esclavitud. http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2526.htm.

22 En 1848, Francia era gobernada por monarquía constitucional bajo el rey Luis Felipe I de Orleans (el último Rey de Francia), quien había subido al trono tras la revolución de 1830 y la destitución de Carlos X por ser de una tendencia constitucional y contar con el apoyo de sectores de la alta burguesía. https://sobrehistoria.com/1848-la-tercera-revolucin-francesa/

23 La Tercera República Francesa, (en francés, La Troisième Republique) (1870/75 - 10 de julio de 1940) cubre los gobiernos que rigieron Francia desde el fin del Segundo Imperio Francés hasta el establecimiento de la República de Vichy. Fue una democracia parlamentaria que empezó el 4 de septiembre de 1870 al ser apresado Napoleón III durante la Guerra Franco-Prusiana. Su mayor logro fue sobrevivir a la Primera Guerra Mundial, pero se acabó cuando no pudo contener la invasión nazi. La Tercera República surgió debido al vacío de poder creado al ser derrotado Napoleón III en la Batalla de Sedán, terminando de esta manera el Segundo Imperio, vencido por Prusia, después de 18 años de existencia. http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2667.htm.

de Weimar[24] de 1919; la Primera República Austriaca[25] de 1920, también establecieron la institución del presidente para reemplazar la figura del emperador, Italia instituyó un presidente para reemplazar el rol del rey en 1947.

Los estados que se independizaron como el caso del Perú establecieron una democracia republicana, adoptaron también una presidencia y la figura del primer ministro, por ejemplo Israel en 1948, la India en 1950 o Eslovenia en 1921. En todos estos casos el presidente es el jefe de Estado mientras el primer ministro es jefe de gobierno.

Como el caso del Perú, algunos sistemas no separan el jefe de Estado del jefe de gobierno, realidad que se da en la mayoría de los países latinoamericanos y los Estados Unidos de Norteamérica. El presidente es electo con las calidades de jefe de Estado y jefe de gobierno simultáneamente. Incluso algunos países han investido de las funciones de jefe de estado no a una persona en particular sino a un colectivo. Desde 1974, por ejemplo, la presidencia de Yugoslavia fue ejercida por un consejo liderado por Josip Broz Tito[26] y después de su muerte en 1980 se cambiaron presidentes de consejo casi anualmente. Suecia no tiene un jefe de Estado, los asuntos externos son ejercidos por el gobierno de forma colectiva. Los estados que en conjunto constituyen la Alemania actual no tienen

---

24 La República de Weimar (en alemán: Weimarer Republik) fue el régimen político y, por extensión, el periodo histórico que tuvo lugar en Alemania tras su derrota al término de la Primera Guerra Mundial y se extendió entre los años 1919 y 1933. El nombre de República de Weimar es un término aplicado por la historiografía posterior, puesto que el país conservó su nombre de Deutsches Reich ('Imperio Alemán'). La denominación procede de la ciudad homónima, Weimar, donde se reunió la Asamblea Nacional constituyente y se proclamó la nueva constitución, que fue aprobada el 31 de julio y entró en vigor el 11 de agosto de 1919. En 1933, la República de Weimar concluye, ya que si bien la constitución de 1919 no fue revocada hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, el triunfo de Adolf Hitler y las reformas llevadas a cabo por los nacionalsocialistas (Gleichschaltung) la invalidaron mucho antes, instaurando una dictadura totalitaria, el llamado Tercer Reich. http://www.germanculture.com.ua/spanish/es_bl_weimar_republic.htm

25 La I República de Austria es el nombre histórico de la República de Austria creada después del desmembramiento del Imperio austrohúngaro al finalizar la I Guerra Mundial. Esta república inicialmente intentó sin éxito unirse a Alemania (véase Austria alemana), pero las potencias occidentales de la época, Francia y Reino Unido se opusieron. No sería hasta 1938 que finalmente la Alemania nazi ocuparía Austria y la I República dejaría de existir. La constitución de Austria fue creada en 1920 y fue enmendada en 1929. Con la llegada del austrofascismo al poder, se proclamó una nueva constitución en 1934, donde Austria ya no era una república sino una federación. Por esta razón algunos historiadores aseguran que la I República en realidad dejó de existir en 1934. http://www.historyking.com/Spanish/World-History/history-of-europe/austria-history/Brief-History-Of-Austria.html

26 Josip Broz, "Tito" (en serbocroata cirilizado: Јосип Броз "Тито") (Kumrovec, Imperio austrohúngaro - actual Croacia- 7 de mayo de 1892 - † Liubliana, Yugoslavia -actual Eslovenia- 4 de mayo de 1980), conocido por su título militar Mariscal Tito, fue jefe de Estado de Yugoslavia desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta su muerte a los 87 años. Tito fue el principal arquitecto de la segunda Yugoslavia, una federación socialista, que duró desde la Segunda Guerra Mundial hasta 1991. A pesar de ser uno de los fundadores del Kominform, fue también el primero (y único que tuvo éxito) en desafiar la hegemonía soviética. Fue partidario de la vía al socialismo independiente (a veces denominado "comunismo nacional" o "titoísmo") y uno de los principales fundadores y promotores del Movimiento de Países No Alineados, así como su primer secretario general. Como tal, apoyó la política de no alineamiento entre los dos bloques hostiles en la Guerra Fría. http://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/tito.htm

el equivalente de jefe de Estado, solamente primeros ministros. Hasta 1918, sin embargo, los estados alemanes tenían jefes de Estado, como el rey de Bavaria, el rey de Sajonia, entre otros.

El primer ministro la piedra angular del sistema

Comparativamente, podemos afirmar que el rol del primer ministro en una monarquía parlamentaria es usualmente más sutil que una república. Se observa que e3n las democracias occidentales, los primeros ministros tienen una alta concentración de poderes, mencionando que en el Reino Unido y en Holanda es considerado el *"primero entre sus iguales"*, lo que implica que es el primero en un grupo de oficiales, todos ministros de la Corona. La normatividad del Reino Unido rara vez reconoce que la figura del primer ministro siquiera existe, el puesto tiene su origen casi completamente en normas no escritas en la costumbre y tradición del *Common law* (sin embargo, existe desde comienzos del siglo XVIII).

Existen matices respecto a que el primer ministro en una monarquía es técnicamente jefe de gobierno o solamente jefe de gabinete, en cuyo caso el monarca continúa siendo jefe de gobierno.

Comúnmente nos referimos a los primeros ministros como jefes de gobierno, porque en efecto ellos tienen esa calidad, dirigen los negocios del gobierno porque el monarca no está envuelto en las políticas del día a día, estableciendo las políticas y metas, que los demás ministros deben seguir.

Un ejemplo es el Consejo de Europa, el supremo organismo de la Unión Europea que aglutina a los jefes de Estado y a los jefes de gobierno de los estados miembros de la Unión Europea. El primer ministro holandés, por ejemplo, es uno de los que se reúnen en este Consejo, sin embargo, técnicamente él no es el jefe de gobierno, ni siquiera está en una posición superior a los demás ministros de su gabinete. De hecho su membresía en el Consejo de Europa es uno de los factores que contribuyen a la concentración de poder en sus manos. Incluso si un jefe de gobierno es considerado como primer ministro, el monarca en una monarquía parlamentaria está constitucionalmente autorizado a utilizar la expresión "*mi gobierno*". Esto es porque los monarcas utilizan esta expresión para dirigirse al Parlamento, para exponer la política del gobierno. En el sistema republicano, el presidente no es considerado como gobernante propiamente dicho, la legitimidad en el cargo por el hecho de haber recibido el respaldo del Parlamento es el primer ministro el jefe de gobierno, sin embargo al haber sido nombrado por el jefe de Estado sus funciones no pueden exceder los límites establecido por los marcos constitucionales.

Una figura neutra es el presidente alemán bajo la Constitución de 1949, que es una clase de notario, un icono ceremonial que maneja o emite certificados.

Los alcances de la investidura parlamentaria

La investidura parlamentaria es el acto por el cual el poder público se confiere a una persona. En el caso del primer ministro, antes de su nombramiento formal, es primeramente ratificado por el Parlamento. Los sistemas republicanos adoptan el concepto de la soberanía popular, en

consecuencia, el proceso de formación del gabinete tiende a ser constituido según la aceptación que recibe de la mayoría del Parlamento, donde radica la representación popular. En Alemania por ejemplo para constituir un nuevo gobierno, el Parlamento elije un canciller y el presidente, cumple con la formalidad de nombrarlo. Lo mismo sucede en las monarquías constitucionales, donde son producto de la soberanía popular, tenemos que Japón como monarquía constitucional impone la investidura parlamentaria, obligando al Emperador a nombrar al primer ministro electo por el Parlamento. También en España si bien el rey presenta al candidato para ser primer ministro, la elección parlamentaria precede al nombramiento por parte del rey. En el Reino Unido, Holanda, Luxemburgo y Dinamarca el proceso es construido desde el punto de vista del monarca, entonces el monarca nombra nuevo primer ministro y los mantiene en su puesto en tanto el Parlamento no exprese un rechazo a este nombramiento. Escoger al primer ministro efectivamente depende de la composición del Parlamento, también si es necesario, puede ser producto de las negociaciones políticas mediante una coalición. Está claro que el monarca no va a nombrar un primer ministro, que inmediatamente sea confrontado a un voto de no confianza por el Parlamento.

El rol del jefe de Estado en el proceso político

Es la figura central, más allá de los sistemas donde el jefe de Estado es un icono meramente decorativo o ceremonial, su influencia puede ser considerable en el proceso que conduce a la formación del nuevo gabinete. Especialmente en el caso en que los parlamentos están compuestos por muchos partidos políticos y en teoría es posible la realización de coaliciones. En Israel y Bélgica es un gran problema determinar a quien el jefe de Estado designará como primer ministro dada la atomización partidaria.

En los sistemas presidenciales, la investidura parlamentaria, en el sentido europeo, no es parte en el proceso de formación regular de un gobierno, porque el jefe de gobierno recibe el mandato de los mismos electores. Considerando, por ejemplo, los Estados Unidos es un sistema presidencial diferente de sus homólogas europeas por el hecho que en los Estados Unidos las dos cámaras del Congreso van a elegir al presidente, si ninguno de los candidatos ha obtenido la mayoría de los votos de los colegios electorales. Además que el presidente nombra al gabinete y a los jueces federales. Esto último con el consentimiento del Senado.

MODELOS QUE LOS ESTADOS ADOPTAN DE LA INTERRELACIÓN DE SUS ELEMENTOS BÁSICOS

La composición del territorio

Todo territorio se subdivide en componentes más pequeños o subunidades. Habitualmente, se divide en federal o unitario, pero, también existen otras formas de asociación, como el poder compartido entre grupos étnicos o religiosos sin tener un vínculo territorial, que en esencia no son formas de federalismo.

El federalismo está relacionado con la distribución territorial del poder dentro de un sistema constitucional. El federalismo se acentúa en las "subunidades territoriales"[27] que componen un determinado Estado, tienen privilegios, especialmente su participación en las decisiones federales consagradas en la Constitución nacional. El fenómeno contrario al federalismo es el Estado unitario, donde el poder puede ser transferido a las regiones, pero al mismo tiempo puede ser recuperado por la autoridad central, sin que puedan oponerse las regiones.

No existe teoría específica sobre el federalismo que defina de forma clara un sistema federal. Hay muchos matices entre un sistema centralizado y una asociación libre de regiones. Sin embargo, podemos deducir algunas características que distinguen los sistemas federales de los unitarios.

Características del sistema federal

Autonomía regional

Estas fracciones territoriales, poseen poderes legislativos e instituciones independientes, autónomas respecto a la autoridad central. En los denominados sistemas federales puros[28], estas porciones territoriales pueden ser capaces de establecer su propio sistema constitucional y regular sus propios asuntos sin la interferencia del gobierno federal; sin embargo la federación puede establecer límites, prescribiendo ciertos estándares mínimos. Por ejemplo, tanto Alemania como los Estados Unidos disponen que cada uno de sus Estados miembros deben mantener el sistema republicano de gobierno.

27 En este contexto utilizamos esa denominación a una porción territorial, que sin constituir un Estado independiente, significa, una organización, llámese, región, departamento o Estado.

28 Archivos.juridicas.unam.mx. (2019). EL FEDERALISMO COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN. [online] Available at: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3045/7.pdf [Accessed 8 Nov. 2019].

Primacía federal

La ley federal prima sobre las leyes de sus porciones territoriales. Si la ley federal no subordina a las leyes emitidas por circunscripciones que sean manifiestamente contrarias, en materias donde la ley federal es competente, entonces las regiones son completamente autónomas. En ese caso, no habría suficiente cohesión para llamarse Estado federal, estaríamos ante una *confederación* de Estados independientes. Alternativamente a la supremacía federal se aplica una separación muy estricta de competencias mutuamente excluyentes. Si ningún poder puede ser ejercido por un solo nivel a la vez, la supremacía federal no es necesaria[29]. Sin embargo, la mayoría de las federaciones en el mundo aplican la supremacía de la ley federal.

Representación regional

Es crucial que las fracciones territoriales participen a través de sus representantes en las decisiones a nivel federal. Como resultado, las regiones no son meros receptores pasivos de las leyes federales y por lo tanto no están aisladas de los niveles nacionales. Por eso, además de tener autonomía en sus propios asuntos, ellos participan en la totalidad del sistema. La representación regional a nivel federal es usualmente ejercida por la Cámara alta. La cámara baja entonces representa a la población de toda la federación en su conjunto, por eso se le denomina representación nacional.

Constitucionalización de sus competencias

Los poderes autónomos de las porciones territoriales y su representación a nivel federal deben estar consagrados en una constitución nacional (federal). Por otro lado, las regiones en los estados unitarios reciben sus poderes de la legislación ordinaria nacional; la inserción de estos principios en la constitución asegura la denominación de Estado Federal.

Intervención en las reformas constitucionales o enmiendas[30]

Las fracciones territoriales deben estar envueltas en el proceso de modificación constitucional.Sin esta prerrogativa, las regiones dependerían de la voluntad de la autoridad central para mantener su autonomía y facultades. La participación, en una enmienda constitucional, usualmente toma la forma de ratificación de las enmiendas por dichas porciones territoriales que usualmente son parlamentos o asambleas.

29 Este principio se aplica en el sistema belga.

30 Constitutional Amendment Process https://www.archives.gov/federal-register/constitution

Órgano de solución de conflictos de competencia

Debe existir un árbitro independiente que resuelva los conflictos de competencia entre la autoridad central y las descentralizadas sobre el alcance de sus poderes. Ese árbitro puede ser el poder judicial, específicamente un Tribunal Constitucional o un Tribunal Arbitral. De otro modo, permitiendo que la autoridad central interprete unilateralmente, el alcance de los poderes regionales se convertiría en un sistema unitario de facto. Contrariamente, si las porciones territoriales individualmente definieran sus propios poderes, se debilitaría la cohesión nacional y se podría disolver la federación.

Niveles de cohesión del federalismo

Las federaciones varían en el grado de poder que se asignan a las regiones que las componen. El caso de Austria es considerado una forma atenuada de federalismo, en comparación con el modelo alemán. La Cámara Alta está compuesta de senadores, que son electos por los parlamentos regionales; no están sujetos a mandato imperativo de las regiones que representan y normalmente sólo tienen el poder de demorar o retrasar, pero no parar la adopción de leyes federales. En el caso alemán la Cámara Alta se llamado Bundesrat[31] y representa a los gobiernos regionales, sus votos son tomados en forma uniforme, región por región y los vetos que emiten sólo pueden ser dejados de lado en la cámara baja por mayorías más altas, que en votaciones ordinarias. Entonces Austria refuerza la unidad nacional a expensas de los poderes regionales, a diferencia de Alemania que se caracteriza por una representación regional más fuerte. Al mismo tiempo, los gobiernos regionales representados en la Cámara Alta alemana ejercen diferentes tipos de votos (de acuerdo a su peso específico en base a la densidad poblacional). En el Senado americano todos los Estados, pequeños y grandes tienen dos senadores. El federalismo es más estricto cuando se hace énfasis en la igualdad hipotética de las unidades que lo componen.

Los Estados unitarios pueden tener algunas características que tienen los federales. El concepto de descentralización de poder se encuentra en cualquier modalidad de Estado, siendo la base del sistema federal. La idea generalizada se basa en que existen ciertos poderes que deben ser ejercidos por la integridad de la nación y otros que deben ser ejercidos de manera descentralizada. Las decisiones descentralizadas permiten que diversas regiones o municipalidades tomen en cuenta las necesidades locales.

31 Article 50 of the Basic Law describes the key aspects of the Bundesrat's role: "The Länder shall participate through the Bundesrat in the legislation and administration of the Federation and in matters concerning the European Union." http://www.bundesrat.de/EN/funktionen-en/funktionen-en-node.html

Formas que adopta el federalismo

Los sistemas federales pueden ser clasificados bajo diferentes tipos.

En algunos casos los Estados usan sus poderes independientes para crear un nuevo sistema federal, ejemplos Suiza, Estados Unidos y Alemania. Contrariamente, algunos estados unitarios restablecen el sistema federal o distribuyen muchos de sus poderes a las regiones, convirtiéndose en federales. Ejemplos de federaciones relativamente nuevas como la India, México y Sud África. Un ejemplo de federalismo descentralizado puede ser Bélgica, que estableció regiones poderosas basadas en el tipo de idioma.

La descentralización de los estados unitarios puede ser simétrica o asimétrica. Se han adoptado otras soluciones respecto a la simetría de la distribución de poder entre regiones, conocidas como federaciones simétricas[32], donde, cada componente o región tiene igual alcance y poder. En los sistemas federales asimétricos, algunas regiones cuentan con más autonomía que otras. Por ejemplo, en España, el País Vasco tiene mayor autonomía comparado con las demás comunidades autónomas. Las unidades territoriales de Rusia difieren en el grado de autonomía entre el estatus de las provincias rusas y las llamadas repúblicas autónomas.

En el Reino Unido, se acordó primero darle mayor autonomía a Escocia, mientras que Gales tuvo inicialmente menos poderes. La isla francesa de Córcega tiene un estatus diferente a otras regiones francesas.

El término desconcentració[33]n significa transferir poder, en particular poderes legislativos a las regiones de manera asimétrica. La descentralización tiene connotación de simetría y está típicamente limitada a los poderes administrativos o regulatorios. La diferencia entre los poderes legislativo y administrativo regulatorio es que pueden ser ejercidos en ciertas aéreas designadas libremente.

Incluso donde el alcance del poder es el mismo para todas las regiones, las federaciones simétricas pueden todavía diferir en el modo como inviste a las regiones individuales la representación nacional. En Alemania el número de votos por estado en la cámara alta depende del tamaño de la población, por lo que son tratados de manera diferente si comparamos con los Estados Unidos que tienen el mismo número de senadores.

32 https://felipenha.jusbrasil.com.br/artigos/114760808/caracteristica-do-federalismo-simetrico-e- assimetrico

33 http://www.fao.org/docrep/006/ad724s/ad724s01.htm

Características del unitarismo

Como ha sucedido en nuestro país, las fuerzas conservadoras en los Estados Unitarios son reacias a que se conviertan en federales porque puede significar el debilitamiento de la autoridad central y que la patria se desintegre. Sin embargo, a menudo la introducción del federalismo o una mayor descentralización es un compromiso de apaciguar a los movimientos secesionistas y mantener la unidad del Estado. La adopción de sistemas federales o cuasi federales, en España, Bélgica y el Irak de la postguerra fueron diseñados para preservar la autonomía de los grupos étnicos, religiosos y culturales aliviando las tensiones y preservando la integridad del Estado.

Pero la existencia de Estados bicamerales en sistemas no federales es contradictoria, como por ejemplo el senado checo que es elegido por distritos, en lugar de una representación proporcional. El senado francés representa a las subdivisiones del país y son escogidos por representantes elegidos a nivel nacional, regional o local en los departamentos[34]. Por supuesto la presencia de una cámara alta en estos países unitarios obedece a factores históricos. Entre ellos, tener otra cámara que proporcione un contrapeso a la cámara baja. Sin embargo el hecho de que no se considere el carácter de federal, muchos países unitarios suscriben las mismas ideas federalistas de descentralización del poder.

Por último, es necesario recurrir a la fuente misma de una institución. Por eso este capítulo se basa en un análisis de R. Carré de Malberg, donde se prevé muchas de las circunstancias que se ha venido desarrollando en los subsiguientes gobiernos representativos.

Aspectos preliminares

La teoría francesa se nutre de la noción de que los individuos de una u otra forma participan en los diferentes órganos del Estado, no siendo titulares, por lo que ejercen derechos en representación de las personas que sí son los legítimos titulares.

La base del sistema es la noción de nación[35] que supone el elemento clave de la soberanía del Estado, que sin lugar a dudas nos lleva a un gobierno representativo.

"El derecho político de Francia -dice Duguit- se basa por entero en esta fórmula: el pueblo en su totalidad, realidad personal, distinta de los individuos que lo componen, la nación persona es el titular de la soberanía"[36]. El concepto de nación en este contexto se plasma como un todo orgánico y único. El resultado de su organización lleva a la consolidación de una persona jurídica, denominada

34 https://www.senat.fr/lng/es/los_senadores/las_elecciones_senatoriales.html

35 Duguit (Manuel de droit constitutionnel, 1ª ed., pp. 274-275; Traite, vol. I, Pág. 303)

36 L'État, vol. II Pág. 24

"persona Estado", cuya organicidad nos lleva a un ente único que incluye a todos los ciudadanos, en el que reside la soberanía y no en otros órganos como parlamentos o asambleas.

Cuando se forma la primera república de Francia, la delegación de poderes es el aspecto fundamental. Siendo la nación la fuente de los mismos, los que a su vez son delegados por la constitución.

Este es el concepto de delegación que se materializa en la denominada representación nacional. Los diputados o asambleístas u otra denominación son los representantes ante este organismo.

Si existe la condición anterior, podemos afirmar que existe el principio de nación soberana, cuyo ejercicio se plasma a través de sus delegados. Tal como fue planeada en el inicio de los primeros procesos constituyentes, la idea de representación se extraía del principio de la soberanía nacional.

Este modelo francés se basa en la universalidad de los nacionales, que la soberanía es indivisible y despersonalizada, lo que implica que ningún representante, pueda actuar a nombre propio, sino que sus actos se realicen a nombre de la nación.

Claramente las personas investidas de la potestad pública ya no actúan por voluntad propia, sino ejerciendo la voluntad nacional.

El surgimiento del gobierno representativo se basa en la soberanía nacional, en contraposición a los modelos puros democráticos y monárquicos.

La acepción "régimen representativo" subyace en que el pueblo gobierna a través y por medio de sus elegidos, como contraposición al régimen del despotismo, en que el pueblo no participa o tiene acción sobre sus gobernantes, distinto al gobierno directo, en el que los ciudadanos se autogobiernan.

Es indudable que existe un grado de participación de los ciudadanos en la cosa pública o gobierno, esta reduce a la forma de participación del electorado.

La relación entre elegidos y electores tiene que ser armónica, dado que la elección solo es por un periodo corto de tiempo, que si consideran mantenerse en tal condición tiene que someterse a la participación de los electores y buscar la reelección que sólo será posible si se mantiene un acuerdo con ellos.

Derecho público por representación

En sentido estricto, el nombre de representante se reserva a los asambleístas de los parlamentos electos por los ciudadanos. Tenemos una asociación de ideas, como la representación de la elección, los diputados del cuerpo legislativo son considerados como representantes de la nación, por cuanto los eligen los miembros del cuerpo nacional o, por lo menos, gran número de ellos.

En el supuesto que la soberanía reside en el pueblo comprendería a todos los ciudadanos de manera individual. Las consecuencias serían que el ciudadano podría ejercer la soberanía por sí mismos, con la prescindencia de representantes, entonces no se instituirían regímenes representativos.

Por otro lado, Rousseau[37] niega absolutamente toda posibilidad de representación política; de la incompatibilidad del régimen representativo con la soberanía popular.

Bajo este supuesto la voluntad general no es susceptible de ser representada, por ser inalienable, de la misma forma que la soberanía[38].

Para Rousseau el pueblo no podría transmitir ni delegar su soberanía; nadie, incluso los elegidos por el pueblo, podría pretender expresar la voluntad general por representación del pueblo, es decir, en su lugar. *(Contrato social)*[39].

Sin embargo, en los grandes Estados modernos es imposible contar continuamente con todos los ciudadanos y hacer que el pueblo mismo ejerza íntegramente su soberanía.

Inevitablemente el pueblo tendrá que nombrar sus representantes. Por eso Rousseau sostiene que el régimen representativo no tiene más fundamento y justificación que una necesidad de orden puramente material.

---

37 Jean-Jacques Rousseau (Ginebra, Suiza, 28 de junio de 1712 - Ermenonville, Francia, 2 de julio de 1778) fue un escritor, filósofo y músico definido como un ilustrado, siendo parte de sus teorías una reforma a la Ilustración y prefigurando al posterior romanticismo. Las ideas políticas de Rousseau influyeron en gran medida en la Revolución francesa, el desarrollo de las teorías republicanas y el crecimiento del nacionalismo. Su herencia de pensador radical y revolucionario está probablemente mejor expresada en sus dos más célebres frases, una contenida en El contrato social: «El hombre nace libre, pero en todos lados está encadenado»; la otra contenida en su Emilio o de la Educación: «El hombre es bueno por naturaleza», de ahí su idea de la posibilidad de una educación. http://cibernous.com/autores/rousseau/teoria/biografia.html.

38 Contrato social, lib. II, cap. I

39 En filosofía política, ciencia política y sociología, el contrato social es un acuerdo real o hipotético realizado en el interior de un grupo por sus miembros, como por ejemplo el que se adquiere en un Estado en relación a los derechos y deberes del estado y de sus ciudadanos. Se parte de la idea de que todos los miembros del grupo están de acuerdo por voluntad propia con el contrato social, en virtud de lo cual admiten la existencia de una autoridad, de unas normas morales y leyes, a las que se someten. El pacto social es una hipótesis explicativa de la autoridad política y del orden social. El contrato social, como teoría política, explica, entre otras cosas, el origen y propósito del Estado y de los derechos humanos. La esencia de la teoría (cuya formulación más conocida es la propuesta por Jean-Jacques Rousseau) es la siguiente: para vivir en sociedad, los seres humanos acuerdan un contrato social implícito, que les otorga ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad de la que dispondrían en estado de naturaleza. Siendo así, los derechos y deberes de los individuos constituyen las cláusulas del contrato social, en tanto que el Estado es la entidad creada para hacer cumplir con el contrato. Del mismo modo, los hombres pueden cambiar los términos del contrato si así lo desean; los derechos y deberes no son inmutables o naturales. Por otro lado, un mayor número de derechos implica mayores deberes; y menos derechos, menos deberes. http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContratoIndice.htm

La doble consecuencia práctica

El elegido no tiene iniciativa propia, es como un simple mandatario que tiene que actuar según las órdenes imperativas de sus electores

Esto hace que no puedan los mandatarios aprobar finalmente nada, sin tener que contar con la ratificación del pueblo bajo sanción de nulidad.

Rousseau solo reconoce que el régimen representativo se encuentra bajo la reserva del mandato imperativo y de la ratificación popular, que son en realidad procedimientos de gobierno directo y que constituyen, en efecto, según la doctrina del contrato social la forma y la medida en la que el gobierno directo debe mantenerse en los Estados de régimen representativo.

Para R. Carré los representantes, lejos de tener que obedecer las órdenes populares, son llamados o son elegidos para gobernar al pueblo, ejerciendo su función con plena independencia respecto de sus electores.

El régimen representativo es lo opuesto del gobierno directo, con el cual se encuentra en perfecta antinomia, pues tiene por objeto hacer que se ejerza la soberanía por las personas o cuerpos representativos sin el concurso del pueblo, e incluso con exclusión de este.

La relación que se establece entre electores y elegidos es de naturaleza contractual, similar a la que resulta del contrato civil de mandato. Así pues, la elección del representante se trata como una operación de mandato; se considera al elector como mandante y al elegido como mandatario.

El acto eleccionario constituye una transmisión de poderes de los electores a sus elegidos. La misma palabra "mandato" implica que el representante ejerce su función como encargado de representar, es decir, en virtud de una delegación o comisión que le ha sido dada por los electores-mandantes.

Para construir la teoría del mandato electivo, es admisible, como punto de partida que la soberanía reside en el pueblo. En el momento de la elección el pueblo es representado por el cuerpo de los electores y en este cuerpo electoral,se encarna el soberano.

Consecuentemente, el parlamento tiene como función expresar no la voluntad de los electores, sino únicamente la voluntad de la nación. Así, el régimen representativo se aleja totalmente de las concepciones políticas de la escuela de Rousseau[40].

40 Vergara Estévez, Jorge. (2012). Democracia y participación en Jean-Jacques Rousseau. Revista de filosofía, 68, 29-52. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602012000100004

Entre el representante y el órgano existe gran diferencia. El representante habla por cuenta de una persona distinta a él. Toda representación implica esencialmente dos personas, una de las cuales es el representado, en cierto sentido, superior a la del representante.

Por eso la relatividad del régimen llamado representativo, no es en sí de representación en sentido estricto, pues el cuerpo de los parlamentarios no puede considerarse como representante de los ciudadanos ni de la nación.

El desarrollo del gobierno representativo

De Carré concluye que, según su voluntad de desarrollar un régimen representativo fundado en la idea de la soberanía nacional pura, las sucesivas constituciones han colocado la preponderancia de la acción soberana en un Parlamento elegido, en el que se han desarrollado las voluntades de los electores. En la evolución de las ideas democráticas han consolidado las ideas de gobierno directo, entendido la clase de gobierno que lleva a que el parlamento sea el instrumento de la voluntad del pueblo.

Por último, existen instituciones que no se condicen con el régimen de representación, pero que responden, en el fondo, a los principios del gobierno directo. Como la representación de intereses porque es imprescindible que todas las aspiraciones de orden material o moral de un pueblo se plasmen ante la existencia de diversos intereses ciudadanos, encuentren su representación en el Parlamento y puedan no sólo manifestarse en él, sino también obtener la solución a sus problemas específicos.

REFLEXIONES FINALES

Los sistemas occidentales comparados, contemporáneos, se dividen en dos: los regímenes parlamentarios y los presidencialistas. Aparentemente uno significa que tiene un presidente y el otro solamente parlamento. Esto es falso como, analizamos en este documento, los sistemas presidenciales tienen parlamentos como los Estados Unidos y los sistemas parlamentarios pueden tener presidentes como Alemania. La diferencia fundamental radica en los regímenes parlamentarios, el jefe de gobierno no es elegido directamente por el pueblo, sino que tienen que contar por lo menos con el respaldo de la mayoría parlamentaria, a diferencia del modelo presidencialista en el que el presidente es elegido paralelamente por el pueblo. Entonces debemos afirmar que el primer ministro en el modelo parlamentario no es un desconocido para el Parlamento, sino que este es un parlamentario que cuenta con el respaldo de la mayoría. Esto hace que tenga un poder considerable, ya que puede promover legislación e incluso tiene la facilidad de solicitar presupuesto para sus políticas de Estado. Un presidente en un sistema presidencial, por otro lado, si bien es más estable en el cargo, sino que puede ser removido con un antejuicio, tiene además la potestad de nombrar secretarios o ministros, sin la necesidad de la conformidad del parlamento. No puede, en cambio, sin conseguir el apoyo del congreso promover cambios legislativos y solicitar presupuesto al congreso. En nuestro sistema al haber incorporado ambos regímenes tenemos

conflictos permanentes entre el parlamento y el ejecutivo, que utilizan figuras como la censura y el voto de confianza a ministros que en la mayoría de los casos no son políticos y menos pertenecen al parlamento, por lo que al ser ajenos al proceso democrático del país producen fisuras a este sistema ensamblado, con partes que no encajan unas con otras.

El desarrollo de nuestro sistema ha producido una confusión entre el jefe de Estado y el jefe de Gobierno, de los modelos estudiados se reconoce una separación de funciones muy clara, por ejemplo en los sistema monárquicos constitucionales el monarca es el jefe de Estado y el primer ministro es el jefe de gobierno. Esto hace que exista en el país una solución de continuidad, por ejemplo, en Inglaterra, en el periodo del actual monarca se han cambiado más de quince primeros ministros, o sea que se han turnado esa cantidad de gobiernos, pero solo ha habido un jefe de estado en más de sesenta años. En el sistema presidencial como el norteamericano, no se cambia todo el parlamento, cada vez que es elegido un nuevo presidente, solo un tercio se renueva, lo que da una continuidad al sistema. En nuestro sistema, con un presidente nuevo entra un parlamento también renovado que tiene que coexistir con él el mismo lapso de tiempo. Así tenemos que si la mayoría parlamentaria es afín al presidente, no existe hay una fiscalización férrea o habrá déficit en la calidad legislativa, a la inversa se produce una permanente fricción entre estos poderes, lo que lleva a un desgobierno u obstrucción mutua en sus actividades.

Es complicado mantener un estado unitario como el nuestro, que solamente ha producido, centralismo y el consiguiente atraso de las provincias. Si el camino es a un Estado federal, entonces es necesario garantizar la participación de las unidades territoriales en la toma de decisiones a nivel central, como en Estado Unidos o Alemania que hacen participar a sus unidades territoriales, llámense Estados o landers en la cámara alta o Senado.

En lo que se refiere al régimen representativo, tenemos que observar que solo tenemos un sistema de representación, lo que llamamos representación nacional, que no tienen mandato imperativo, lo que significa que obedece a la teoría clásica de Sieyès, que sostiene que una vez electos los parlamentarios no se deben a sus electores, sino a su conciencia; si bien en otros países existe este sistema, sin embargo, sistemas como el alemán o francés los combinan con representantes y si obedece a mandato imperativo, equilibrando el sistema en dos cámaras que obedecen a distintos intereses.

Finalmente, el presente artículo es la expresión de la inquietud del autor ante la incompatibilidad de los sistemas que se han alternado en intensidad, que son el parlamentario y el presidencial. A lo largo de esta investigación, sin embargo, está claro que no existe una formula óptima donde se conjuguen ambos modelos, somos víctimas de esta indefinición. La aplicación del artículo 134 de la Constitución de la Republica del Perú es muestra de la improvisación con la que se han introducido algunos implantes, que han producido cortos circuitos en nuestro sistema de gobierno, tratando de poner candados, pero ¿es serio introducir figuras como la disolución del Congreso y después cuando se decide poner en práctica se produce una total confusión e inestabilidad política? Obvio que no, por eso si bien no resolvemos el problema exponemos metódicamente los elementos necesarios para poder tener un sistema más estable y predecible.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CARRE DE MALBERG R. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de cultura Económica.1326 pp.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima-Perú: Editorial Palestra Editores S.A.C. 780 pp

HELLER, Hermann. (1987). *Teoría del Estado*. México: Fondo de cultura económica. 341 pp.

HERINGA, Aalt Willen & KIIVER, Philipp, Constitutions Compared (An Introduction to Comparative Constitutional Law), Intersentia Antwerp – Oxford – Portland, 2009, 323 pp.

JELLINEK, George (1958). *Teoría general del Estado.* México: Editorial Continental. 647 pp.

KELSEN, Hans (1973). *Teoría general del Estado*. México: Editora nacional. 544 pp.

PÉREZ ROYO, Javier (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. Barcelona: Editorial Blume. 203 pp.

PORRÚA PÉREZ, Francisco (1954). *Teoría del Estado*. México: Editorial Porrúa. 412 pp.

POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político: Teoría Del Estado*. Santiago-España: Editorial Librería de Victoriano Suarez

ZIPPELIUS, Reinhold (1985). *Teoría general del Estado*. México: UNAM Instituto de investigaciones jurídicas. 467 pp.

INFORMATOGRAFÍA

EVELYNE Huber, Dietrich Rueschemeyer y John Stephens, “The paradoxes of Contemporary Democracy. Formal, Participatory, and Social Dimensions”. En: Comparative Politics, Abril 1997 (p. 323-342).

HAGOPIAN, Frances: “Economic Liberalization, Party Competition, and Elite Partisan Cleavages: Brazil in Comparative (Latin American) Perspective. Paper presented for the Workshop on the Analysis of Political Cleavages and Party Competition, Duke University, Abril 2004.

INGLEHART, Ronald: Modernization and postmodernization: cultural, economic, and political change in 43 societies. Princeton, Princeton University Press.

MUNCK, Gerardo, y Richard Snyder: “El pasado, presente y futuro de la política comparada: un simposio”. En: Política y Gobierno, vol. XII, n° 1, I semestre de 2005. México D.F., p. 127-156).

SARTORI, Giovanni, Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados (1994). México D.F., FCE, segunda reimpresión, 1996. Ver parte introductoria, primera parte “Sistemas electorales”, y segunda parte “Presidencialismo y parlamentarismo” (p. 1-156).

TILLY, Charles, ed.: The Formation of National States in Western Europe. Princeton, Princeton University Press, 1974.



Ángel Quispe Gonzales

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5107

LA PERVIVENCIA DE LAS ORDENANZAS DE BILBAO EN EL DERECHO COMERCIAL PERUANO

Por Víctor Hugo Chanduví Cornejo[1]

RESUMEN

El presente artículo pretende examinar la influencia de las Ordenanzas de Bilbao en el Derecho Comercial en el Perú colonial y su influencia en la gestación y conformación del Derecho nacional de los siglos XIX y XX.

El descubrimiento y conquista de América en el siglo XVI habrá de plantear un cambio muy importante en la concepción del mundo, en la concepción de la sociedad, en la idea del derecho y de la justicia. Se inicia la aplicación de la legislación Castellana y lo que se conoce como Derecho Indiano, o sea el Derecho de Castilla, incluyéndose algunas Ordenanzas españolas que por cédulas especiales pasaron a regir en las colonias; ordenanzas que podrían llamarse de Derecho Indiano, no por su origen sino por su naturalización. Las llamadas ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737, que representaN el momento culminantes de toda la actividad legislativa relativa al comercio de Bilbao en el siglo XVIII, aprobadas y confirmadas por Felipe V el 2 de diciembre de 1737 y que estuvieron en vigor en España hasta la aprobación del Código de Comercio español de 1829 y en el Perú hasta la promulgación del primer Código de Comercio de 1853.

Palabras Claves: Ordenanzas de Bilbao, Derecho Comercial, Código de Comercio

1 Decano de la Facultad de Derecho de la UPAO, docente principal en el área de Derecho Comercial e Historia del Derecho

ABSTRACT

This article aims to examine the influence of the Bilbao Ordinances on Commercial Law in colonial Peru and its influence on the gestation and formation of national law in the 19th and 20th centuries.

The discovery and conquest of America in the sixteenth century will have to pose a very important change in the conception of the world, in the conception of society, in the idea of law and justice. The application of the Castilian legislation begins and what is known as Indian Law, that is, the Law of Castile, including some Spanish Ordinances that by special certificates came into force in the colonies; ordinances that could be called Indian Law, not because of their origin but because of their naturalization. The so-called ordinances of the Bilbao Consulate of 1737, which represents the culminating moment of all the legislative activity related to Bilbao's trade in the 18th century, approved and confirmed by Felipe V on December 2, 1737 and which were in force in Spain until the approval of the Spanish Commercial Code of 1829 and in Peru until the promulgation of the first Commercial Code of 1853.

Key Words: Bilbao Ordinances, Commercial Law, Commercial Code

1. EVOLUCION HISTORICA DEL COMERCIO Y DEL DERECHO COMERCIAL

El comercio ha jugado un papel importante en la gestión económica productiva de los pueblos, más aun de las incipientes naciones que iban logrando su independencia de España.

Según Sánchez Cornejo (1963), la consolidación de los derechos de los comerciantes y el robustecimiento de la jurisdicción contribuyeron de modo importante a que esta se mantuviera incluso después dela Independencia. Según este tratadista español, no sólo se buscó una conjunción armónica de las normas ius comerciales, sino también de la posibilidad de simplificar la tarea mercantil. De la misma opinión jurídica es León Montalbán31(1964), al referirnos que las instituciones privadas comerciales requirieron en todo momento seguir adoptando la normatividad consular.

En otras legislaciones se cuenta con códigos o leyes que regulan la actividad mercantil

Examinando los sistemas legales se halla una triple distinción: El derecho consuetudinario que predominó en la Edad Media; el derecho colonial con su orientación recopiladora y el derecho codificado que es peculiar de los tiempos contemporáneos.

La existencia de códigos, en el sentido moderno, no se llega a concebir hasta fines del siglo XVII; pero se divulga a principios del siglo XIX. A fines del siglo XVIII regia el Estado absoluto. Convivían con él una serie de dificultades de orden jurídico de un mismo Estado, se daba el caso de un derecho nacional

y un derecho señorial, o sea aristocrático, de derechos territoriales correspondientes a determinadas regiones y de derechos municipales. Al desarrollo de la unificación contribuyó la teoría jusnaturalista consagrando que el fundamento del Derecho es la razón y que por consiguiente el Derecho puede enunciarse en forma escrita y coordinada. El filósofo Leibniz planteó la conveniencia de los códigos secundado por el jurista y profesor Wolff y cristalizó esta aspiración en la dación del Código austriaco (1767) y prusiano (1794).

Luego aparece el Código de Napoleón que es impuesto a los países conquistados por la espada del general francés. Ante esta invasión jurídica surge el nacionalismo alemán y como fruto nace la “Escuela Histórica" de Savigny, con su teoría de que la codificación obstaculiza el proceso del derecho que es un fenómeno espontáneo y popular.

Detenida la corriente codificadora en Alemania, recibió, sin embargo, impulso favorable con el Código de Napoleón, que fue llevado, como se ha dicho a diversos países europeos. No obstante, la fascinación francesa y el movimiento a favor de la codificación durante los primeros treinta años de la vida republicana del Perú continuo el Derecho colonial en su forma recopilada. Los legisladores peruanos fueron prolíficos en expedir Constituciones, pero se mostraron indiferentes o impotentes para dar códigos. No era mejor situación en los demás países americanos.

La transformación del Derecho privado empieza a operar dentro de las disposiciones tomadas por los primeros gobiernos del Perú Independiente, sea en la forma de constituciones, leyes o decretos.

Por lo que a Bilbao respecta, aunque algunos autores se refieren a unas "ordenaciones" de Bilbao que datan de 1399, los datos históricos comprobados se refieren a una primera norma de la “Casa De Contratación” de Bilbao de 1459.

Felipe V aprobó, el 2 de diciembre de 1737, las ultimas y más completas Ordenanzas de Bilbao, antecedente de los códigos de comercio.

Faustino Álvarez de Manzano Adolfo Bonilla y Emilio Miñana (Tratado de Derecho Mercantil Español comparado con el extranjero, Madrid 1915) sostienen que ellas regulan todas las instituciones del comercio en general y nada hay que racionalmente se oponga a considerarlas como un verdadero "Código”.

En efecto, las ordenanzas de 1737 constaban de 29 capítulos con 723 números o artículos y su relación capitular ya explica claramente su carácter de legislación general mercantil.

Cuando las Cortes de Cádiz, en 1810, acordaron el nombramiento de una comisión para redactar el primer Código de Comercio General de España, las Ordenanzas de Bilbao ya tenían un reconocimiento de ipso facto como tal, la aceptación de ese hecho fue el acierto de Pedro Sainz Andino que en 1829 elevó una exposición al rey señalándole la urgencia de promulgar un Código de Comercio y ofreciendo un proyecto basado en una mixtura entre las Ordenanzas de Bilbao y el Código francés.

Oído el parecer de expertos en maestría, el proyecto de Sainz de Andino fue aceptado, promulgándose como Ley del Reino el 30 de mayo de 1829 para que entrara en vigor el 1 de enero de 1830. Al referirse a este Código, el gran jurista francés Pardessus dijo que es mucho más perfecto que todos los que habían salido a luz hasta entonces, su base técnica -las Ordenanzas de Bilbao de 1737 -facilitaron la consecución de tal altura jurídica mercantilista.

Las Ordenanzas de Bilbao de 1737 rigieron en el Perú hasta el 15 de junio de 1853 en que se promulgó el primer Código de Comercio Peruano.

En efecto, recién por la ley del 10 de enero de 1852 se dispuso la adopción de un Código de Comercio, el español de 1829. que como ya hemos señalado se forma por la mixtura de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y el Código de Comercio francés de 1807.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL COMERCIO Y DEL DERECHO COMERCIAL

a. Edad Antigua

En la Edad Antigua el comercio no tiene una orientación bien definida. Por eso después de la destrucción del Imperio Romano por la invasión de los bárbaros y del establecimiento del feudalismo, el comercio terrestre casi se extingue totalmente por falta de buenos caminos, pues la mayor parte de las comunicaciones estaban cerradas y el resto no ofrecía seguridades. En esta época el comercio marítimo se desarrolla más que el terrestre, ya que el mar ofrecía mayores facilidades de transporte y comunicación y la nave mayores comodidades y seguridades que el pesado carromato, constantemente asaltado por los bandoleros y que, además, debía interrumpir su tráfico para pagar tributos los señores feudales en concepto de derecho de tránsito por sus feudos. A medida que el feudalismo va siendo vencido, se forman en los burgos clases libres que son las que van a dar auge al comercio. Además, las cruzadas hacen que los señores feudales, en su afán de recuperar el Santo Sepulcro, vendan sus propiedades a bajo precio para equipar sus fuerzas, con lo que terminan por debilitarse y facilitar el afianzamiento de esas clases libres, que son el antecedente de la actual burguesía.

En la Edad Media aparece ya compilado un Derecho especial para regir las relaciones comerciales.

- LAS LEYES DE WISBUY

Se denomina así a una colección del siglo XV, muy en boga en los mares del Norte. Al principio tuvo carácter particular, pero después fue adoptada por todos los países escandinavos.

Wisbuy es una villa de la Isla de Gotland (Suecia), isla situada en el mar Báltico entre Suecia y Finlandia y alrededor de 10 millas al norte de la costa alemana, en la que se reunían suecos, moscovitas, flamencos, escoceses, franceses, ingleses, etc. Los usos y costumbres fueron imperantes, muchos de los cuales se tomaron de los Rooles de Olerón y se formó una compilación conocida con el nombre de Ordenanzas de Wisbuy. Su verdadero nombre era "Ordenanzas que los mercaderes y patronos de nave formaron antiguamente en la antigua ciudad de Wisbuy".

- LA GUÍA DEL MAR

Fue redactada de 1556 a 1584. Es una compilación hecha por los comerciantes de Ruan.

Tiene como material el seguro marítimo. Puede decirse que la mayor parte de las codificaciones actuales han conservado los principios fundamentales de la Guía del Mar en la materia concerniente a este contrato.

- ORDENANZAS MARÍTIMAS DE LA HANSA TEUTÓNICA

La Liga Hanseática tuvo por objeto proteger el comercio de las ciudades alemanas de las incursiones de los piratas de los mares Báltico y del Mar del Norte.

La región del Báltico era una excelente ruta comercial desde mucho tiempo atrás, pero solo en los siglos XII y XIII experimentó otra dirección. Como consecuencia del estado jurídico de la época, se formaron asociaciones de comerciantes destinadas a obtener la protección legal que les era difícil lograr por la falta de relaciones de carácter internacional.

Se generalizaron los tratados y alianzas comerciales entre las ciudades ribereñas del Báltico y del Mar del Norte y fruto de ellos fue lo que se conoció con el hombre de Hausa Teutónica o Hausa Alemana, que dejó sentir su influencia en el desarrollo del comercio y por ende del Derecho Comercial.

El carácter singular de todas las compilaciones estudiadas es el de ser consuetudinarias, llegando a adquirir mucha fuerza. Los usos mercantiles derogaron los principios del Derecho Privado Común.

b. Edad Moderna

La Edad Moderna se inicia con dos grandes acontecimientos históricos: La caída de Constantinopla y el descubrimiento De América. El descubrimiento de una nueva ruta a las Indias y el descubrimiento de América trajeron como consecuencia el progreso del comercio y de la navegación.

Dos rasgos distinguen el comercio de esta época: el predominio del cabotaje y los transportes terrestres, así como el surgimiento de la navegación de altura o travesía, como resultado de la invención de la brújula.

En esta época el Derecho Comercial adquirió verdadera importancia, siendo objeto de una sistemática regulación. Se establecieron rápidos, sencillos y eficaces procedimientos para ventilar los juicios ante tribunales especiales, los cuales, en parte, estaban constituidos por comerciantes. Si la Edad Media aportó al Derecho Comercial el amplio material con sus compilaciones; la Edad Moderna se distingue por la coordinación de sus principios en un conjunto armónico.

De esta época datan importantísimas compilaciones de Derecho Comercial, tales como las "Ordenanzas de Comercio" de 1673 y las "Ordenanza0s de Marina" de 1681, dadas a iniciativa de Colbert por comisión de Luís XIV.

La primera Ordenanza ha sido llamada Código Savary, como homenaje al comerciante marsellés Jules Savary, autor de la obra publicada en 1675 bajo el título de "El perfecto negociante", quien dejó sentir su influencia o en la redacción de dicha ordenanza. Las "Ordenanzas De Comercio", que se promulgaron con el nombre de "Reglement pour le comerce des negocians marchandas", fueron redactadas por una comisión compuesta de magistrados y de comerciantes, los cuales no sólo utilizaron los usos mercantiles admitidos en las plazas francesas sino además los aceptados en España y otros países.

En cambio, las Ordenanzas de Marina de 1681 fueron redactadas por una comisión compuesta exclusivamente de comerciantes expertos en el conocimiento de los usos propios del comercio marítimo.

Estas Ordenanzas de Colbert, como también se les llama, fueron consideradas como una obra maestra por la gran autoridad y sapiencia de sus disposiciones, constituyendo el Código de Europa en la Edad Moderna y sirviendo de base para la redacción del Código Francés de 1807 y de la mayor parte de los códigos contemporáneos.

Como rezago de la época anterior, de la Edad Media, aparecen las Hermandades de Comerciantes con centro en Burgos, en donde estaban las directivas, las cuales propendían al desarrollo del comercio y a su libertad, así como también a consolidar el derecho de los comerciantes para cobrar gravámenes y al robustecimiento de la jurisdicción consular.

La institución consular es una de las más antiguas en el Derecho Comercial e Internacional. El cónsul es un funcionario local que llega a ser o es privativo de comercio. Los comerciantes de las ciudades italianas de Pisa, Venecia y Génova se internaron en el Egipto y el Asia Menor y establecieron factorías o estaplas, las que fueron exoneradas del pago de impuesto por razón de su utilidad social. Disponían también de cuarteles o edificios seguros en donde residían los comerciantes extranjeros. Es natural que en sus relaciones comerciales estos comerciantes siguieran las costumbres de su país de origen. De ahí surgió la necesidad de una persona que conociera tales usos y estuviera en condición de aplicarlos, como sucedía con los cónsules en los países de origen de estos comerciantes. Por esto salieron cónsules a los puertos del Mediterráneo y del Asia Menor.

No se comprendería el origen de la jurisdicción consular si no se tuviera nociones de los sistemas jurídicos vigentes en la época. Primeramente, imperaba el sistema de la ley territorial, que consagraba el principio exagerado de que todo Estado no ejerce jurisdicción sino dentro de los límites de su territorio. Posteriormente, como este criterio no dejaba en libertad a las personas y atentaba contra la fijeza del Estado y la capacidad civil de las personas, que estando sometidas a la ley territorial podían modificarlo con sólo viajar de un lugar a otro, se pensó en el sistema de las comitas gentium o cortesía Internacional.

Pero la adopción de este sistema no solucionó el problema, ya que quedaba sujeta a la benevolencia de cada Estado el aceptar o no la aplicación de la ley extranjera y por consiguiente el Estado y Ia capacidad civil de las personas no ofrecían un criterio de juzgamiento uniforme. A fines del siglo XII aparece la teoría de los estatutos, la que hace una división de la ley: la ley relativa a la capacidad de las personas y a su estado civil, constituyendo el estatuto personal; y la ley relativa a los bienes que constituyen el estatuto real. Según este sistema el estatuto real es territorial y el estatuto personal es extraterritorial, sigue a la persona en cualquier lugar en que se encuentre.

En España durante la Edad Moderna debemos citar como obras legislativas de Derecho Comercial las Ordenanzas de la Villa Bilbao, que fueron tres: La Primitiva del sigo XV, la Nueva del siglo XVI complementada en el siglo XVII y la Novísima, sancionada por Felipe V en 1737.

Las Ordenanzas de Bilbao rigieron en el Perú hasta 1853 en que se promulgó nuestro primer Código de Comercio; pero dichas Ordenanzas sólo fueron derogadas en Io que se opusiera a dicho Código (Basadre, a. 1999)

En el Perú es notable el avance que experimenta el comercio de esta época. El 20 de diciembre de 1595 Felipe II dispuso la creación del Consulado y Universidad de Comerciantes de Lima, con iguales privilegios que los de Sevilla y Burgos, a pedido del cabildo y mercaderes de esta ciudad. Se dictaron después 49 ordenanzas sancionadas por Felipe IV en 1672, relativas a la organización de los comerciantes y al establecimiento de la jurisdicción consular.

El Tribunal del Consulado fue suprimido en 1826 y restablecido en 1829. Se dispuso por esta ley de 1829 que en las capitales de departamento y en los lugares de crecido tráfico comercial se eligieran anualmente tres diputados para que conocieran, uno en defecto de otro, de los juicios de comercio en primera instancia.

El Tribunal del Consulado en Lima y fuera de la capital las diputaciones territoriales -en primera instancia, los tribunales de alzada en segunda instancia y la Corte Suprema por recurso de nulidad- conocían de los juicios de comercio. Este sistema se copió en las Ordenanzas de Minería en cuyo preámbulo, textualmente dice Carlos Ill (Real Cédula de 12 de mayo de 1783) "que organice a los miembros en cuerpo formal y unido a semejanza de los consulados de Comercio". Los tribunales de Alzada fueron suprimidos entre nosotros en1875 y el Tribunal del Consulado y diputaciones territoriales

en 1887. Los comerciantes formaban una clase especial, sujeta a las leyes especiales y fuero también especial. Como un rezago de esta organización quedan hoy las Cámaras de Comercio, que no son otra cosa que la reunión de los comerciantes de una ciudad que vela por el fomento de sus intereses. Todavía queda también las diputaciones de minería y el consejo superior de minería y petróleo.

En la época de las Ordenanzas de Bilbao, el Comercio deja de ser un oficio menospreciado, pues a mérito de una Ordenanza de 1775 se estableció que la condición de comerciante no resta privilegios a la nobleza. Esta ordenanza tiene su antecedente en la autorización que Luis XIV dio a los nobles en 1701 para ejercer el comercio sin menoscabo de sus privilegios. Esta disposición se copió de las ordenanzas de minería de Nueva España, en donde se reconoció a la minería científica el carácter de una industria noble por ser la "mayor fuente de Ingreso de ml patrimonio" (Carlos III).

En 1786 se instaló el Tribunal de Minería con sede en Lima y se fundó el Colegio de Metalurgia (Basadre, 4. 1997).

En albores del siglo XVIII España se encontraba sumida en una postración producida por el caos económico y fiscal. El estado español, a pesar de las grandes remesas de oro y plata que llegaban de América, estaba incapacitado de proveerse el capital necesario para el financiamiento de las guerras. Durante la época de los Austrias, la Corona intentó obtener fondos por cualquier medio, para Io cual se vio forzada a la venta de cargos públicos. Los monarcas comenzaron a ceder atribuciones a organismos locales hasta llegar a una situación de gran debilidad y deterioro del poder central.

Cristina Ana Mazzeo manifiesta en su libro *El comercio libre en el Perú* que tres guerras importantes jalonaron la primera mitad del siglo XVIII y gravitaron fuertemente en la reestructuración colonial americana y por ende en la economía española (1701. 1713): la guerra de Sucesión austriaca (1740-1748) y la Guerra de los Siete Años (1756-1763). A través de ellas las grandes potencias expansionistas, ávidas por ganar nuevos mercados, se vieron envueltas en conflictos bélicos que más que políticos fueron económicos y repercutieron notablemente en el espacio colonial americano. En este contexto España fue perdiendo poder y se deterioró el sistema monopólico sobre el cual sustentaba su poderío, debido fundamentalmente a la acción de los corsarios y los barcos neutrales que hacían su aparición en épocas bélicas.

Comenzó el siglo con la guerra de Sucesión Española en 1701, a cuya culminación en 1713 se firmó la Paz de Utrecht, importante documento que Intentó consolidar el equilibrio de poderes. Este documento aseguró la hegemonía de Inglaterra en el dominio del comercio con América. Así obtuvo de Francia la Bahía de Hudson y Terranova; y de España Gibraltar y Menorca, el navío de permiso, el tratado de asiento de negros y la legalización de la explotación del palo campeche en Belice, convirtiéndose esta zona en la primera base territorial inglesa en las posesiones españolas.

La paz se mantuvo hasta 1740 gracias a la diplomacia europea que intentó nivelar los recursos y el poder militar de los estados. Cuando estos poderes se desnivelaron, cuando los intereses

económicos y los beneficios arancelarios pesaron más que los intereses políticos, el equilibrio se rompió y se accedió a una nueva crisis: la guerra de Sucesión austriaca de 1740 a 1748. Esta guerra fue indiscutiblemente una guerra mercantil en la que se manifestaron las eternas rivalidades entre Gran Bretaña, Francia y España.

El tratado de Aquisgrán, en 1748, puso fin a esta contienda y en 1750 se firmó un nuevo tratado comercial entre España e Inglaterra que llevó a un acuerdo en casi todos los aspectos del comercio anglo español. No menos importante fue la finalización del asiento por la South Sea Company. Esta compañía había sido por casi 40 años la principal causa de las malas relaciones entre los dos países. Las condiciones de este tratado establecieron las bases de siete años de concordancia, amistad y mutuos intereses comerciales entre ambos países.

A partir de 1750 España comenzó a recuperarse por la acción indiscutida de los reyes borbónicos - entre los cuales destacan Carlos III (1759-1789) y sus colaboradores que llevaron a cabo una serie de medidas tendientes a robustecer el estado y a restablecer la autoridad de la metrópoli en las colonias que habían alcanzado cierta independencia durante la primera mitad del siglo. La fundación de los virreinatos de Nueva Granada y Río de la Plata y el ascenso de Chile y Venezuela a la categoría de capitanías son claros ejemplos del deseo de centralizar la autoridad y de reforzar el control sobre regiones supeditadas antes a los grandes núcleos virreinales. A estos fines ayudó la obra escrita por José del Campillo en 1743 que exponía los principios básicos para una explotación efectiva de las colonias y para el aumento de la producción en la metrópoli. Las visitas generales hechas por Gálvez y Areche a América demostraron los verdaderos recursos coloniales; se estableció el sistema de intendencias en España; se llevó a cabo el concordato mediante el cual se reconocía la autoridad de la Corona por encima de la Iglesia. Todo ello sumado a un aumento en la explotación de metales tanto en México como en Perú contribuyó a fortalecer las finanzas reales.

A pesar de la tranquilidad de esos años, cuando llegó al trono Carlos III, en 1759, había comenzado una nueva guerra, la Guerra de los Siete Años, que reunió en la contienda a los cuatro continentes. Este monarca tuvo como principal objetivo detener a Inglaterra en su campaña de creciente expansión marítima. Con esa idea firmó con Francia el tercer pacto de familia, en 1761. La guerra terminó en 1763 con la firma de la paz de Paris. Por tercera vez se reestructuró totalmente el mapa colonial de Francia, Inglaterra y España.

En 1776 las colonias de Norteamérica iniciaron su guerra emancipadora y Francia, que se apresuró a reconocer la independencia de los Estados Unidos, se comprometió a garantizarla. España debía optar entre permanecer neutral o situarse al lado de Francia, Io que hizo finalmente debido al tercer pacto de familia. La guerra culminó con la paz de Versalles, 1783. El saldo positivo para España, si es que Io hubo, se limitó a Europa a la recuperación de Menorca y en América a la cesión inglesa de la Florida oriental y occidental. Mantuvo el poder en la costa del Golfo de México, pero no pudo retener Gibraltar y Belice que quedaron en poder de Inglaterra.

Barcos perdidos, negocios arruinados e indemnizaciones por daños fue el saldo negativo de esta guerra. España se fue desgastando en el difícil objetivo de defender sus posesiones y recuperar el comercio colonial.

Por otro lado, Portugal avanzaba a ojos vistas sobre las posesiones españolas al sur del virreinato peruano. Era cada vez mayor el contrabando a través de la colonia del Sacramento y del estuario del Plata. Las mercaderías extranjeras, que ingresaban desde 1713 en el navío de permiso, inundaban el puerto de Buenos Aires. A esto se sumaban los productos que llegaban en los barcos neutrales, los cuales por una Real Orden de 1783 estaban autorizados a abastecer a las colonias en épocas de guerra.

En 1788, luego de algunos años de tranquilidad en las relaciones internacionales, falleció Carlos III y le sucedió en el trono Carlos IV. Al poco tiempo se inició en Francia la Revolución de 1789, la cual condicionó, desde esa fecha, todo el proceso histórico español y el de las colonias americanas. Por primera vez España firmó un tratado de alianza con Inglaterra, de mutuo apoyo para luchar contra Francia, y esto le costó muy caro. En 1793 Francia invadió Cataluña y por una mala jugada de Manuel Godoy España dio la espalda a Inglaterra y, en 1795, firmó con Francia la llamada Paz de Basilea quedando nuevamente unidos ambos países. Inglaterra se cobró con creces este abandono y el 18 de agosto de 1796 España declaró la guerra a Inglaterra.

Esta guerra fue desastrosa para España, "la más desdichada de las alianzas que conducirán a nuestra patria al borde de la ruina". La invasión napoleónica puso en evidencia la debilidad de la monarquía española y agudizó el proceso de deterioro. La guerra terminó en 1805, cuando el almirante Nelson venció a las escuadras española y francesa en el memorable combate de Trafalgar. Inglaterra quedó dueña de los mares y, en consecuencia, las colonias de Francia y España a merced de su flota. Francia había perdido sus colonias, no así España, por lo que Inglaterra intentó una invasión directa a las colonias españolas en el Río de La Plata en 1806 y 1807. No logró apoderarse de ellas, pero sembró en las mismas el germen de la independencia que, a partir de 1810, España ya no pudo detener.

Un siglo de guerras internacionales había deteriorado el poderío de España en beneficio de Inglaterra que fue ganando terreno sobre las colonias de América. El objetivo se había cumplido. La brecha estaba abierta para la obtención de nuevos mercados que ayudarían al desarrollo capitalista industrial de los ingleses. El modelo económico sobre el cual se estructuraba la política de España durante el siglo XVIII era el mercantilismo. Este sistema tenía como base la intervención del Estado con el fin de desarrollar al máximo sus posibilidades y se venía utilizando en Europa desde mediados del siglo XVI, cuando comenzó a surgir la conciencia de una comunidad de intereses nacionales. El mercantilismo no se definió como sistema de pensamiento sino hasta finales del siglo XVII, cuando los liberales intentaron descalificarlo argumentando prácticas que repudiaban.

El mercantilismo fue la política económica de un periodo acumulación primitiva. Esto se llevaría a cabo mediante la estructuración de la sociedad sobre bases eminentemente comerciales y mediante

el fortalecimiento del poder estatal. Todas las monarquías, en mayor o menor grado, se empeñaron en la vía del intervencionismo económico y poco a poco se constituyó una ciencia de la riqueza. Se pensaba que el poder de un país residía en sus reservas de oro y plata y los gobiernos dedicaron toda su atención a los movimientos monetarios tratando de poner fin a la salida de numerario, imponiendo restricciones a la libre importación y, en el caso de Francia, límites a la exportación de insumos para sus manufacturas.

Esta situación llevó a las potencias expansionistas a una competencia internacional en la que se vieron comprometidas la Francia de los Borbones y la Inglaterra de Isabel, con el objetivo de apoderarse de la riqueza del imperio español no muy bien protegido. Richelieu codiciaba los metales preciosos que las flotas de América traían cada año a Sevilla y alentó la formación en Francia de grandes compañías de navegación. Fue Colbert quien formuló los principios más estrictos del mercantilismo: "es necesario aumentar el dinero en el comercio público obteniéndolo de los países de donde proviene, conservándolo en el interior del reino, impidiendo que salga y ofreciendo medios a los hombres para que saquen de él provecho. Colbert incitaba a esa "guerra de dinero". No obstante, fue en Inglaterra donde el mercantilismo tuvo una creación empírica y nacional. Se ha exagerado la idea de fascinación que existía en los mercantilistas por la acumulación del oro y la plata. Si se les dio mucha importancia a las especies preciosas fue porque éstas eran los recursos de los príncipes y el medio para lograrlo necesario para la supervivencia de las cortes y de la aristocracia. Pero fue también importante el desarrollo manufacturero sin el cual no hubiera habido comercio.

Cuando el mercantilismo triunfó en España, Inglaterra y Francia ya estaban en pleno desarrollo las fuerzas productivas y el espíritu individualista que tendían a dejar de lado la antigua reglamentación. Para estos países la plenitud del mercantilismo era un logro del pasado, las doctrinas económicas de los fisiócratas y las ideas de los filósofos de la ilustración les habían marcado ya un futuro nuevo y más avanzado, que la revolución industrial vendría a potenciar, tanto en Io tecnológico como en Io económico. En el siglo XVIII, la mentalidad de los asesores de los monarcas españoles, tras el fracaso de la política de los Austrias, estaba dispuesta a un cambio radical. Fue con los Borbones que se intensificaron las prácticas mercantilistas. Estos vieron la necesidad de revitalizar las relaciones mercantiles con sus colonias rescatándolas de las manos extranjeras y resolvieron hacer algunas modificaciones al sistema. Fue así que, durante la época del marqués de Ensenada, surgió la Idea de diseñar una política ultramarina que reformara la administración indiana y transformara la organización del comercio trasatlántico.

Todos los autores recomendaban la misma táctica aduanera favorable a las exportaciones de manufacturas y prohibitivas para las importaciones competitivas. Las armas para llevar a cabo esta idea eran las compañías de navegación, las manufacturas y las colonias. El mercantilismo español giró en tonto al comercio que ayudaría a conseguir una balanza comercial favorable, es decir que las exportaciones excedieran a las importaciones, desprendiéndose de mercancías y recibiendo metales preciosos.

La industria española no se desarrolló como debía. Puesto que se considera que en España no existió una burguesía con espíritu de empresa que pudiera secundar al estado en su tarea de renovar la industria nacional. Tampoco hubo un mercado interior debidamente articulado que sirviera de estímulo al desarrollo de la producción en gran escala y la industria nacional no consiguió liberarse de la dependencia extranjera. Sólo a fines del siglo XVIII se alcanza un desarrollo industrial estrictamente imprescindible para el consumo local.

El neomercantilismo aplicado en la política comercial con las colonias estaba estructurado en base a los trabajos de Ustáriz, Feijoo, Campillo, Ward y Campomanes. Se intentó en un primer momento controlar el contrabando, luego desarrollar el comercio, potencializar el mercado nacional colonial sin que éste entrara en competencia con la industria de la metrópoli y en una tercera etapa poner en movimiento capitales inutilizados, para Io cual era necesario derogar las leyes que impedían la libre circulación.

Se identificaba la riqueza con los metales preciosos, por Io tanto se debían retener en España los que llegaban de América para Io cual se proponía una discriminación aduanera. Se debía prohibir la salida de materias primas industriales y reducir los derechos del importación y exportación. También se creía necesario dar impulso a la industria. Se afirmaba que la libertad es el alma del comercio y el monopolio su mayor adversario y que ni la prohibición ni las tasas crean la abundancia sino la libertad de los negocios, reclamaba la libertad de comercio con América y la supresión del monopolio de Cádiz a favor de catalanes, valencianos, gallegos, montañeses y vascos. Se difundía el pensamiento de que se debía dejar a los hombres en la mayor libertad posible a cuya sombra crecerían el comercio, la población y la riqueza. Estas fueron las bases de las reformas implantadas en España a mediados del siglo XVII.

El mercado colonial pasó entonces a un primer plano, pero todos los mecanismos Innovadores se realizaron dentro del mayor control, mas aún la legislación comercial, en muchos casos, no concuerda con su situación real.

Con la Revolución Industrial el código de Napoleón necesitó grandes reformas para dar cabida a nuevas instituciones (bancos, almacenes generales de depósito, cámaras de compensación, bolsas de valores, efectos al portador, cheques, etc.) y a las modificaciones que el desarrollo del comercio había introducido en los contratos antes conocidos (compañías anónimas, prenda mercantil, cuenta corriente, etc.)

Cuando se promulgó el Código de Comercio francés de 1807, hacia siglo y medio que regían las Ordenanzas de Comercio y de Marina. Francia había aumentado su territorio; su comercio y su industria habían adquirido mayor vuelo y, por tanto, existían nuevas costumbres y usos comerciales, pero los relativos especialmente al comercio terrestre no habían sido fijados. Con tal efecto desde 1787 se pensó en Francia en reformar las Ordenanzas de Colbert.

Con este fin se nombró una comisión; pero como sobrevino la Revolución dicha comisión no pudo realizar su cometido. En 1791 la Asamblea Constituyente acordó la dación de un Código Civil y de un Código de Comercio. Se hicieron los estudios y trabajos con respecto al Código Civil; pero no se abordó el estudio relativo al Código de Comercio.

El decreto del 3 de abril de 1801, expedido por el Gobierno Consular Francés, nombró una comisión presidida por el Ministerio del Interior para que redactara el proyecto de Código de Comercio; el cual debía ser revisado por el Consejo del Estado. La Comisión cumplió, a fines de ese año, con formular un proyecto de Código que fue enviado a las Cámaras de Comercio y a los Tribunales de Casación y Apelación para que hicieran las observaciones pertinentes; a mérito de cuyo estudio por 3 miembros designados del seno de la Comisión e hicieron algunas modificaciones en el articulado proyecto.

Una vez hecho esto, los comisionados enviaron su trabajo al Consejo de Estado para su revisión; pero allí permaneció sin trámite y casi olvidado hasta 1806 en que Napoleón hizo que se estudiara, empleándose para dicho estudio 61 sesiones, 4 de las cuales presidió él mismo. Este trabajo se sometió finalmente a la discusión de las cámaras legislativas, que Io sancionaron por partes y la ley de 15 de septiembre de 1807 ordenó que empezaran a regir desde el 1 de enero del año siguiente. Lo que indujo a Napoleón a acelerar la promulgación del Código de Comercio fue la serie de quiebras fraudulentas que se produjeron en Francia en 1806, las que arruinaron a muchos ciudadanos mientras que los quebrados seguían después de la quiebra derrochando un lujo irritante.

El Código de Comercio francés de 1807 consta de cuatro libros y 648 artículos. El primer libro se titula "Del Comercio en General", el segundo "Leyes particulares del Comercio Marítimo", el tercero "Quiebra" y el cuarto “Juicios y procedimientos a seguir en el Comercio".

Después del Código francés tiene importancia para nosotros el Código español de 1829. En España regían, antes de la promulgación de este Código, las Ordenanzas de Bilbao y las leyes contenidas en el Libro IX de la Novísima Recopilación. En las Cortes de Cádiz de 1810 se acordó la formulación de un Código de Comercio y, en conformidad con dicho acuerdo, se nombró la comisión respectiva; pero Ios disturbios políticos originados por la rebelión americana, dejaron en suspenso los trabajos. En 1827 don Pedro Sainz de Andino elevó al Rey una exposición manifestando la necesidad de codificar el Derecho Mercantil español, adjuntando a su exposición un proyecto de Código.

El Rey de España, que era entonces Fernando VII, nombró una Comisión para que redactara el respectivo proyecto, cosa que se hizo; pero más tarde, dejando de lado el proyecto elevado a él por la Comisión, sancionó el proyecto de Sainz Andino por Real Cédula de 30 de mayo de 1829, disponiendo que el Código empezara a regir el 1 de enero de 1830. Posteriormente se hizo extensivo a Cuba, Puerto Rico y Filipinas. En 1833 Io adoptó Portugal y luego las repúblicas sudamericanas, pudiendo afirmarse que fue el Código de la raza hispano-americana. En su tiempo fue considerado como una obra perfecta. Tuvo como fuentes las antiguas leyes españolas y el Código francés de 1807.

El Código español de 1829 consta de 5 libros. Atendiendo a la época en que se promulgó sostiene que el Derecho Mercantil es un derecho de excepción, o sea una rama del Derecho Civil; es decir, que es el derecho aplicable a una clase especial, a la de los comerciantes. Por esta razón da gran importancia a las formas y solemnidades que deben llenarse para la adquisición de la calidad de comerciante, pues sólo a ellos se aplica la ley comercial.

Como la ley comercial se aplica sólo a una clase especial, es necesario que dicha clase quede bien determinada y en tal virtud exige la inscripción de los comerciantes en una matrícula especial que permita su identificación. El acto de comercio era juzgado por el Código de 1829 con un criterio subjetivo. Acto de comercio era realizado por un comerciante, entendiéndose por tal el que se dedicaba al comercio en forma habitual, como una profesión y estaba además inscrito en la matrícula de comerciantes.

El Código de 1829 envejeció pronto por el avance del comercio, por Io que se hizo necesario dictar leyes especiales para regular nuevas instituciones, tales como los bancos de emisión y de descuento, las empresas de ferrocarriles y de construcción de obras públicas y letras de cambio, etc. Estas razones hicieron pensar en dictar un nuevo Código de Comercio y el 22 de agosto de 1885 se promulga el proyecto redactado por una comisión presidida por el ministro de Gracia y Justicia don Alonso Martínez.

El Código empezó a regir el 1 de enero de1886. Esta comisión presentó junto con su proyecto una Exposición de Motivos, que es la misma que arreglada corre inserta en las ediciones del Dr. de la Lama de nuestro Código de Comercio de 1902. El Código español de 1885 preconiza que el Derecho Comercial es un derecho autónomo, independiente, por consiguiente no exige la inscripción de los comerciantes en libros o matriculas, pues ya no se requiere ser comerciante para realizar válidamente actos de comercio. En defecto de él se aplicarán los usos mercantiles y sólo a falta de estos, en último término el derecho común.

El 28 de febrero de 1895 se nombró en el Perú una comisión para que adoptara el Código de Comercio español de 1885, la comisión estuvo integrada por los doctores Luis Felipe Villarán, Felipe de Osma y José Payón. Esta comisión no adoptó totalmente para el Perú el Código español de 1885, ya que procedió a introducir algunas modificaciones.

El segundo Código de Comercio fue sancionado en la legislatura de 1901 y promulgada el 15 de febrero de 1902, rigiendo el 1 de julio de ese año. (Chanduví, 1997).

Siguiendo al español de1885, nuestro Código establece el principio de autonomía Del Derecho Comercial y consagra la objetividad como criterio de apreciación de los actos de Comercio. Entre sus innovaciones podemos enumerar las siguientes:

1. Se adoptó del Código italiano la parte referente a letra de cambio, la que a su vez se había inspirado en los preceptos que sobre la materia consagra el derecho germánico, el cual consideró a la letra como instrumento de crédito, mientras que en el Código español de 1885 la letra de cambio era una expresión del contrato de cambio trayecticio.

2. Se adoptó del Código argentino el título sobre "rematadores o martilleros" y el título de "Cuenta corriente". Cabe observar que el titulo sobre cuenta corriente del Código argentino no fue tomado literalmente, sino que se le modificó y completó con la ley que sobre la misma materia se expidió el año 1901; y

3. Los títulos sobre cheques, bancos hipotecarios y prenda mercantil del Código español fueron sustituidos por las leyes especiales vigentes sobre estas tres materias.

Con posterioridad se dictaron leyes que complementan y modifican al Código.

El 6 mayo de 1999 se publicó en el diario oficial “El Peruano” el proyecto del Nuevo Código Comercio, con la denominación de "Ley Marco del Empresariado". Este proyecto que no se ha concretado hasta la fecha, habiendo quedado aún vigente el Código de Comercio de 1992.

CONCLUSIONES

1. En el Perú, después de proclamada la Independencia, continuaron rigiendo las Ordenanzas de Bilbao.
2. Por ley de 10 de enero de 1835, se dispuso la adopción del Código español de 1829 y éste fue promulgado por ley del 30 de abril de 1853, empezando a regir el 15 de junio de 1853. Las Ordenanzas rigieron en lo que no se opusieran al Código.
3. La excelencia de las Ordenanzas de Bilbao hizo que fueran referentes para otros tipos de comerciantes tanto en España como en las colonias americanas (extendiéndose a 19 naciones de Iberoamérica) adelantándose al primer Código de Comercio del mundo, el francés de 1807.
4. Bajo el reinado de Carlos I de España, el 16 de noviembre de 1532 los castellanos con la captura de Atahualpa terminan con el Tahuantinsuyo de los Incas, se impone un nuevo orden administrativo y nace el Derecho Indiano, o sea el Derecho de Castilla, incluyéndose algunas ordenanzas españolas que por cédulas especiales pasaron a regir en las colonias.
5. Las llamadas ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737, que representa el momento culminante de toda la actividad legislativa relativa al comercio de Bilbao en el siglo XVIII, aprobadas y confirmadas por Felipe V el 2 de diciembre de 1737 y que estuvieron en vigor en España hasta la aprobación del Código de Comercio español de 1829 y en el Perú hasta la promulgación del primer Código de Comercio de 1853.

BIBLIOGRAFÍA

BASADRE, Jorge (1997). *Historia del Derecho Peruano.* Lima – Perú: Editorial Rochas.

BASADRE, Jorge (1999). *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima- Perú: Editorial San Marcos.

BENITO, Lorenzo (1929). *Bases del Derecho Mercantil.* España: Editorial Espasa S.A.

BOLAFFIO ROCCO, V. (1947). *Derecho Mercantil.* Italia: Edit. Edit.

BOLAFFIO ROCCO (1959). *Derecho Comercial.* Bs.As.-Argentina sin Edic.

BRASETA PONT, Manuel (1978). *Manual de Derecho Mercantil.* Madrid – España: Edit. Tecnos

CHANDUVÍ CORNEJO, Víctor Hugo (2005). *Derecho indiano y legislación societaria peruana.* Trujillo-Perú: Fondo Editorial UPAO.

CHANDUVÍ CORNEJO, Víctor Hugo (2003). *El comerciante y los actos de comercio.* Trujillo-Perú: Editorial Nuevo Norte S.A.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5108

ANÁLISIS HISTÓRICO DEL TRATO DE LA LEY A LA MUJER

Manuel Bermúdez Tapia[1]

RESUMEN

En la sociedad actual, la evaluación de los "derechos" respecto de un análisis constitucional no permite determinar una equivalencia de condiciones entre el "varón" y la "mujer", principalmente porque existen factores sociales, culturales, económicos, laborales y políticos que se han mantenido en forma estable durante toda la historia de la humanidad.

La evaluación de esta situación nos exige indagar en las razones por las cuales las "mujeres" no han tenido una *igualdad* real frente al varón, en particular respecto de los parámetros vinculantes determinados por la *ley* y el presente estudio nos permite detallar la poca referencia histórica a las verdaderas razones que detallan una condición negativa de la mujer impuesta por la misma legislación.

Palabras Clave: Igualdad y derechos entre varones y mujeres, características de la ley, género, construcción, legitimidad y legalidad de la ley, Estado y legislación.

1 Abogado por la PUCP (2000). Magister en Derecho Civil por la UPAO (2006). Profesor investigador de la UPSJB. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Correo: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe, mbermudeztapia@gmail.com

ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

ABSTRACT

In today's society, the evaluation of the "rights" with respect to a constitutional analysis does not allow determining an equivalence of conditions between the "male" and the "female", mainly because there are social, cultural, economic, labor and political factors that they have remained stably throughout the history of mankind.

The evaluation of this situation requires us to investigate the reasons why "women" have not had a real equality against men, in particular with regard to the binding parameters determined by law and the present study allows us to detail the little historical reference to the real reasons that detail a negative condition of women imposed by the same legislation.

Key Words: Equality and rights between men and women, characteristics of the law, gender, construction, legitimacy and legality of the law, State and legislation.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente la "mujer" ha sido condicionada tanto por la *ley* como por el "varón" en toda época, referencia que se puede registrar en los textos más antiguos de la humanidad, que persiste hasta en la actualidad al evidenciarse una visión limitada, condicionada y negativa e inclusive despectiva que se representa con la referencia: "el sexo débil".

A efectos de exponer una metodología en la redacción del documento, se señala que se ha empleado entre "comillas" los elementos en contraposición y comparación y en *cursiva* los elementos conceptuales más referenciales aplicables a los elementos en contraposición y comparación.

El análisis entre el "varón" y la "mujer" en un contexto social requiere de una evaluación de las razones por las cuales la *ley* evalúa de modo diferenciado algunas situaciones y condiciones y este estudio nos permite detallar algunas referencias por las cuales hay un quiebre del concepto de *igualdad*, en términos negativos contra la "mujer".

Factor que se agudiza por ejemplo en el mundo musulmán donde la "mujer" no es un *sujeto de derechos* en el ámbito social al tener mayor relevancia la consideración de ser el *objeto más precioso de Alá,* que justifica el uso (imposición) del velo (Pérez, 2012, p. 54), pese a que en el Corán se establece que "los hombres y las mujeres" son *compañeros* con *idénticos* deberes y responsabilidades (Armstrong, 2002, p. 16).

Este nivel de violencia podría indicar una situación *distinta* en la realidad de Occidente, pero resulta ser muy similar. Este punto de referencia nos permite plantear como cuestión básica el ubicar las razones por las cuales resulta negativa la relación que surge entre una "mujer" con un "varón" (como contraparte), con una *comunidad*, con el *Estado*, con las formas de gobierno de este y con la *ley* para hallar una eventual respuesta.

Absolución de una interrogante que debe ser determinada por la contradicción de dos valores excluyentes: la *legitimidad* y la *legalidad* de la ley por parte del *Estado* en función a la valoración igualitaria y equivalente a los integrantes de su población y el resultado negativo de la primera condición permite explicar en forma histórica la razón por la cual a la mujer se le ha invisibilizado, anulado, negado, perjudicado, condicionado, subordinado, limitado, diferenciado, excluido y discriminado respecto del "varón", que genera consecuentemente la explicación porque en el ámbito jurídico también existe una evaluación negativa.

Estas referencias se evidencian sobre todo en el contexto de las políticas públicas de control social, prevención ante ejecución de actos contrarios al bienestar público, represivo y punitivo en el país, principalmente cuando se evalúa el manejo de la *moral*, *las relaciones afectivas de naturaleza familiar*, la disposición, autodeterminación y ejercicio de libertades de la "mujer" en el ámbito íntimo y privado respecto de lo sexual y reproductivo (i), así como en el nivel de regulación del contexto público respecto de la disposición de derechos en el ámbito personal, sexual, familiar, social, laboral y productivo (ii).

II. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA LEY

Las *leyes* son productos sociales porque se van adaptando a las necesidades de la *comunidad*, en función directa a sus propias condiciones, intereses y dirección política generada por sus grupos de poder hegemónicos. Esto se explica sobre todo en el contexto penal donde se legitima el *ius puniendi* del *Estado* para regular acciones de control social, preventivas, disuasiva y de punición en uso legítimo del *ius imperium.*

Esto ha permitido generar una serie de condiciones que han subsistido hasta la actualidad, desde que las *comunidades* se organizaron administrativamente, con lo cual la visión del gobierno del *Estado* (i), del ordenamiento social respecto de la preservación de sus modos culturales y tradicionales de valor normativo (ii) y las aspiraciones de la *persona* que integraba la comunidad (iii) estaban pre establecidas. Por ello es que la *moral* es un asunto de suma importancia para el *Estado*, la *comunidad* y por consecuencia para el "varón" y para la "mujer", al desarrollar de modo implícito la autonomía del individuo que puede garantizar la *libertad* de *unos* frente a otros y frente al mismo Estado (Carvajal, 1999, p. 31).

Asunto de tanta importancia que paradójicamente es el mismo tanto para los pueblos de occidente como de oriente (Gonzáles, 2004, p. 32) y es porque en todos los sistemas jurídicos, la "mujer" no ha tenido la misma condición que el "varón", referencia tan sutilmente ignorada por la doctrina, en casi todas las especialidades y tiempos, al determinar (y condicionar) la confusión entre:

a. El ámbito teológico respecto de la delimitación de la *moral* tanto individual como social y colectiva, estableciendo a su vez las diferentes entre estas. Nótese que, en la historia, las mejores y mayores referencias sobre *inmoralidad* las han ejecutado mujeres: Eva (respecto de la expulsión del paraíso), María Magdalena (respecto de su conducta personal) y se agudiza en tres referencias que detalla Frances Vander Velde, donde se *anula* la identidad por el nivel de ofensa que ejecutaron:

i. La mujer de Samaria: en el Evangelio de Juan 4.
ii. La mujer a la que pillaron en adulterio: en el Evangelio de Juan 8:3-11.
iii. La mujer pecadora: en el Evangelio de Lucas 7:37 (1990, p. 221).

b. En el ámbito ético, para validar lo que es legítimo, justo de lo injusto, que permite detallar valores como *equidad, justicia, proporcionalidad y dignidad,* que por cierto se vincula con los valores de la "caballerosidad" medieval que subsiste hasta la actualidad y esto porque sólo los "varones podían combatir en nombre de Dios".
Esto explica las razones por las cuales las "mujeres" no registran "historias de combates" contra *enemigos* en la historia en contraste con la absoluta referencia de combates entre varones: David vs Goliat (Martín, 2003, p. 149), Aquiles vs. Héctor, los duelos medievales. Sólo Juana de Arco quebró esta referencia pero igual fue condenada y quemada por brujería (Alponte, 2000, p. 43).

c. El ámbito jurídico, respecto de lo que es vinculante, atemporal, general y abstracto, donde se aprecia el quiebre de la *igualdad* entre "varones" y "mujeres" en las dos últimas características de este ámbito, que constituyen las características de la *ley*.

Confusión que en esencia genera una condición negativa sobre la disposición de derechos de la "mujer" en un contexto comparativo respecto del "varón", por la evaluación de valores morales, sexuales, políticos y económicos diferenciados, que explica las razones por las cuales los *adulterios* ejecutados por "mujeres" (por ejemplo) tenían niveles de punición severos que incluían la muerte hasta que Jesús tuvo misericordia de una *mujer adúltera*, como se acredita en el Evangelio de Juan, 8: 3-11 (Espinel, 1998, p. 144).

Con la petición de que esa mujer *no peque más*, Jesús estableció un cambio en la *vinculación coercitiva* de la *ley*, quiebre de lo que usualmente hasta entonces era ordinario en la humanidad que no fue continuado a nivel individual por otro personaje significativo. Por ello es que a partir de entonces los quiebres históricos significativos fueron provocados por crisis sociales que provocaron implicancias negativas en la forma hegemónica del *Estado* en esos tiempos, modificándolas.

En todos estos quiebres, la historia identifica a "hombres" como actores sociales. Por eso es que Eugène Delacroix representa una *realidad* que anula a la mujer en el cuadro "la libertad guiando al pueblo" porque luego de la caída de la monarquía, la "mujer" no participó en política ni ganó derechos.

Como reacción, Condorcet cuestionó este hecho porque se ignoró a la mitad de la población (Duhet, 1974), crítica seguida por Olimpia de Gouges, Etta Palm, Théroigne de Méricourt y Claire Lacombe, que permitió que la primera en mención redactara la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791), donde en el preámbulo se indicaba:

> "las madres, las hijas y las hermanas, representantes de la nación, piden ser constituidas en Asamblea Nacional. Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una solemne declaración los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer" (Sazbón, 2007, p. 114).

Sólo así se explica el modo diferenciado de evaluar el contexto de la realidad social respecto de la legitimidad y legalidad de la *ley* contra la mujer, el cual está inmerso en la mayor parte de *sistemas normativos* que desarrollaron *sistemas jurídicos*, en los cuales surge un único modo de ver una apreciación penal sobre un *hecho*, un comportamiento o una situación criminológica.

Un desarrollo que diferencia conceptos que se vinculan en forma consecutiva y derivada pero que detallan una particularidad: la historia de la humanidad es esencialmente *masculina*.

Un error mayúsculo si se toma en cuenta que la mujer sí ha tenido un nivel de participación en la *comunidad*, que implica un nivel de relación entre la "persona y el Estado", conforme al *Contrato Social* impuesto por la Ilustración francesa, determinada política y filosóficamente por Locke, sustentada filosóficamente desde la tradición escolástica y delimitada por el propio modo de generar subsistencia a una comunidad pre existente al mismo Estado.

Corresponde por tanto determinar la razón por la cual la "mujer" ha sido relegada de un rol que ha *mutado* en el tiempo, en particular por la visión que la *ley* le imponía, esencialmente en su relación con el "varón" y una respuesta muy próxima a la verdad responde a las implicancias de la *supervivencia y autosostenimiento* del *Estado* (i), de la *comunidad* (ii) y por ende de la *población* (iii) que entonces era equivalente a la totalidad de los *ciudadanos*, que eran "varones".

Este hecho resulta esencial en la formulación de una cuestión metodológica que permite plantear la razón por la cual la *ley*[2] no valora en forma equivalente a la "mujer" respecto del "varón" en casi toda la historia de la humanidad.

Explicación que parte por comprender las relaciones históricas entre los *pueblos/comunidades*, sobre la base de un criterio empleado por los historiadores romanos de la Edad Antigua: Estrabón y Tácito[3], quienes explican el contexto de valoración de la "mujer" por los germanos pero desde el punto de vista romano.

Una visión ligada a la de la gestión del gobierno de un *Estado* y por ello la importancia de analizar y diferenciar el modo en el cual la *ley* trata a su población, porque en ella identifica a sus *ciudadanos* (quienes tendrán derechos) y a los que no son parte de la realidad nacional ("mujeres", niños, esclavos, extranjeros).

2 En esta parte primero se evaluará el contexto "general" de la ley para que en la parte final del texto se pueda exponer la crítica a la ley penal porque en forma "específica" es hipócrita respecto de la identificación de los derechos de la "mujer".

3 Primeros historiadores que "analizan" la presencia de la mujer, principalmente en un contexto de "amenaza" a la soberanía romana por parte de los germanos, principalmente porque estos eran "diferentes" a otros "bárbaros", al incluir en sus campañas militares a mujeres y niños porque todo esto implicaba una "nación" que implica la objetiva relación entre "población" que requiere "territorio" y con el crecimiento de esta comunidad surge un Estado. Elemento previsto por Estrabón y Tácito y por ello resaltamos su deducción.

Bajo estas condiciones, la *ley* no siempre ha resultado *legítima o justa* y esto está directamente relacionado al modo de proyectar la realidad de la *comunidad* y el *Estado* en el tiempo a costa de quien esencialmente da origen a la *comunidad* y al propio *Estado*: la *persona*, que exige hacer la equivalencia de dos elementos básicos:

a) Respecto de la proyección en el tiempo de la *comunidad* para así garantizar la posesión del *territorio* que requiere de una *población* y por ello es básico que "varón y mujer", sean equivalentes al menos por una cuestión de supervivencia.

b) Respecto de la propia organización interna de la *comunidad,* porque esto garantiza el clima social que en términos contemporáneos garantiza la *democracia, gobernabilidad y gobernanza* de los asuntos públicos en forma eficiente y diligente.

Criterio que parte por comprender que la comunidad en esencia es un conjunto mucho más amplio de *grupos familiares* sobre los cuales reposa un mismo objetivo: la preservación de sus libertades, la accesibilidad a bienes y servicios para garantizar su desarrollo y la preservación de un orden social entre iguales.

Como se puede detallar, estas deducciones permiten comprender la importancia de la m*utación constitucional* de la *ciudadanía* en el tiempo, no sólo en el Perú sino en cualquier otro país. Mutación que implica un origen a favor de *unos pocos* al valor constitucional actual aplicable a *todos* los integrantes de la comunidad política (*población*) con vinculación con el *Estado.*

III. EL MANEJO DEL PODER EN LA COMUNIDAD

No se puede entender la situación de la "mujer" en la actualidad si no se logra comprender la razón por la cual fue limitada por el "varón" y la *ley* desde el cambio del modelo de *manejo del poder* en la *comunidad familiar*: del matriarcado al patriarcado (Marzal, 1996, p. 67).

Así la "civilización" se asocia intrínsecamente al "hombre" porque sólo este podía *garantizar* la supervivencia de la comunidad al *ejercer la defensa de los recursos* ante otras hordas o grupos familiares.

El paso de la pre historia a la civilización es en esencia forzado por la necesidad de preservar *recursos:* alimentos y materiales en un territorio, razón por la cual surgen las primeras *poblaciones de humanos en forma estable* (sedentarización), la agricultura y la ampliación del número de integrantes en los grupos familiares que genera una *comunidad* (Bermúdez, 2018 b, p. 25).

1. En el contexto del Derecho de Guerra

La violencia es una característica referencial en la historia de la humanidad que se relaciona de forma sintomática con la que se desarrolla en el ámbito íntimo, privado y público entre "varón" y "mujer".

Un proceso que registra un modelo masivo y un sistema excepcional: la violencia en las relaciones entre pueblos y las relaciones de interdependencia basados en el comercio, tal como se registró en Caral en América y Petra en Asia (Bermúdez, 2018 a).

De este modo, los pueblos desde sus orígenes han tomado en cuenta tres niveles en los cuales podían relacionarse, siendo el primer antecedente el Tratado de Kadesh en el año 1259 a.C.:

a) Respecto de un nivel de relación de *subordinación*, principalmente para exigir tributos a la población del pueblo vencido si se ostentaba un mayor poder militar (Catalán, 2017, p. 84). La injerencia sobre el territorio del pueblo vencido podía variar y esto explica los contextos en los cuales se han generado las monarquías, los estados confederados, los estados federados, los imperios, las alianzas militares entre estados, etc.

b) Un nivel de *sumisión,* el cual implica *esclavizar* al pueblo vencido. Situación que generaron españoles, portugueses, franceses y en mayor medida ingleses, belgas y holandeses en la Edad Moderna.

c) Un nivel de *exterminio,* el cual implicaba anular al pueblo vencido. Característica de las situaciones de guerra en la humanidad que finalizó en la II Guerra Mundial cuando se generó una legislación universal que sancionaba el genocidio, gracias a la iniciativa de Rafael Lemkin, dando así una denominación al delito que describía Winston Churchill como un *crimen sin nombre.*

El registro de situaciones de exterminio total de un pueblo era una constante histórica que se repetía: la desaparición de Cartago por los Romanos, el exterminio de indígenas en América por españoles, portugueses y norteamericanos o el exterminio de tribus australianas por ingleses.

Sin embargo, este contexto implica una serie de situaciones especiales y particulares en cada etapa de la historia, hecho que nos permite detallar algunas referencias:

2. En el mundo helénico

Tanto Sócrates como Platón construyen referencias positivas a favor de la "mujer", principalmente por sus propias condiciones y relaciones con las mismas. Esto se explica en la materialización de la *mayéutica* y la *capacidad de la mujer para desarrollar una función en las estructuras comunitarias* que ambos desarrollaron a un nivel explícito pero subordinado a otros elementos que finalmente fueron los puntos más referenciales para *invisibilizar* a las "mujeres".

Aristóteles, en cambio, desarrolló una posición en contra de las "mujeres", tal como explica Wanda Tommasi:

> "Aristóteles muestra su impertubabilidad de filósofo griego, … no tiene miedo de hablar de la desigualdad entre los sexos, que es casi un hecho de la naturaleza, una diferencia natural que obedece a un fin: en un universo completo, la oposición masculino/femenino se da en una escala horizontal, aunque jerarquizada, dentro de la cual el otro, el femenino, se remite siempre al mismo, al masculino" (p. 54).

Una referencia que en la actualidad parecería que se sostiene conforme se registran los hechos sociales donde la *cultura machista* prácticamente *mantiene* esa visión de la relación masculino/femenino.

3. En el mundo romano

La Roma antigua al no tener la capacidad de tener una *población* que pueda sostener un crecimiento poblacional se encontró forzado a raptar mujeres de los Sabinos, hecho que permitió el tránsito de las *nupcias* (situación privada) *al matrimonio* de referencia pública.

A partir de este momento, el *Estado* valoriza la necesidad de tener una *población* para garantizar su autosubsistencia (y la de la comunidad) en función a la comprensión del modo en el cual los pueblos interactúan, tal como describe Tito Livio en su "Historia de Roma". Libro I, 9, 9 (Morales, Bermejo, Fernández, 1997, p. 83).

Esto permite explicar las razones por las cuales se generaron:

a) El *tollere liberum*, que era una ceremonia donde el marido o pater familias aceptaba o rechazaba al recién nacido que le presentaba su esposa, tal como es descrito por Plauto, Terencio, Quintillano y Tácito.

   Ana Isabel Clemente Fernández explica de este modo el desarrollo de la *presunción pater is,* porque no siempre coincidía la *auctoritas*, de valor social, político y público sobre la *potestas*, más próxima a los contextos privados o íntimos como sucedía en el ámbito familiar (p. 76), que explica la diferencia entre *genitor* (parens) de *patria potestas* (p. 271).

   Condición que explica los fundamentos de Ulpiano para indicar que la "mujer es comienzo y fin de su propia familia", al no poder tener a nadie bajo su *potestas* (Salazar, 2013, p. 201).

b) La *adoptio*, principalmente para que un pater familias pueda garantizar la extensión de su *linaje* en el tiempo.

En el ámbito complementario, en el Digesto 23, 3, se detallaba la prohibición del matrimonio de todo romano (patricio, emancipado y con patrimonio) de contraer matrimonio con prostitutas. Norma que sólo resulta aplicable a los *senadores y sus descendientes por vía agnaticia hasta la cuarta generación* (López y Lomas, 2004, p. 267) porque de este modo se podría generar una situación negativa en el ámbito de la *sucesión del patrimonio familiar* que debilitaría a la clase alta y dominante de la sociedad.

4. En la edad media

San Agustín, representante máximo de la perspectiva andrógina, determinaba que "varón" y "mujer" son iguales ante Dios al tener la condición de ser *homo* (alma racional) pero están diferenciados sexualmente como *vir y fémina* en el orden temporal, terrenal y mundano, con vistas a la creación

(procreación) condición que explica la condición de subordinación de la "mujer" frente al "varón" (Tommasi, 2002, p. 46).

Elementos de origen filosófico que se amplificaron por la Iglesia Católica con la sacralización del *matrimonio* en el cual se determinó el nivel de subordinación absoluto de la "mujer" al "varón".

5. En la edad moderna

A pesar de que en esta época en Inglaterra las "mujeres" llegaron a ser reinas, la característica básica es que el *grupo social femenino* no tenía derechos.

6. La Declaración de los Derechos del "hombre" y del ciudadano en la edad contemporánea.

A pesar de la euforia que representó *institucionalizar* la soberanía a favor del *pueblo (población),* Condorcet fue enfático en detallar la exclusión de toda participación política a la mujer, tal como se expuso anteriormente.

7. En la postmodernidad

En esta etapa surge la referencia a la *vulnerabilidad* de un grupo social específico, siendo el más representativo el de la "mujer" conforme se desprende de los resultados de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1952.

Una referencia que se vincula con el contexto nacional, donde recién en 1955 se permitió el desarrollo de los derechos políticos de la mujer (Scott, 2017, p. 54).

IV. LA "IGUALDAD" DEL VARÓN Y DE LA MUJER POR LOS GERMANOS

En el punto precedente sólo existe una *omisión histórica* y es porque por sus características especiales requiere ser evaluada en forma autónoma porque en dicha época surge el concepto de "igualdad".

Estrabón y Tácito (Gallego, 1999, p. 62) detallaron los aspectos que transformaron al mundo antiguo por su evaluación al asedio de las tribus germánicas a las fronteras del Imperio Romano en el siglo IV d.C. Evaluación que registra:

a) Las diferencias de los *celti* (galos) y *germani* con respecto de otros pueblos *bárbaros*, principalmente por el *modo de comprender la guerra*[4], los cuales resultan esenciales para identificar un *tipo de pueblo* en el contexto de su comprensión prospectiva frente a otros *pueblos*. [Ver: punto c), del sub punto 1, capítulo II del presente texto]

b) La comprensión social de la guerra, donde los pueblos asignan valores específicos a los integrantes de su población, factor que vincula a los *germanos* como idealistas respecto de su *libertad*.

Bajo este contexto los "varones" y "mujeres" en las tribus germanas enfatizan *su* libertad, tanto desde una perspectiva individual, a nivel de pareja, como a nivel de nación. Un factor multinivel no observado en otras realidades, conforme se ha detallado anteriormente.

c) El registro de un rol supeditado al resultado de la guerra para la *mujer germana*, generándose una condición pasiva, al ser parte de la familia, como prestadora de apoyo y servicios a la pareja en la guerra respecto de la alimentación y del cuidado después de batalla), como también una condición activa, respecto de su participación en actos bélicos como también su condición en caso de derrota (trofeo de guerra).

En la historia peruana esto se expone en la participación activa de las rabonas en la Guerra del Pacífico o en el rol de las mujeres de la clase alta de Lima que dieron comida a las tropas nacionales ante la invasión chilena (Valcárcel, 2005, p. 163).

Retomando, en las situaciones bélicas exitosas, la mujer germana no sólo adquiría una condición de equivalencia a su compañero en lo simbólico sino también en lo económico porque accedía a la distribución del botín de guerra o tributo impuesto al pueblo vencido en forma proporcional a lo que percibía el varón.

De este modo, el concepto de *igualdad* surge en la humanidad quebrando el tradicional clasismo y segmentación de categorias: ciudadano/extranjero, patricio/plebeyo, libre/esclavo y "varón"/"mujer" de la época.

Por ello la importancia de detallar el contexto histórico porque los historiadores romanos fueron los primeros en identificar el peligro inminente que representaban los *germanos* en las fronteras romanas. Este hecho finalmente terminó por anular el concepto de *Estado, ley, poder* dando paso al mundo medieval, donde la Iglesia Católica a traves de su poder de dominación simbólico, religioso y moral anuló a la "mujer", como sujeto de derechos.

4 Atributo exclusivo del hombre en la historia hasta ese momento.

V. DUDAS EPISTEMOLÓGICAS: ¿MUJER: SUJETO DE DERECHOS? ¿MUJER Y VARÓN SON IGUALES?, ¿VULNERABILIDAD DE LA MUJER O DE LAS MUJERES? A MODO DE CONCLUSIÓN.

Corresponde evaluar un método esencial para la absolución de una duda proveniente de la filosofía cartesiana, que tiene como objetivo evaluar la "evolución de los derechos de las mujeres" en relación con los fundamentos de la *ley* sobre su condición de "sujeto de derechos", para así plantear una posición final sobre la negativa situación de la mujer en la sociedad.

Esta referencia nos permite detallar que los fundamentos, los conceptos teóricos y referencias conceptuales sobre el modo en el cual la historia y la *ley* han actuado en contra de la "mujer" no resultan válidos, legítimos o sostenibles en el tiempo.

Han pasado casi treinta y cinco siglos desde el inicio de toda forma de civilizacióin y la "mujer" sigue estando en una condición de vulnerabilidad, especialmente frente al *Estado, la comunidad* y el "varón" porque los argumentos expuestos sólo se limitan a evaluar aspectos muy específicos que inviabilizan un p*roblema histórico* y permiten detallar la disfuncionalidad de las políticas de Estado, respecto de la tutela de derechos de la mujer y por ello las incoherencias de las políticas públicas, en la gran mayoría de países, sobre todo latinoamericanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alméras, D. y Calderón, C. (2012) *Si no se cuenta, no cuenta: información sobre la violencia contra las mujeres*. Santiago de Chile, CEPAL.

Alponte, J. (2000) *Historias en la tierra.* México, Ediciones Ruz.

América TV (2019) *Feminicidios en el Perú 2019: se registran 92 casos entre enero y julio.* Ubicado en: https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/feminicidios-2019-uno-uno-crimenes-contra-mujeres-n353912

Armstrong, K. (2002) *Islam: A short historiy.* Nueva York, Modern Library.

Bermúdez Tapia, M. "La construcción de la legitimidad de la paz y el poder del Estado luego de los Acuerdos de Paz en Colombia", en: Peña Chivatá, C. (2018 b) *El poder y la estrategia militar.* Bogotá Departamento Maestría de Estrategia y Geopolítica de la Escuela Superior de Guerra de Colombia.

Bermúdez Tapia, M". Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho", en: Martínez Lazcano, A. (2018 a) *Derechos Humanos y su interacción en el Estado Constitucional.* Colección del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, Nº 4. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

Caro Coria, C. (2002) *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal.* Ciudad de México, UNAM.

Carvajal Cordón, J. "Soberanía y libertad de Bodin a Kant", en: Carvajal Cordón, J. (1999) *Moral, derecho y política en Inmanuel Kant.* Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha.

Catalán, M. (2017) *Mentira y poder político.* Madrid, Verbum.

Cerezo Mir, J. (2007) *La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código Penal peruano.* Salamanca, Universidad de Salamanca.

Clemente Fernández, A. (2014) *La auctoritas romana.* Madrid, Dykinson.

Duhet, P. (1974) *Essai sur l´admission des femmes au droit de cite, 1790.* Barcelona, Ed. Península.

Espinel, J. (1998) *Evangelio según San Juan*: *introducción, traducción y comentario.* Salamanca, San Esteban.

Gallego Franco, H. "La imagen de la 'mujer bárbara': a propósito de Estrabón, Tácito y Germanía", p. 62, en: *Faventia*, Vol. 1, Nº 21 1999.

Gonzáles Díaz, L. (2004) *Compendio de historia del derecho y del Estado.* Ciudad de México, Editorial Limusa.

López Barja de Quiroga, P. y Lomas Salmonte, F. (2004) *Historia de Roma*. Madrid, Ediciones Akal.

Martín, J. (2003) *La mujer y el caballero. Estudio y traducción de los textos de Francesc Eiximenis.* Barcelona, Universitat de Barcelona.

Marzal, M. (1996) *La antropología cultural.* Quito, Abya Yala.

Morales, M., Bermejo, C. y Fernández, A. (1997) *Textos para la iconografía clásica.* Oviedo, Universidad de Oviedo.

Oficina de Normalización Previsional (2019) *Pensiones en Perú y ONP: sistema previsional y sus actores.* Ubicado en https://www.onp.gob.pe/pensiones_peru_onp/sistema_previsional

Pérez Coffie, C. (2012) *La mujer y el Islam. Continuidad y cambio.* Bloomington, Author House

Quinche Ramírez, M. (2014) *El control de convencionalidad.* Bogotá, Temis.

Salazar Revuelta, M. "Estatus jurídico y social de la materfamilias en el marco de la ciudadanía romana", en: Rodríguez López, R. Y Bravo Bosch, M. (2013) *Mulier. Algunas historias e instituciones de derecho romano.* Madrid, Dykinson.

Sazbón, J. (2007) *Cuatro mujeres en la Revolución Francesa. Incluye un texto de Condorcet.* Buenos aires, Biblos.

Scott, J. "El sufragismo colombiano: liberales y populistas. El feminismo radical: primeras publicaciones y el "camino del género", en: Llinàs, C. y Luna, L. (2017) *Memoria, feminismos y movimientos de mujeres: conversaciones de Conxa Llinàs con Lola G. Luna*. Barcelona, Universitat de Barcelona.

Sociedad de Legislación Comparada, Comité Peruano. "Alcances del Código Penal de Vidaurre", en: *Revista Jurídica del Perú*, 1990.

Taylor Navas, L. "Evaluación legislativa de los delitos sexuales", en: Hurtado Pozo, J. (2001) *Derecho Penal y discriminación de la mujer: anuario de derecho penal 1999-2000.*

Tommasi, W. (2002) *Filósofos y mujeres: la diferencia sexual en la historia de la filosofía*. Madrid, Narcea.

Valcárcel, I. (2005) *Mujeres de armas tomar.* Madrid, Algaba.

Vander Velde, F. (1990) *Wowen of the Bible.* Michigan, Gran Rapids.



IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5109

LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ: AVANCES Y DESAFÍOS

Nuccia Seminario Hurtado[1]
Wilmer Castillo Gamarra[2]
Ruth Antuaneth Buendía Casafranca[3]

1 Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón con la tesis "El derecho fundamental a la educación intercultural bilingüe de los pueblos originarios en el Perú". Candidata a magíster en docencia universitaria y gestión educativa por la Universidad Tecnológica del Perú. Estudió Derecho Internacional, Religioso Comparado y Humanos en la Universidad de Milán, Italia, Universidad de Montréal, Canadá y Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especialización en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Leiden, Holanda. Visitante profesional en el Tribunal Europeo de Justicia y la Corte Penal Internacional. Se ha desempeñado como abogada de AIESEC en materia de derechos de los extranjeros. Actualmente se desempeña como abogada coordinadora académica y encargada del área de investigación en el Instituto de Capitación Jurídica (ICJ) nuccia_sh@hotmail.com

2 Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Egresado de la maestría en gestión pública por la Universidad San Martin de Porres. Alumno del cuarto ciclo del doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la UNASAM. "Traductor Intérprete Especializado en Justicia" acreditado por el Ministerio de Cultura. "Experto en comunicación en lenguas indígenas u originarias en contextos interculturales" acreditado por el SINEACE. Actualmente se desempeña como asistente administrativo – sistema fiscal y "Traductor intérprete especializado en justicia por el Ministerio Publico, forma parte del registro nacional especial de intérpretes y traductores de lenguas indígenas u originarias del Poder Judicial, a la vez de haber colaborado con el Tribunal Constitucional en la traducción de la STC. 889.2017/TC, y con la Oficina de Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena del Poder Judicial – ONAJUP; con el Centro de Asuntos Interculturales del Ministerio Publico – CAIMP. Finalista del premio nacional Mejores Prácticas Interculturales en gestión pública – 2019 por el Ministerio de Cultura. wilcastillogf@gmail.com

3 Estudiante del V ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, primer puesto de la misma facultad. Miembro de la asamblea universitaria de la misma casa de estudios superiores. Miembro activo del taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con estudios y diplomados en violencia familiar, de género y delitos sexuales.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo desarrollar un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario de los derechos lingüísticos de los pueblos originarios a través del reconocimiento de un Estado multicultural como el nuestro.

Palabras clave: Derechos humanos. Derecho constitucional. Derecho internacional público. Derechos de los pueblos indígenas. Derechos económicos, sociales y culturales. Derechos lingüísticos y políticas públicas.

ABSTRACT

The purpose of this article is to develop a normative, jurisprudential and doctrinal analysis in the field of linguistic rights of the original peoples, through the recognition of a Multicultural State like ours.

Key words: Human rights, constitutional law, public international law, rights of indigenous peoples, economic, social and cultural rights, linguistic rights and public policies.

INTRODUCCIÓN

Toda lengua expresa los valores, la concepción del mundo y el pensamiento del pueblo que la habla. El 27 de mayo de 1975 el presidente Juan Velasco Alvarado oficializa mediante decreto ley N° 21156 que el quechua sea reconocido como idioma oficial del Perú. El 5 de julio del 2011 se promulgó la ley 29735 que oficializó como lengua predominante todas aquellas lenguas predominantes en la provincia y región donde sean las más habladas según reporte el mapa etnolingüístico, cinco años después el 21 de julio del 2016 se emitió el Decreto Supremo N° 004-2016-MC con el que al fin se pudo aplicar la ley de lenguas.

En mayo del 2018 el Tribunal Constitucional del Perú emitió la sentencia recaída en el expediente N° 00889–2017–PA/ TC. Era la primera vez que el Tribunal Constitucional se pronunciaba sobre el acceso en su propia lengua de los pueblos originarios a las entidades públicas y la administración pública del Perú. El Tribunal se remitió al abanico de derechos y obligaciones de índole multicultural que configuran la Constitución, siendo la diversidad lingüística parte medular de la riqueza cultural del país, toda vez que las 47 lenguas son manifestaciones de la identidad cultural que deben ser protegidas por el Estado (artículo 2 inciso 19 y artículo 17 de la Constitución), a través de medidas tendientes a su preservación, promoción y revitalización como la oficialización de las lenguas originarias en las zonas donde predominen (artículo 48 de la Constitución).

El 14 de noviembre del año 2018, el Ministerio de Educación emitió el Decreto Supremo N° 011-2018-MINEDU que aprobó la elaboración del Mapa Etnolingüístico del Perú, el cual constituye un sistema informativo conformado por mapas y la base de datos cuantitativos y cualitativos de las y los hablantes de las lenguas indígenas u originarias vigentes y de aquellas lenguas extintas en el Perú. Este mapa constituye una herramienta de planificación que permite identificar y determinar la predominancia de una lengua indígena u originaria y la adecuada toma de decisiones en materia de uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias. Así se corrige una política histórica errada de haber querido imponer a un pueblo pluricultural una cultura única, pues el Perú es un país pluricultural y plurinacional en el que las tres principales vertientes culturales son la cultura aimara-quechua, descendiente de la organización social andina prehispánica, la cultura de los pueblos nativos de la región amazónica y la cultura criolla occidental.

El Estado peruano reconoce el derecho al uso del idioma propio como un derecho fundamental de orden constitucional, plasmado en el artículo 48 de la Constitución. Este artículo presenta complejas implicaciones para la identidad, la comunicación, la integración social, la educación y el desarrollo de los pueblos originarios (PO). Estos desempeñan un rol gravitante para la diversidad cultural y el diálogo intercultural, así como para la implementación de políticas públicas incluyentes que tengan por finalidad lograr la conservación del patrimonio cultural inmaterial y los derechos lingüísticos de los PO. Siendo el Perú uno de los países más diversos lingüísticamente en América Latina, en los últimos nueve años ha logrado avances históricos en normativa relativa a los derechos lingüísticos, derechos colectivos, consulta previa. Los pueblos originarios, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan y le son reconocidas todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Estos derechos gozan de un reconocimiento constitucional en el Perú y por los tratados internacionales de los que el Perú es parte. Los pueblos indígenas ejercen el derecho de comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar del territorio nacional, dada la realidad multilingüe y multicultural como lo refleja el hecho de que en el Perú se hablen 48 lenguas indígenas. Somos un país de gran diversidad lingüística, la cual es reflejo de su diversidad cultural

La Declaración Universal de Derechos Lingüísticos considera inadmisibles las discriminaciones contra las comunidades lingüísticas, pues estos hablantes han conseguido mantener sus lenguas, las mismas que hoy son necesarias para la integración de la sociedad en el marco del pluralismo social y jurídico, piedra angular del Estado Democrático y Constitucional, el cual se vincula estrechamente al derecho a la identidad cultural, a la autonomía para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan la cultura e identidad de los PO. No fue sino hasta casi nuestro bicentenario que el Estado Peruano reivindicó el uso de las lenguas originarias en el Perú. Ante el incumplimiento de la ley N° 29735 sobre los alcances del artículo 48 de la Constitución, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N°00889-2017-PA/TC declara de interés nacional "el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú". Estableciendo plazos y mecanismos para su cabal cumplimiento, lo que dota de un fundamento

jurídico potente para reconsiderar la organización social y política con un enfoque incluyente, desde una perspectiva multicultural o intercultural en la Constitución, lo que implica un giro gravitante y de honda transformación para el concepto de nación y, por consiguiente, de la identidad nacional de los peruanos.

1. DIVERSIDAD CULTURAL Y LINGÜÍSTICA EN EL PERÚ

Un país como el Perú -con una diversidad cultural y lingüística que lo identifica como multicultural, plurilingüe e intercultural -alberga un grupo colectivo que posee sus propios usos, costumbres, expresiones, tradiciones y lenguas. De un parte, "la diversidad cultural como un principio organizador de la pluralidad cultural sostenible en las sociedades y a través de ellas (…) es un recurso para organizar un diálogo productivo entre pasados pertinentes y futuros deseables" (Ministerio de Cultura del Perú, 2014-A, p.39)

Es decir, la diversidad cultural es caracterizada como un elemento imprescindible para el progreso efectivo de la interrelación de culturas y debe ser vista como un conjunto de oportunidades que permiten la convivencia pacífica mediante las prácticas de usos y costumbres de la vida cotidiana.

Por otra parte, la diversidad lingüística constituye el reconocimiento de la pluralidad de familias lingüísticas existentes en un determinado territorio, que fomentan el diálogo y uso de su lengua materna reconocida como una riqueza cultural. Tal como denota la UNESCO (s/f):

> Las lenguas, junto con las complejas implicaciones que éstas tienen para la identidad, la comunicación, la integración social, la educación y el desarrollo, representan una importancia estratégica para la gente y el planeta. El reconocimiento del papel vital que las lenguas juegan en los ámbitos más diversos no deja de crecer, destacando su importante rol en el desarrollo: no sólo en lo relacionado con garantizar la diversidad cultural y el diálogo intercultural, sino también en la lucha para lograr educación de calidad para todos y el fortalecimiento de la cooperación, en la construcción de sociedades del conocimiento incluyentes y en la conservación del patrimonio cultural, así como en la movilización de la voluntad política para ver concretados los beneficios de la ciencia y la tecnología para el desarrollo sostenible. (p.1)

Actualmente, en el Perú existen 55 pueblos indígenas u originarios (51 predominantes en la zona amazónica y 4 en la zona andina), y existen 48 lenguas originarias, de ellas, 44 son originarias de la Amazonía y 4 de los Andes, las cuales son habladas por al menos 4,5 millones de peruanos; es decir, el Perú es uno de los países más diversos lingüísticamente en América Latina.

Por ello, debemos señalar que la diversidad cultural y lingüística se encuentra reconocida desde el más alto nivel, por lo que goza de reconocimiento constitucional e internacional. "Además en los últimos años hay desarrollos específicos en temas muy importantes como lenguas originarias, derechos colectivos, consulta previa, pueblos en aislamiento voluntario y la propia transversalización del enfoque intercultural en la gestión del Estado (…)" (Ministerio de Cultura, 2014-C, p.16).

2. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

"Pueblos indígenas u originarios" se refiere a un grupo de personas unidas por caracteres sociales, culturales y lingüísticos que se reflejan en sus usos, costumbres, hábitos, así como en su composición demográfica y la continuidad de ocupación del territorio. Por ello se refleja como una riqueza invaluable dentro de su entorno.

Según Arica -citado por Gutiérrez y Seminario (2018) - "los pueblos indígenas están viviendo en sus tierras antes de que vinieran los colonizadores de otros lugares y, a pesar del tiempo transcurrido, conservan sus características culturales, económicas y políticas, que son manifiestamente distintas de las de los demás sectores del país". (p.224)

Para que se reconozca a un determinado pueblo como originario o indígena se debe evaluar el cumplimiento de una serie de requisitos. Mediante un sustancioso estudio el Ministerio de Cultura del Perú (2014-B) determinó los siguientes criterios de identificación y evaluación:

- Se encuentran regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial.
- Son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización, o en la del establecimiento de las actuales fronteras estatales.
- Cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
- La conciencia de su identidad o tribal se considera como un criterio fundamental para identificar a estos grupos. (p.27)

El reclamo de los pueblos originarios por su reconocimiento como colectivo diferenciado y sujeto de derecho exige nuevos desafíos para el funcionamiento de las democracias en un mundo plural, donde las políticas deben comprender al conjunto de la sociedad a partir de cambios estructurales en los sistemas de administración del Estado, de distribución del ingreso, de políticas educativas y de salud y de la implantación de sistemas de pluralismo jurídico, entre otros. (Bandieri, 2011, p.247)

La comunidad internacional ha visto la necesidad de reconocer a los pueblos originarios como sujetos que poseen personería jurídica y titularidad exclusiva de derechos individuales y colectivos. El Estado peruano mediante un reconocimiento constitucional y la respectiva ratificación de tratados internacionales ha determinado su estatus jurídico, implementando la normatividad que garantice la vigencia efectiva de sus derechos, uno de ellos, los derechos lingüísticos o derechos humanos lingüísticos.

2.1 Reconocimiento internacional

Los pueblos originarios como sujetos reconocidos por la comunidad internacional, acreedores de derechos individuales y de derechos colectivos, de acuerdo a sus propias formas de organización social indígena. Por tales consideraciones, se ha visto la necesidad de enmarcar los antecedentes normativos en esta materia a nivel internacional.

Tratado internacional	Artículo
Pacto de Derecho Civiles y Políticos (1976)	27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)	1.1 Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
Convenio N°169 de la OIT	1. b "los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas"
La Convención Americana de Derechos Humanos (1969)	24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para adolescentes indígenas (2007)	1. "Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos."
Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)	1.2 "La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena."

Cuadro: Elaboración propia.

2.2 Reconocimiento constitucional

El artículo 58 de la Constitución política de 1920 reconoció por primera vez en un texto constitucional a las comunidades campesinas y nativas, señalando que:

> El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden.

Seguidamente, en el título XI, artículos 207, 208 y 209, la Constitución política de 1933 reconoció a las comunidades indígenas.

> Artículo 207. Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.
>
> Artículo 208. El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.
>
> Artículo 209. La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

El capítulo VIII de la Constitución Política de 1979 reconoce la existencia legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas en el Perú.

> Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.
>
> Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la comunidad.

Finalmente, nuestra carta magna vigente en su artículo 89 ha reconocido a nivel constitucional las comunidades campesinas y nativas:

> Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

3. DERECHOS LINGÜÍSTICOS

Los derechos lingüísticos son derechos fundamentales y colectivos que reconocen la libertad de todas las personas a usar su lengua materna en todos los espacios sociales. Esto implica desarrollar su vida personal, social, educativa, política y profesional en su propia lengua; recibir atención de los organismos públicos y pertenecer a una comunidad lingüística reconocida y respetada. (Ministerio de Cultura, 2019)

Los derechos lingüísticos son derechos humanos que hacen referencia al uso de idiomas o las preferencias de idioma de las autoridades gubernamentales, individuos y cualquier otra entidad (Naciones Unidas, 2017: p.5). Como medio de expresión podemos incluir al derecho a hablar o de comunicarse, por lo que el derecho a la lengua, forma parte de los derechos humanos y de los derechos fundamentales (Bermúdez, 2002: p.67)

Delimitando más el tema de los derechos lingüísticos, se debe tomar en cuenta dos derechos componentes que son diferentes entre sí: “a. El derecho a no ser discriminado por el empleo de una lengua materna, una lengua diferente a la oficial u otra nacional. b. El derecho a utilizar la lengua materna en las actividades de la administración, colectividad y sociedad.” (Bermúdez, 2002, p.69)

Los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, cuando menos desde una doble perspectiva. De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente, sea a través de un intérprete proporcionado por el propio Estado. En el Perú, este derecho deriva del artículo 2, inciso 19, de la Constitución, en cuanto dispone que toda persona de nacionalidad peruana "tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete".

3.1 Fundamentos generales

3.1.1 Dignidad humana

La historia de la dignidad humana, como un valor universal y fundamental, sobre el que descansan los derechos humanos es relativamente nueva, sus raíces son de muy larga data. Así, dicho valor ha pasado por distintas fases de formulación; una premoderna y la otra moderna. (Pele, s.f: p.10)

A estas fases se añadió una de carácter más profundo que se plasma en el ámbito jurídico con la aparición de los derechos humanos. Se trata de la concepción de Kant: “el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio” (Kant, 1989: p.335). Este desarrollo, centrado fuertemente en el hombre, con un alcance vertical y horizontal, define al ser humano como un ser superior y excelente por sobre todo cuanto existe, lo cual marca y determina su concepción “antropocéntrica” y por ende su carácter “individualista”. En esta concepción de la dignidad humana muchas de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y

muchos de los valores contenidos en ellos encuentran su raíz y sustento.

La dignidad humana puede considerarse como el respeto, la consideración que merece una persona. Es intangible y debe ser respetado y protegido por los respectivos Estados. Cualquier ataque a la dignidad humana está prohibido independientemente de hechos. Durante mucho tiempo, el principio de libertad fue suficiente para garantizar la dignidad de la persona humana. Sin embargo, el concepto de dignidad solo se destacó cuando los derechos humanos tradicionales, centrados en el individuo, su libertad, su vida privada y su autonomía ya no son suficientes.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, acto declarativo publicado el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 1 denota que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros", reconociendo que las personas físicas poseen este principio intrínseco.

3.1.2 Diversidad cultural

La diversidad cultural no es una invención o una propaganda o un discurso: es un hecho. En el mundo hay más de 220 países y casi todos son multilingües y multiculturales, es decir, casi todos están formados por distintas poblaciones con diferentes lenguas y viven de acuerdo con sus propias culturas que, con frecuencia, son milenarias. Únicamente hay ocho países en el mundo que tienen una sola lengua.

El destacado maestro Luis Enrique López Hurtado refiere que en el estudio del Banco Mundial (2015) denominado Latinoamérica indígena en el siglo XXI se revela que existen 780 pueblos indígenas en América Latina. Solo en el Perú, el Ministerio de Cultura menciona en su página web que somos un país donde se hablan 47 lenguas indígenas, de las cuales cuatro pertenecen a pueblos originarios de los Andes y 43 de la Amazonía. César Moreno-Triana, especialista de la Unesco para América Latina sobre cuestiones de patrimonio cultural, también establece la misma cifra de lenguas indígenas.

Adicionalmente, el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI) ha presentado el informe de los resultados de los censos nacionales 2017, con los siguientes resultados: el 60.2% de la población se autoidentificó como mestiza (13 millones 965 mil 254 personas); 5,9% (1 millón 366 mil 931) como blanca y 3,6% (828 mil 841) como afrodescendiente. Frente a ello, apenas una cuarta parte de la población se autoidentificó como originaria, el 22,3% (5 millones 176 mil 809) se autoidentificó como quechua y el 2,4% (548 mil 292) de origen aymara. Asimismo, 79 mil 266 personas dijeron ser nativas o indígenas de la Amazonía; 55 mil 489 personas asháninkas; 37 mil 690 personas de origen awajún; 25 mil 222 como shipibo konibo y 49 mil 838 personas manifestaron ser de otro pueblo indígena u originario.

La comunidad internacional se ha visto en la necesidad de reconocer dichos componentes culturales y lingüísticos como pilastras de las sociedades multiculturales. Por eso se han aprobado tratados

internacionales como los siguientes: la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1954), la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales (1970), la Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural (1972), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1991), la Declaración Universal sobre la diversidad cultural (2001), la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003), la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005), la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los pueblos indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas (2016).

Esta diversidad reconocida como un derecho fundamental de orden constitucional se encuentra plasmada en el artículo 2, inciso 19 de la Carta Magna vigente, que protege desde todas las aristas la identidad cultural, etnolingüística, en especial el derecho de minorías, denominado "pueblos indígenas" (Rebaza y Seminario, 2018: p.137) y en el artículo 48 que reconoce los idiomas en las zonas donde predominen.

3.1.3 Diversidad lingüística

Todos tenemos derecho a ser distintos, a pensar como pensamos, a sentir como sentimos, a expresar nuestras ideas y sentimientos y a que los otros nos escuchen con atención, a vivir de acuerdo con nuestras costumbres y a usar nuestras lenguas maternas. Nuestra Constitución habla de la diversidad en su artículo segundo, inciso 19, en el cual establece: "A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad."

Es así que debemos señalar que el Perú es un país de una gran diversidad lingüística, la cual es reflejo de su diversidad cultural. Según datos del Ministerio de Educación, en el Perú existen 48 lenguas indígenas, que son habladas en todos los departamentos del país por más de cuatro millones de personas, de acuerdo con las cifras del censo nacional del INEI de 2007. Estas lenguas pertenecen a 19 familias lingüísticas distintas, de las cuales solo 2 (las familias quechua y aru) se ubican en el territorio andino, mientras las 17 restantes se encuentran en territorio amazónico (...)"

3.1.4 Principio de no discriminación

Para desglosar el tema de la no discriminación es necesario partir desde el contenido de la igualdad, su concepto se desarrolla en dos enfoques, el primero como principio y el segundo como derecho constitucional. Eguiguren (1997) sostiene que la igualdad:

> Como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. (p.63)

El principio de igualdad y no discriminación se inicia con mayor exactitud en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como respuesta a los grandes problemas ocasionados por la desigualdad (ejemplo: el holocausto). Este principio protege a la persona de todo tipo de discriminación.

Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7, "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". De la misma forma, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1.1, menciona que:

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos en su artículo 10.2 señala lo siguiente: "Esta Declaración considera inadmisibles las discriminaciones contra las comunidades lingüísticas basadas en criterios como su grado de soberanía política, su situación social, económica o cualquier otra, así como el nivel de codificación, actualización o modernización que han conseguido sus lenguas."

El principio de igualdad es una regla básica que debe garantizar y preservar todo Estado. Este incluye cuatro aspectos fundamentales que permiten analizar y comprender el fondo con mayor exactitud. Así lo establece Bayefsky (1990):

> (1) los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; (2) el asunto de si la intención discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; (3) la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y (4) la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación. (p.3)

El fin de la no discriminación es garantizar el cuidado y libre desarrollo de las personas, sin ninguna diferencia y con las mismas oportunidades.

3.2 Fundamentos específicos

3.2.1 Derecho a la identidad cultural

La identidad cultural, como elemento de integración de la sociedad en el marco del pluralismo que profesa el Estado Democrático y Constitucional, también es concebida como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social; es decir, de imprimirle cualidades que posibiliten su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto y tiempo determinado, así como de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales, por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales.

El derecho a la identidad cultural consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás.

Por este motivo, el derecho a la identidad cultural en el Perú abarca a los pueblos indígenas que habitan en nuestro país y su derecho a la libre determinación, a la autonomía para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad, etc.

El derecho a la identidad de los pueblos indígenas implica asumir que la nación es pluricultural y plurilingüe, defender el patrimonio histórico y cultural mediante la promoción de su conocimiento y respeto, promover el desarrollo de las culturas; es decir, reconocer y apoyar a los pueblos indígenas y a las culturas regionales y populares e impulsar la autogestión cultural por medio del reconocimiento de las autonomías culturales, étnicas y regionales.

Seguidamente, la identidad cultural de los pueblos comprende el derecho a la existencia, tanto jurídica como física, a la no discriminación mediante el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley y la prohibición de un trato desigual; a la preservación de la identidad cultural en un amplio sistema de derechos y libertades; a la autodeterminación que incluya la historia, la tierra, el territorio, costumbres y tradiciones; a la identidad personal.

También comprende los rasgos, símbolos y características naturales, humanas, sociales, históricas, espirituales, artísticas, económicas y políticas que identifican a una persona y a un grupo. Es decir, la característica que los hace únicos y diferentes a otros pueblos.

3.2.2 Derecho al uso del idioma propio

El derecho al uso del idioma propio es un derecho fundamental de la persona humana, lo que implica por extensión el derecho a su idioma, lengua y forma de comunicación de su propia existencia como persona humana. Nuestro Estado Constitucional se fortalece respetando y revalorizando nuestra identidad cultural y étnica. Aceptar la diferenciación de las particularidades en el idioma y en la comunicación respetuosa en ese idioma, implica dar pasos sensatos en la integración de todos los peruanos en un Estado- nación común, tal como lo manda expresamente el artículo 48 de nuestra Constitución que señala lo siguiente "son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley."

El derecho al uso del idioma propio y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, cuando menos desde una doble perspectiva. "De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la república, sea directamente, sea a través de un intérprete proporcionado por el propio Estado", según expresó la sentencia del expediente N° 00889-2017-PA/TC en su fundamento jurídico 8.

A raíz de dicho reconocimiento constitucional, el Estado peruano se vio en la necesidad de regular expresamente los derechos lingüísticos. Por ello en julio de 2011 se publica la Ley N° 29735 que detalla los alcances del artículo 48 de la Constitución y declara de interés nacional "el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú". Esta norma hace un listado de los derechos lingüísticos individuales, entre otros el derecho a ser reconocido como miembro de una comunidad lingüística, al uso en público y privado de la lengua, a ser atendido por el Estado en la lengua materna y gozar de servicios de traducción simultánea, a la educación en la lengua originaria y al aprendizaje del castellano.

Por ello, determinamos que el derecho al uso de las lenguas originarias se encuentra debidamente positivizado en la Declaración de los derechos lingüísticos, así como en el convenio 169 de la OIT. En los últimos años, en el Perú se han dado leyes como la 29735 y su reglamentación mediante el Decreto Supremo 04-2016/MC y el Decreto Supremo N° 005-2017-MC, que aprueba la política nacional de lenguas originarias, tradición oral e interculturalidad, así como la SCT 889-2017/TC de mayo del 2018, que reivindicó el uso de las lenguas originarias en nuestro país, reconociéndose como un derecho fundamental y estableciendo plazos y mecanismos para su cabal cumplimiento.

Según Cuadros (2016):

> (…) De acuerdo a la Constitución Política y la Ley de Lenguas, todos los peruanos tenemos derechos lingüísticos y debemos ejercerlos. Estos derechos son los siguientes: derecho a no ser maltratados ni rechazados por usar una lengua distinta al castellano, sea en un espacio público o privado, derecho a usar nuestro idioma ante cualquier autoridad, organismo, o instancia estatal, así como a pedir la ayuda de un intérprete en esos espacios si es necesario,

> derecho a gozar y disponer de los medios de traducción que garanticen el ejercicio de nuestros derechos en todo ámbito, derecho a mantener y desarrollar nuestra lengua, tradiciones y cultura de nuestro pueblo." (pp. 189-190)

4. DERECHO LINGÜÍSTICO COMO DERECHO HUMANO

Son derechos fundamentales, individuales y colectivos que reconocen la libertad de usar lenguas indígenas u originarias en todos los espacios sociales y a desarrollarse en estas lenguas en la vida personal, social, ciudadana, educativa, política y profesional.

Las Naciones Unidas (2017) concerniente a los derechos lingüísticos han expresado que:

> Son derechos humanos que repercuten en las preferencias lingüísticas o en el uso que hagan de los idiomas las autoridades estatales, las personas y otras entidades (...); se emplea el término "derechos lingüísticos" para explicar las medidas mínimas necesarias y las posibles medidas adicionales que deben adoptarse para hacer efectivos los derechos de las minorías lingüísticas. El lenguaje es fundamental para la naturaleza humana y la cultura y es una de las más importantes expresiones de la identidad. Por tanto, las cuestiones relativas al lenguaje tienen un contenido especialmente emotivo y significativo para las comunidades constituidas por minorías lingüísticas que intentan mantener su identidad cultural diferenciada y su identidad como grupo, a veces en condiciones de marginación, exclusión y discriminación. (p.5)

May (2010) ha expresado que:

> El reconocimiento de los derechos lingüísticos como un derecho humano esencial es, en última instancia, una cuestión de voluntad política. En una época en la que la noción de los derechos humanos individuales es tan importante, el desarrollo y la aplicación de un grupo diferenciado de derechos lingüísticos para grupos minoritarios no resultan, desde luego, algo fácil ni popular. La continua oposición a estos derechos lo sugiere. Pero su importancia radica precisamente en que es la clave del mecanismo, con el que podemos —y deberíamos— reconsiderar la organización social y política en los niveles supranacional, nacional y autonómico de maneras más lingüísticamente plurales, igualitarias e incluyentes. (p.153)

5. TRATAMIENTO JURÍDICO INTERNO

5.1 La Ley N° 29735 como marco legal lingüístico

Las lenguas originarias son expresión de identidad, de una manera distinta de concebir y describir la realidad. La diversidad lingüística de nuestro país no solo nos ofrece variedad idiomática sino también variedad polifuncional, debido a que nuestra lengua sirve de un instrumento de expresión

oral y escrita en los diversos ámbitos de la vida social y cultural. (Rivarola, 1986). Por ello es importante establecer un marco de protección constitucional y legal.

La Ley 29735 que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú tiene como objeto desarrollar en materia linguistica el alcance de los derechos y garantías individuales y colectivas. El artículo 48 de la Constitución Política del Perú reconoce que "son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

En su contenido el legislador establece ciertos derechos vinculados al uso del idioma propio que son inherentes a toda persona. A continuación, se describe su contenido:

- Ejercer sus derechos lingüísticos de manera individual y colectiva.
- Ser reconocida como miembro de una comunidad lingüística.
- Usar su lengua originaria en los ámbitos público y privado.
- Relacionarse y asociarse con otros miembros de la comunidad lingüística de origen.
- Mantener y desarrollar la propia cultura, ser atendida en su lengua materna en los organismos o instancias estatales.
- Gozar y ponerles a los medios de traducción directa o inversa que garantizan el ejercicio de sus derechos en todo ámbito.
- Recibir educación en su lengua materna y en su propia cultura bajo un enfoque de interculturalidad.
- Aprender el castellano como lengua de uso común en el territorio peruano.

Para lograr el cumplimiento de la mencionada ley se estableció que la responsabilidad de elaborar el mapa etnolingüístico recaería en el Ministerio de Educación en coordinación con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). La función que cumple el mapa es determinar el número de comunidades que pertenecen a un grupo etnolingüístico teniendo en cuenta criterios cualitativos y cuantitativos de cada sector del país.

En cuanto a los idiomas oficiales se establece que, además del castellano, también lo son las lenguas originarias en los distritos provincias o regiones en donde predominan conforme a lo consignado en el Registro Nacional de lenguas originarias. El reconocimiento oficial de una lengua originaria permite que la administración estatal la haga suya e implemente progresivamente en todas sus esferas de actuación la comunicación en el idioma oficial del distrito, provincia o región.

Para la promoción conservación, recuperación y uso de las lenguas originarias se señala que el ejecutivo tiene el deber de desarrollar políticas nacionales y regionales que promuevan la difusión, investigación, mecanismos de participación y de consulta ciudadana, así como trabajar en la implementación de una educación intercultural bilingüe.

Asimismo, señala nuevamente que, además del castellano, son idiomas oficiales nlas lenguas originarias en los distritos provincias o regiones en donde predominan conforme al registro nacional de lenguas originarias.

5.2 Implicancias de la sentencia recaída en el Expediente 889-2017, que declaró el estado de cosas inconstitucional respecto al incumplimiento de los derechos lingüísticos en el Perú.

Mediante la sentencia del Expediente 889-2017-PA/TC el Tribunal Constitucional dictaminó la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Díaz Cáceres de Tinoco, ciudadana quechuahablante que pretendía restablecer las cosas al estado anterior de su presunta aprobación a la carta de compromiso expedida en castellano por la Municipalidad Provincial de Carhuaz, la cual contenía lineamientos para el ejercicio del comercio ambulatorio.

5.2.1 Protección constitucional de la diversidad lingüística

En la actualidad, nuestra Constitución Política de 1993 reconoce a la nación como un Estado multicultural y poliétnico.

> Puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que, en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que "la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú" [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional. (STC01126-2011-HC/TC, fundamento 13)

Sin embargo, pese al avance normativo que se evidencia en nuestro país, la protección y reconocimiento de hoy es un hito en cuanto a que se aborden los derechos lingüísticos debido a que la Constitución de 1979 no reconocía ni protegía como derecho fundamental la identidad étnica y cultural y el uso del propio idioma.

La Constitución de 1979 en el Capítulo IV dedicado a la educación, ciencia y cultura señalaba lo siguiente:

> Art. 21.- El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana […].
>
> Art. 34.- La Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como

> las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía.
>
> Art. 35.- El Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechua, aimara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua.
>
> Art. 83.- El castellano es el idioma oficial de la república. También son de uso oficial el quechua y el aimara en las zonas y la forma que la ley establece. Las demás lenguas aborígenes integran así mismo el patrimonio cultural de la Nación.

Regulaba de forma limitada y casi escasa el reconocimiento de las lenguas originarias e indígenas como podemos apreciar en los artículos antes citados. El amparo a los derechos lingüísticos de todas las personas surge con el reconocimiento del uso del propio idioma que tiene cada persona en todos los espacios sociales, culturales, políticos, educativos y en todos donde implique su desarrollo.

Frente al reconocimiento que nuestra Constitución actual hace al derecho al uso del propio idioma, el Tribunal Constitucional emite la sentencia del Expediente 889-2017 donde desarrolla e interpreta el derecho establecido en el artículo 2 inciso 19 que señala lo siguiente:

> "A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad"

5.2.2 El derecho al uso del propio idioma y la relación de oficialidad de las lenguas originarias en el país con la administración pública.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas que usen idioma distinto al castellano ante cualquier autoridad en las zonas donde no predomine este último.

Por ello nuestra "Constitución multicultural" (Expediente 02765-2014-AA, fundamento 15) ofrece un contenido constitucional al reconocer que cada persona debe utilizar su lengua y que los servidores públicos tienen el deber de fomentar el acceso a la administración del Estado en concordancia con la oficialidad de lenguas aborígenes que proclama la Constitución.

Del reconocimiento oficial que realiza nuestra carta magna se desprende que "todo servidor público deber tomar en cuenta las características culturales particulares de la población de las localidades en donde se brinda atención como el uso de una lengua indígena u originaria, que en determinados casos constituye la condición mínima para la efectividad del servicio" (Toyco, 2018: p.13)

En este caso los magistrados determinaron que se produjo una grave afectación por parte de los funcionarios de la provincia de Carhuaz debido a que se vulneró el derecho a usar el quechua; es decir, su lengua originaria, en el desenvolvimiento de su vida ante cualquier autoridad. Cabe añadir

que, a pesar de comprobarse que el uso del quechua predomina en Carhuaz, se acreditó la falta de uso oficial de la lengua quechua por parte de la municipalidad de Carhuaz. Por ello el tribunal declaró fundada la demanda.

La técnica de "estado de cosas inconstitucional" pretende otorgar protección frente a una acción violatoria, es decir que:

> Se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. (Expediente 2579-2003-HD/TC)

Por ello, en relación al expediente en cuestión, los jueces constitucionales establecieron declarar:

> Un estado de cosas inconstitucional en relación a la ausencia de efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde ellas son predominantes, tal como exige el artículo 48 de la Constitución, la ley de lenguas, su respectivo reglamento, y la Política nacional de lenguas oiriginarias, tradición oral e interculturalidad. (Expediente 0889-2017-PA/TC, fundamento 49)

6. DERECHOS LINGÜÍSTICOS Y GENERACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA MEJORA DE LA COMUNICACIÓN Y ATENCIÓN DE LA POBLACIÓN INDÍGENA

De acuerdo a la amplia normativa legal que existe respecto al tema en cuestión, es necesario señalar como referente normativo a las políticas del Estado vigentes a la fecha, las que buscan el desarrollo de los derechos lingüísticos como derechos fundamentales. A continuación, se señalarán las políticas y planes nacionales que guardan consistencia con la política nacional cultural.

6.1 Política nacional para la transversalización del enfoque intercultural – Decreto Supremo 003-2015-MC

EJE I	**FORTALECER LA CAPACIDAD DE GESTIÓN INTERCULTURAL DEL ESTADO PERUANO**	Lineamiento 1: Desarrollar una institucionalidad para transversalizar el enfoque intercultural en las políticas públicas, planes, programas y proyectos de los sectores, organismos constitucionalmente autónomos.	Lineamiento 2: garantizar estándares de calidad en la prestación de servicios públicos a la ciudadanía que cumplan con criterios pertinentes a las realidades socioculturales y lingüísticas de diversos grupos culturales.
EJE II	**RECONOCIMIENTO POSITIVO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LINGÜÌSTICA**	Lineamiento 1: Promover y gestionar la producción de información y conocimiento sobre la diversidad cultural del país.	Lineamiento 2: promover la salvaguarda de los saberes y conocimientos de las distintas culturas del país, valorizando la memoria colectiva de los pueblos.
EJE III	**ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ÉTNICO-RACIAL**	Lineamiento 1: Garantizar el derecho a la igualdad, no discriminación y la prevención del racismo.	Lineamiento 2: Promover la formación de ciudadanos y ciudadanas interculturales.
EJE IV	**INCLUSIÓN SOCIAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA POBLACIÓN AFROPERUANA**	Lineamiento 1: Promover la atención de los pueblos indígenas y la población afroperuana.	Lineamiento 2: Garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas mediante la consolidación del marco jurídico y el fortalecimiento de la institucionalidad en materia de interculturalidad.

Cuadro: Elaboración propia.

6.2 Política nacional de lenguas originarias, tradición oral e interculturalidad – Decreto Supremo 005-2017-MC

EJE I	**ESTATUS DE LA LENGUA INDÍGENA U ORIGINARIA**	Está dirigido a todas las entidades públicas en todos los niveles de gobierno, en el marco de sus competencias, funciones y atribuciones. Contiene orientaciones y recomendaciones de aplicación general respecto a lo que debería hacer cada una de ellas para garantizar adecuadamente los derechos lingüísticos de los hablantes de lenguas indígenas u originarias, desarrollando, a su vez, una gestión pública para resultados y contribuir a su implementación a nivel nacional, regional y local.
EJE II	**ADQUISICIÓN DE LA LENGUA INDÍGENA U ORIGINARIA**	Está dirigido a las entidades públicas en todos los niveles de gobierno, en el marco de sus competencias, funciones y atribuciones; las instituciones privadas y la sociedad civil, así como los pueblos indígenas, en los casos que corresponda.
EJE III	**DESARROLLO DE LAS LENGUAS INDIGENAS U ORIGINARIAS**	Está dirigido a las entidades públicas en todos los niveles de gobierno, en el marco de sus competencias, funciones y atribuciones; las instituciones privadas y la sociedad civil así como los pueblos indígenas, en los casos que corresponda.

Cuadro: Elaboración propia.

6.3 Política nacional de cultura al 2030

Este documento permite sustentar, integrar, alinear y dar coherencia a la intervención del Estado en materia cultural. El objetivo 6 describe lo siguiente:

OBJETIVO P 6	**FORTALECER LA VALORACIÓN POSITIVA DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LINGÜÍSTICA POR PARTE DE LA POBLACIÓN.**	Fomentar el reconocimiento positivo de la diversidad cultural y lingüística en la población peruana en las entidades públicas y en la sociedad en general.
		Asegurar el acceso de los grupos étnicos - culturales y sus manifestaciones culturales a espacios públicos y medios de comunicación.
		Implementar estrategias para la prevención y eliminación del racismo y la discriminación racial y sus distintas dimensiones.
		Desarrollo y difusión de conocimiento sobre la diversidad cultural y los grupos étnicos y culturales.

Cuadro: Elaboración propia.

7. CONCLUSIONES

1.- El Estado peruano reconoce el derecho al uso del idioma propio como un derecho fundamental de orden constitucional, plasmado en su artículo 48.

2.- Las lenguas, junto con las complejas implicaciones que éstas tienen para la identidad, la comunicación, la integración social, la educación y el desarrollo, representan una importancia estratégica para la gente y el planeta, dado su rol en el desarrollo: no sólo en lo relacionado a garantizar la diversidad cultural y el diálogo intercultural, sino también en la lucha para lograr educación de calidad para todos y el fortalecimiento de la cooperación, en la construcción de sociedades del conocimiento incluyentes y en la conservación del patrimonio cultural inmaterial.

3.- El Perú es uno de los países más diversos lingüísticamente en América Latina, con importantes avances en normativa relativa a los derechos lingüísticos, derechos colectivos, consulta previa, pueblos en aislamiento voluntario y de manera loable en lo referente a normativas y a una gestión pública orientada a la transversalización del enfoque intercultural en la gestión del Estado.

4- Los pueblos originarios, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, y gozan del reconocimiento como colectivo diferenciado y sujeto de derecho, acorde a los desafíos para el funcionamiento de las democracias en un mundo plural, donde las políticas deben comprender al conjunto de la sociedad a partir de cambios estructurales en los sistemas de administración del Estado.

5.- El Derecho Internacional y los tribunales supremos reconocen a los pueblos originarios como sujetos que poseen personería jurídica y titularidad exclusiva de derechos individuales y colectivos. Asimismo, el Estado peruano mediante un reconocimiento constitucional y la respectiva ratificación de tratados internacionales, ha determinado su estatus jurídico, implementando normatividad que garantice la vigencia efectiva de los derechos lingüísticos.

6.- Los pueblos indígenas ejercen el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente, sea a través de un intérprete proporcionado por el propio Estado. En el mundo hay más de 220 países y casi todos son multilingües y multiculturales, es decir, casi todos están formados por distintas poblaciones con diferentes lenguas y viven de acuerdo con sus propias culturas que, con frecuencia, son milenarias, pues existen 780 pueblos indígenas en América Latina y solo en el Perú, se hablan 48 lenguas indígenas.

7.- El Perú es un país de una gran diversidad lingüística, la cual es reflejo de su diversidad cultural. Según datos del Ministerio de Educación, en el Perú existen 48 lenguas indígenas que son habladas en todos los departamentos del país por más de cinco millones de personas, de acuerdo con las cifras del censo nacional del INEI de 2017. Estas lenguas pertenecen a 19 familias lingüísticas distintas, de las cuales solo 2 (las familias quechua y aru) se ubican en el territorio andino, mientras los 17 restantes se encuentran en territorio amazónico.

8.- La Declaración Universal de Derechos Lingüísticos considera inadmisibles las discriminaciones contra las comunidades lingüísticas basadas en criterios como su grado de soberanía política, su situación social, económica o cualquier otra, así como el nivel de codificación, actualización o modernización que han conseguido sus lenguas, teniendo en cuenta la integración de la sociedad en el marco del pluralismo que profesa el Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

9.- El derecho a la identidad cultural en el Perú abarca a los pueblos indígenas que habitan en nuestro país y su derecho a la libre determinación, a la autonomía para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad de los pueblos indígenas. Esto implica asumir la política de reconocernos como una nación pluricultural y plurilingüe, que preserva el patrimonio histórico y cultural inmaterial mediante la promoción de su conocimiento y respeto.

10.- El fundamento jurídico 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00889-2017-PAC brinda reconocimiento constitucional y reivindica los derechos lingüísticos en el Perú, pues actualmente el Estado Peruano regula expresamente los derechos lingüísticos mediante la Ley N° 29735 que detalla los alcances del artículo 48 de la Constitución y declara de interés nacional "el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú". Esta norma hace un listado de los derechos lingüísticos individuales; entre otros el derecho a ser reconocido como miembro de una comunidad lingüística, al uso en público y privado de la lengua, a ser atendido por el Estado en la lengua materna y gozar de servicios de traducción simultánea, a la educación en la lengua originaria y al aprendizaje del castellano.

11.- El uso de las lenguas originarias se encuentra debidamente positivizado en la Declaración de los derechos lingüísticos, así como en el convenio 169 de la OIT. En los últimos años en el Perú se han dado leyes como la 29735 y su reglamentación mediante el Decreto Supremo 04-2016/MC y el Decreto Supremo N° 005-2017-MC, que aprueban la política nacional de lenguas originarias, tradición oral e interculturalidad, aunado a la SCT 889-2017/TC de mayo del 2018 que reivindicó el uso de las lenguas originarias en nuestro país, reconociéndose como un derecho fundamental, estableciendo plazos y mecanismos para su cabal cumplimiento. La importancia de estas normas radica precisamente en que es la clave del mecanismo con el que podemos —y deberíamos— reconsiderar la organización social y política en los niveles supranacional, nacional y autonómico de maneras más lingüísticamente plurales, igualitarias e incluyentes, desde una perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, lo que implica un giro copernicano en el concepto de nación y, por consiguiente, en el de identidad nacional.

12.- Por el incumplimiento sistemático del Estado en la implementación de ley de lenguas, se declaró el estado de cosas inconstitucional por la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde ellas son predominantes, tal como exige el artículo 48 de la Constitución, la ley de lenguas, su respectivo reglamento y la política nacional de lenguas originarias, tradición oral e interculturalidad. (Expediente 0889-2017-PA/TC, fundamento 49).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bandieri, S. (2011). Los pueblos originarios como sujetos de derechos. Comentarios al trabajo de Mirta Lobato. En: *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana (33)*. Recuperado de: http://www.redalyc.org/pdf/3794/379444917032.pdf

Bayefsky, A. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. En: *Human Rights Law Journal*. Recuperado de https://cutt.ly/4wdbUfb

Bermúdez, M. (2002). *Los derechos lingüísticos.* Lima: Ediciones Legales.

Cuadros, H. (2016). *El discurso académico de José María Arguedas para analizar y comprender los derechos lingüísticos como derechos culturales en el Perú contemporáneo.* (Tesis de grado). Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima. Recuperado de: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/128347

Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *En: Ius Et Veritas*. Recuperado de https://bit.ly/2PtjdN2

Gutiérrez, F. y Seminario, N. (2018). La problemática de los pueblos amazónicos desde la perspectiva social de la Iglesia. En: *Phainomenon* Vol. 17 N°2, pp.223-234.

Kant, I. (1989). Metafísica de las Costumbres, Segunda parte. Principios de la doctrina de la virtud, Tecnos, trad. de Cortina.

Ministerio de Cultura. (2018). *Derechos Lingüísticos*. Recuperado de https://cutt.ly/fwdsDUb

Ministerio de Cultura. (2014-A). *Diversidad cultural, desarrollo y cohesión social.* Recuperado de https://cutt.ly/8wdsDyY

Ministerio de Cultura. (2014-B). *Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios.* Recuperado de: https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/noticia/tablaarchivos/guiaidentificacionppiifinal.pdf

Ministerio de Cultura. (2014-C). *La diversidad cultural en el Perú*. Recuperado de: http://repositorio.cultura.gob.pe/handle/CULTURA/82

Ministerio de Cultura. (2015). *Decreto Supremo 003-2015-MC.* Recuperado de https://bit.ly/383WOKR

Ministerio de Cultura. (2017). *Decreto Supremo 005-2017-MC.* Recuperado de https://bit.ly/2w7zTRE

Ministerio de Cultura. (2019). *Plan Nacional de Cultura al 2030.* Recuperado de https://bit.ly/2waZskC

Naciones Unidas. (2017). *Droit linguistiques des minorités linguistiques.* Recuperado de: https://cutt.ly/AwdsDCh

Pele, A. (s/f). Una aproximación al concepto de dignidad humana. En: *Revista Universitas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de: http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf

Rebaza, K. y Seminario, N. (2018). El derecho a la educación intercultural bilingüe de la niñez indígena en el Perú: avances y desafíos. En: *Revista Persona y Familia* N°7, pp.135-163.

Toyco, P. (2018). Constitución Lingúistica: A propósito de la entencia Nº 889-2017-PA del Tribunal Constitucional del Perú, *RYD República y Derecho.* Recuperado de https://bit.ly/2Txfy1c

UNESCO. (s.f). *Diversidad cultural y lingüística*. Recuperado de https://cutt.ly/lwdsFhW

Yataco, M. (2015). *Política Lingüística en el Perú: un proceso que emerge.* Recuperado de https://cutt.ly/HwdsFRD

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5110

PANORAMA GENERAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Paola Alexandra Sierra-Zamora[1]

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas que afrontan las víctimas de violaciones de derechos humanos en el ámbito de los fueros nacionales es la complejidad que implica desarrollar su posición ante el Estado agresor, especialmente porque la contraposición de ambas partes no resulta ser proporcional.

Ante esta situación objetiva es que resulta necesario resaltar la obligación de los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos de constituirse en g*arantes* de los derechos de sus ciudadanos (Bermúdez-Tapia, 2001, p. 338) y para ello deben adecuarse sus sistemas normativos para que que pueda viabilizarse el acceso a un sistema jurisdiccional convencional, en particular porque esta obligación es vinculante (Ovalle, 2005).

La condición de garante que asume cada Estado, entonces se establece en una doble dimensión, tanto respecto de los estados con los cuales ha materializado la Convención Americana como también con respecto de la población (Bermúdez-Tapia & Belaúnde Borja, 2007, p. 42)

---

1 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. Doctorado (en curso) del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valéncia, España. Asesora Metodológica en Investigación Formativa y Trabajos de Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Investigadora del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" de la Universidad Católica de Colombia reconocido con código COL0120899 con Categoría A1 en Convocatoria 781 de 2017 de Colciencias. Joven Investigadora por Colciencias en la Convocatoria 775 de 2017 del proyecto titulado Justicia Transicional en Colombia ¿Qué pasó con las víctimas? Derechos, Reparación y Conflicto Armado. Correo: pasierra@ucatolica.edu.co.

Sin embargo, estando ya en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos es que surge la cuestión ¿cómo hacer posible la aplicación de principios procesales, tomando en cuenta que este es un proceso totalmente autónomo a los procesos seguidos en el ámbito nacional?

Para atender esta duda teórica, es que resulta necesario conceptualizar elementos referenciales preliminares.

1. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIPDH)

Este sistema se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá – Colombia en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta de la OEA que proclama los "derechos fundamentales de la persona humana" dicha expresión se proclamó como un fundamento para la organización, y sirve como punto de partida para interpretación, esto tomado como un principio rector.

En este sentido, los Estados americanos han admitido una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base normativa de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, al reconocer estos derechos, establecer obligaciones tendientes a su promoción y protección, y crear órganos destinados a velar por su observancia.

Complementariamente, el 1° de la Carta de la OEA la Organización de los Estados Americanos, se compone a sí misma como un ente internacional creada por los Estados del continente americano, con el propósito de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia (Carta de la OEA. Art. 1).

Entre los instrumentos que dispone el SIPDH, tenemos:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

   Adoptado el 2 de mayo de 1948 y es el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general.

   La importancia de esta Declaración proviene del reconocimietno de los Estados, donde se detalla queel acto de legislar en materias sobre derechos se especifica que no crea o concede derechos, sino que se reconocen derechos los cuales existen independientemente de la formación del Estado.

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")

   Adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrando en viencia el 18 de julio de 1978.

   En su primera parte, la Convención Americana establece los deberes de los Estados y los derechos protegidos por dicho tratado.

En su segunda parte, la Convención Americana establece los medios de protección: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a los que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención".

c) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Adoptada el 9 de diciembre de 1985 y entró en vigor hasta el 28 de febrero de 1987, en 1985, dentro del marco de la Asamblea General donde se aprobaron enmiendas a la Carta de la OEA mediante el Protocolo de Cartagena de Indias.

Esta Convención incluye una detallada definición de la tortura, así como de la responsabilidad por la comisión de este delito.

Los Estados partes no sólo se comprometen a castigar severamente a las personas que cometan actos de tortura, sino que además se obligan a adoptar medidas para prevenir y sancionar cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante dentro de sus respectivas jurisdicciones. Conforme a los términos de este tratado, las personas acusadas de cometer tortura no podrán evadir la acción de la justicia mediante la fuga al territorio de otro Estado Parte.

d) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Adoptada el 17 de noviembre de 1988, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999.

El Protocolo de San Salvador constituye el instrumento adicional a la Convención Americana en derechos económicos, sociales y culturales. El texto del Protocolo de San Salvador se basa en un borrador preparado por la CIDH. Al ratificar este Protocolo, los Estados Partes:

e) El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Adoptado el 8 de junio de 1990, entrando en vigor el 28 de agosto de 1991.

f) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”)

Adoptado el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 5 de marzo de 1995.

Este instrumento define en forma detallada las formas de violencia contra la mujer, incluyendo la violencia física, sexual y psicológica basada en su género, ya sea que ocurra en el ámbito público o privado, y establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, además de todos los derechos humanos consagrados por los instrumentos regionales e internacionales.

g) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Adoptado el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 28 de marzo de 1996, durante su XXIV sesión ordinaria celebrada en Belém do Pará, Brasil, la Asamblea General de la OEA aprobó esta convención.

Este instrumento es el primero a nivel internacional en referirse específicamente a esta forma compleja de violación a los derechos humanos.

Los Estados partes se comprometen en este Tratado no sólo a abstenerse de practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada sino también a sancionar a los autores, cómplices y encubridores de este delito, dentro de sus respectivas jurisdicciones.

Los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar la desaparición forzada como delito y a cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar este crimen.

Este tratado asimismo incluye al delito de desaparición forzada entre aquellos que justifican la extradición, de modo de evitar que personas acusadas de este crimen evadan la acción de la justicia huyendo al territorio de otro Estado parte.

Además, reconoce la facultad de la Comisión de adoptar medidas cautelares en casos de desapariciones forzadas.

h) La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Adoptado el 7 de junio de 1999 y entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.

En su XXIX Período Ordinario de Sesiones celebrado en Ciudad de Guatemala, la Asamblea General de la OEA adoptó este tratado. Este instrumento tiene por objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, así como propiciar la plena integración de estas personas a la sociedad.

i) La Carta Democrática Interamericana.

Adoptado el 11 de septiembre de 2001.

Esta Carta, reafirma que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y que la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente.

j) La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

Adoptada por la CIDH en su 108º Período Ordinario de Sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000, luego de un amplio debate con diversas organizaciones de la sociedad civil, la Comisión aprobó esta declaración propuesta por la Relatoría Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión, que había sido recientemente creada.

2. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

La CIDH está integrada por siete personas elegidos/as a título personal por la Asamblea General de la Organización y deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

La duración de su mandato es de cuatro años, renovables por un único período adicional. La directiva de la Comisión está compuesta por un cargo de Presidente/a, Primer/a Vicepresidente/a y Segundo/a Vicepresidente/a, con un mandato de un año, pudiendo ser respectivamente reelegidos/as una sola vez en cada período de cuatro años.

La CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. El Estatuto de la CIDH establece en sus Artículos 18, 19 y 20 las funciones y las atribuciones de dicho organismo, distinguiendo claramente sus atribuciones respecto de los Estados partes en la Convención Americana de aquellas referidas a los Estados miembros de la Organización que no son partes en la Convención Americana.

Respecto a estos últimos, la competencia de la Comisión se basa en las disposiciones de la Carta de la OEA y la práctica de la CIDH. Por su parte, la competencia de la Comisión con relación a los Estados partes en la Convención Americana emana de dicho instrumento.

3. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

En la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948) se adoptó la Resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre", en la que se consideró que la protección de esos derechos debía “ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”.

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1959), que como se dijo creó la CIDH, en la parte primera de la resolución sobre "Derechos Humanos", encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto sobre la creación de una "Corte Interamericana de los Derechos Humanos" y otros órganos adecuados para la tutela y observancia de tales derechos.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1969; sin embargo, el tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor dicho tratado.

Los Estados partes en la Convención Americana eligieron a los primeros siete jueces de la Corte durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en mayo de 1979.

La Corte fue instalada oficialmente en su sede en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, y su Estatuto aprobado por la Asamblea General de la OEA celebrada en La Paz, Bolivia en octubre de 1979, mediante Resolución No. 448.

En el curso de su Tercer Período de Sesiones, llevado a cabo del 30 de julio al 9 de agosto de 1980, la Corte completó los trabajos sobre el Acuerdo Sede concertado con Costa Rica. En dicho acuerdo, ratificado por el Gobierno de Costa Rica, se estipulan las inmunidades y los privilegios de la Corte, sus jueces/zas y su personal, así como de las personas que comparezcan ante ella.

De conformidad con el Artículo 1º del Estatuto de la Corte IDH, ésta es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para el cumplimiento de dicho objetivo, la Corte tiene dos funciones: una función jurisdiccional, la cual se rige por las disposiciones de los Artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana y una función consultiva, la cual se rige por las disposiciones establecidas en el Artículo 64 de la Convención Americana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bermúdez-Tapia, M. (2001) "Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales", *BIRA Boletín del Instituto Riva Aguero,* (28) 333-343

Bermudez-Tapia, M & Belaúnde Borja, G. (2007) *Diccionario Jurídico*. Lima: San Marcos EIRL

Cubides, J. & Sierra, P. (2018) "Justicia Transicional, Seguridad y Defensa en el marco del posconflicto", *Observatorio* S&D, Vol. 03, Nº 04

Figueroa Pla, Uldaricio (1991) Organismos internacionales. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Ovalle Favela, J. (2005). *Teoría general del proceso*, México: Porrúa.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5111

NACIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO 1826-1864

Por Walter Abanto-Rojas

La preocupación por los "otros" es un elemento muy importante para el Derecho Internacional. Janne Nijmann[1] es una de las pocas autoras en el O*xford Handbook of The History of International Law* que propone una mirada hacia fuera de lo europeo, haciendo un énfasis hacia otros pueblos y minorías.

Esta última escuela de pensamiento es la que nosotros seguimos. Los estados sudamericanos no reconocidos por las potencias extranjeras después de su independencia, buscaron la forma de poder protegerse ante una invasión y una de sus formas fue la gestación de tratados de Derecho Internacional. Este mecanismo de autodefensa legal generó una literatura y producción local que permitió el nacimiento de un Derecho Internacional

Esta escuela es la que sigue Martin Koskenniemi cuando menciona en *International Law and Empire:* "The formal expansion of European sovereignty through annexation or settlement far from exhausts the history of international law and empire[2]" o Anthony Angie en *Imperialism, Sovereignty and The making of International Law:* "Traditional histories of the discipline present colonialism and non- European peoples as peripheral concerns[3]".

1 NIJMANN, Janne "Minorities and Majorities". En FASSBENDER, Bardo y PETERS, ANNE "The Oxford Handbook of the History of International Law" Oxford: Oxford University Press.Pp.110-127

2 KOSKENNIEMI, Martin. International law and Empire. Oxford: Oxford University Press.2017. p.14

3 ANGHIE, Antony. Imperialism, Sovereignty and the making of International Law Cambridge: CSICL. 2004. Introduction p.2.

Estas perspectivas constituyen la forma de hacer Historia del Derecho Internacional para nosotros. Una historia de diferentes Derechos Internacionales en donde si bien el derecho europeo es importante, hay otros derechos que deben ser explicados e investigados

Wilhelm Grewe sigue esta escuela al mencionar en *The epochs of International Law*: "The method which is followed in this book for demarcating the epochs of the history of international law, for fixing the major turning points and for indicating the types of international legal orders that have been constructed in the different epochs, is not the only possible, satisfactory assessment of events[4]". Grewe sigue la idea de Angie y Koskenniemi pero también compartimos la idea de que esta forma de estudiar a la Historia del Derecho Internacional no es la única forma, hay otras formas que no vamos a utilizar.

El propósito de este ensayo es explorar el contexto y los inicios teóricos de un derecho internacional "americano". Entendemos por "derecho internacional americano", las propias interpretaciones y opiniones doctrinales que los autores y gobiernos hispanoamericanos desarrollaron sobre este campo jurídico en el siglo XIX. Estos intentaron formular una visión original de *Ius Gentium* teniendo en cuenta la experiencia histórica y cultural de la región. Aunque utilizaron doctrinas europeas y lenguaje legal de esta región, buscaron enfatizar las peculiaridades del caso sudamericano. Dos fueron elementos centrales para esta región: la fraternidad cultural basada en un idioma común (español) y la adopción del republicanismo como sistema político dominante.

El alcance de este ensayo le da importancia al papel de los tratados y a los congresos internacionales como instrumentos para forjar un derecho internacional común en la región, y especialmente en América del Sur. Estos nuevos estados buscaban un sistema que garantizara la defensa de la independencia y la soberanía política. El tiempo de este período es desde 1826 (con el Congreso de Panamá) hasta 1864, el año de la asamblea de Lima. Este ensayo también discute la importante contribución de los juristas en la creación de esa red jurídica internacional. La primera figura importante fue Hugo Grocio (1583-1645), cuyo enfoque racionalista del derecho influyó en numerosos juristas sudamericanos en el siglo XIX. Dos juristas de esta región Andrés Bello (1781-1865) y José Silva Santisteban (1825-1889), también surgieron en ese contexto como pensadores originales dedicados a crear un derecho internacional que respondiera a las necesidades de la región. Como Martti Koskenniemi ha indicado, es hora de explorar los fundamentos culturales y sociales del derecho internacional[5].

4 REWE, Wilhelm. "The epochs of international law". New York: De Gruyter, 2000. p.29

5 KOSKENNIEMI Martti The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960 (Canmbridge, Cambridge University Press, 2004).

Hugo Grocio, el racionalismo y los juristas hispanoamericanos

Hugo Grocio (1583-1645) tiene fama de ser uno de los padres fundadores del derecho internacional "moderno". Su modernidad se expresa en nuevas ideas sobre el papel de la "razón", en la constitución de la ley natural y también su conocimiento enciclopédico del sistema legal. Su tratado *De Jure Belli ac Pacis* (Amsterdam, 1625) cubrió varias áreas del derecho articulándolas y creando una gran imagen del orden legal. El diplomático peruano y jurista de derecho internacional, José María de Pando (1787-1840) elogió el enorme esfuerzo intelectual e influencia de Grocio en los autores latinoamericanos del siglo XIX[6]. *Elementos de Derecho Internacional* de Pando (Valparaíso, 1848) fue un buen ejemplo de esa influencia, ya que ese libro resume las principales contribuciones del erudito holandés.

La escuela holandesa de derecho internacional del siglo XVII también se consideró influyente en la elaboración de una ley americana. Andrés Bello, jurista venezolano con una larga carrera en Chile, y José Silva Santisteban, juez y profesor de derecho en Perú, compartieron el mismo juicio de Pando. Bello consideró que las doctrinas de Grocio sobre la guerra y la paz fueron centrales en la elaboración de la nueva ley de guerra. El papel de Grocio como asesor de Gustavo II Adolfo (r. 1611-1632) fue citado como el episodio clave en la construcción de una visión "realista" de la ley[7]. Del mismo modo, Silva Santisteban llamó a Grocio como el "creador" del "nuevo" derecho internacional porque proporcionó las pautas para un estadista y su cohorte de juristas. A fines del siglo XIX, Carlos Calvo (1824-1906), jurista argentino, consideró que Grocio había forjado una concepción racionalista del orden legal independiente de las ideas "tradicionales" en religión, política y filosofía[8]. Para Grocio, la ley fue dictada por la "razón" y va de conformidad con la naturaleza y la creación de Dios. Esta concepción racionalista del orden legal permitió un nuevo lenguaje en la ley. En ese proceso, la razón y la reflexión intelectual de los juristas abrieron una nueva ventana para la formulación de un derecho internacional latinoamericano en el contexto poscolonial.

6 PANDO José María de, Elementos de Derecho Internacional (Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1848), p. 36.

7 BELLO, Andrés Principios de Derecho de Jentes (Paris, De Bruneau, 1840), p. 13.

8 CALVO, Carlos Derecho Internacional Práctico de la Europa y de la América, (Paris, Librairie Diplomatique, 1868), Vol. 1, p. 20

El contexto poscolonial y la independencia Hispano-americana

El período de las "revoluciones" marcó una nueva geografía política en el mundo occidental. Las ideas ilustradas de la soberanía, la libertad de las personas y el republicanismo como sistema político circularon profusamente en el período. Las revoluciones estadounidense, francesa y haitiana transformaron los discursos políticos generando nuevos regímenes que derrocaron el sistema monárquico tradicional.

En 1776, la independencia de las colonias británicas de Norteamérica abrió un escenario internacional con un nuevo actor "libre" de cualquier potencia europea: Estados Unidos. En 1783, con el Tratado de París, Gran Bretaña reconoció la independencia de Estados Unidos y su capacidad para actuar en el concierto de las naciones "civilizadas". Así, se repensó el orden tradicional del derecho internacional en el que las potencias europeas dictaban leyes internacionales al mundo[9]. Siguiendo el ejemplo de éxito de los Estados Unidos, las guerras de independencia hispano-americanas, entre 1808 y 1825, marcaron también un nuevo entorno desde México (la antigua Nueva España) hasta Chile. Solo las islas españolas del Caribe (Cuba y Puerto Rico) permanecieron leales a la corona española hasta la Guerra Hispano-americana de 1898. La posterior independencia de las antiguas colonias españolas desafió la visión eurocéntrica del derecho internacional y la hegemonía de las potencias europeas[10]. Además, esta fue la circunstancia que produjo una generación de juristas interesados en repensar el *Ius Gentium* desde una perspectiva americana.

Un impulso crucial fue la Doctrina Monroe y el reconocimiento estadounidense de la independencia de las ex colonias españolas. El gobierno de los Estados Unidos reconoció la independencia de México y la Gran Colombia en 1822, Argentina y Chile en 1823, Perú en 1826, Ecuador en 1832, Uruguay en 1836 y Bolivia en 1848 (pero indirectamente en 1837 después de la creación de la Confederación Perú-Boliviana)[11] La independencia de los Estados hispano-americanos provocó una tensión entre las potencias europeas, especialmente España, y las nuevas naciones. Sin embargo, los juristas vieron esta ruptura como un ejemplo de una nueva fraternidad de estados, una especie de nueva familia dentro del concierto de miembros "viejos" (los europeos). Alejandro Álvarez (1868-1960), jurista chileno, fue explícito cuando argumentó que estos estados "amaban la libertad y tenían un espíritu de fraternidad[12]".

9 TRUYOL, Antonio La sociedad internacional, (Madrid: Alianza Editorial, 1985), pp. 39, 42-43

10 DUNBAR TEMPLE, Ella La posición de las grandes potencias ante la emancipación hispano-americana y la política internacional del Perú en sus primeras relaciones diplomáticas, (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965), p. 10.

11 Office of the Historian, http://history.state.gov/countries. Consulted on August 19, 2017

12 ALVAREZ Alejandro, “Latin America and International Law,” in The American Journal of International Law, Vol. 3, N. 2 (April 1909). p. 273

Hacia un Derecho Internacional Americano, 1826-1864

El concepto de derecho internacional latinoamericano fue inicialmente difícil de configurar y además de problemático. Un autor francés lo definió como la compilación de tratados y normas, así como "la recopilación de casos legales concretos en el derecho internacional que se han producido en su territorio y en relación con los países europeos". Para los europeos, el derecho internacional solo existía en “relación" con el Viejo Mundo y en la atención a las doctrinas europeas. Se negó el concepto de "sociedad internacional" en el que los países americanos juegan un papel sin la participación de los europeos. Sin embargo, una de las consecuencias de la Independencia fue el aumento de los actores legales en el escenario internacional; actores con sus propias agendas e intereses.

El Congreso de Panamá en 1826 fue la primera expresión de estos nuevos estados. En esta gran asamblea, convocada por Simón Bolívar, participaron México, las Provincias Unidas de América Central, la Gran Colombia (Colombia, Panamá, Ecuador y Venezuela) y Perú. Dos potencias europeas enviaron observadores: Gran Bretaña y los Países Bajos. Los representantes buscaron la defensa del continente "libre" ante una posible amenaza de las antiguas potencias coloniales y la gradual unidad política. El Congreso elaboró un instrumento internacional llamado "Tratado de la Liga Perpetua y la Confederación de las Repúblicas de Gran Colombia, América Central, Perú y los Estados mexicanos[13]". El segundo artículo era una declaración del estado independiente de cada país y el tercero de la obligación recíproca de defensa en caso se diera una invasión europea[14]. La "hermandad" de las naciones debido al lenguaje "común" y la cultura también ocupó una posición prominente para explicar la solidaridad continental.

El Congreso panameño abrió un nuevo hito en el Derecho Internacional Americano: las reuniones de gobiernos y juristas para crear una legislación que fuera obligatoria en los países de la región. Este primer ejemplo de multilateralismo y cooperación fue seguido por otra asamblea menos ambiciosa: el Congreso de Lima de 1847. En la capital peruana, y antigua sede del poder virreinal español, participaron Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Para ese año, los antiguos ejemplos de unidad continental habían desaparecido. La Gran Colombia y las Provincias Unidas de América Central terminaron sus pactos políticos en 1830.

13 DE LA REZA, Germán Documentos Sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá, (Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho and Banco Central de Venezuela, 2010), p.209

14 DE LA REZA, Germán Documentos Sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá, (Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho and Banco Central de Venezuela, 2010), p.210.

Participantes en el Congreso de Panamá

País	*Representación*	*Participantes acreditados*
Argentina	No autoriza el parlamento	—
Bolivia	Autorización oficial tardía	José María Mendizábal (ausente) Mariano Serrano (ausente)
Brasil	Observador	Theodoro José Biancardi (ausente) San Salvador de Campos (presente)
Chile	No autoriza el parlamento	—
Estados Unidos	Observador	John Sergeant (ausente) Richard C. Anderson (ausente)
Centroamérica	Plenipotenciario	Pedro Molina (presente) Antonio Larrazábal (presente)
Gran Bretaña	Observador	Edward James Dawkins (presente)
Gran Colombia	Plenipotenciario	Pedro Gual (presente) Pedro Briceño Méndez (presente)
México	Plenipotenciario	José M. de Michelena (presente) José Domínguez Manso (presente)
Países Bajos	Observador	Cnl. Van Veer (presente)
Perú	Plenipotenciario	Manuel L. de Vidaurre (presente) Manuel Pérez de Tudela (presente)

Cuadro[15]

La reunión de 1847 consiguió un equilibrio del Congreso panameño de 1826 y trató de evitar sus errores políticos. Se repitió la idea de solidaridad continental y cooperación militar en caso de conflicto militar internacional. Este principio era una política común entre cancillerías de los países americanos. En algunos aspectos, se convirtió en una de las piedras angulares de la política exterior regional en el siglo XIX. Además, se reafirmó firmemente la premisa de una "paz perpetua" con resonancias kantianas, como lo opuesto a la situación belicosa en Europa. Los cancilleres americanos consideraron que la región debía estar libre de guerras entre sus miembros. De esa asamblea surgió una noción de federación "latinoamericana" y un pensamiento de derecho internacional común, solo entre estos estados.

En 1864, se celebró otro congreso en Lima. En ese momento, la experiencia de la Guerra México-Estadounidense (1846-1848), la Segunda invasión francesa de México (desde 1861) y la Guerra de la Triple Alianza (desde 1864) había socavado el optimismo anterior de las reuniones anteriores. Sin embargo, y a pesar del panorama sombrío, se declararon algunos principios internacionales. Uno de los

15 DE LA REZA, Germán. "Antecedentes de la integración latinoamericana. Los congresos de unión y confederación del siglo XIX" en Revista de Historia de América, No. 127 (Jul. - Dec., 2000), 2000.p.108

más significativos fue el rechazo de cualquier tipo de fórmula neocolonial. Así, la idea de "protectorados" en claro detrimento de la soberanía nacional fue rechazada[16].

La coyuntura internacional también facilitó el énfasis en el principio de no intervención. El verdadero temor a una invasión extranjera, con un poder militar superior, era un punto que todos los representantes prestaban especial atención. Adoptaron ese principio en parte inspirado en la Doctrina Monroe. Sin embargo, los efectos desastrosos de la guerra mexicano-estadounidense en la pérdida de territorios mexicanos causaron algunas preocupaciones hacia la política internacional de los Estados Unidos.

Los juristas sudamericanos escribieron sobre la regla de no intervención utilizando ejemplos de la experiencia europea. Para Andrés Bello, el desmembramiento de Polonia por parte de Rusia, Prusia y Austria fue un claro ejemplo del "uso de la fuerza" abusivo, algo inaceptable para la comunidad de naciones de América del Sur[17]. José Silva Santisteban también citó el caso polaco para demostrar la urgencia de esa doctrina y evitar casos trágicos similares[18].

La cuestión de los límites fue un tema importante en esta región. Los países sudamericanos tenían reclamos sobre los territorios y las tierras fronterizas con sus naciones vecinas. Para asegurar la paz en la región y evitar más conflictos, los representantes postularon un principio romano que se transformó en el derecho latinoamericano: *Uti Possidetis*. Este principio que significaba "como posees, así puedes poseer" sancionó que las posesiones "actuales" de los territorios debían ser respetadas. Por lo tanto, la ocupación de tierras por un país durante mucho tiempo confirió derechos legales. Esta regla también se utilizó en la época colonial en la América española. Desde la conquista, los españoles introdujeron la regla de que la posesión "larga y pacífica" era el medio para adquirir derechos sobre las tierras y demostrar la ocupación legal. Varios rituales de posesión, ceremonias especiales utilizadas para la tierra, derechos políticos y legales existieron en las colonias hispanoamericanas desde el siglo XVI. En ese sentido, los juristas hispano-americanos adoptaron un principio basado en su propia experiencia colonial[19].

La doctrina de *Uti Possidetis* había sido formulada en años anteriores al Congreso de Lima de 1864. En 1819, en el Congreso de Angostura, representantes de Venezuela y la Gran Colombia acordaron respetar las tierras fronterizas como lo fueron en 1810. El gobierno peruano también invocó esa doctrina en 1823 con respecto a su frontera.

16 DE LA REZA, Germán "El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericanas en el Siglo XIX: Estudio y fuentes documentales" (Mexico City, Ediciones Eón, 2005), p.54.

17 BELLO Andrés Principios de Derecho de Jentes (Paris, De Bruneau, 1840), p.25

18 SILVA SANTISTEBAN, José Curso de Derecho Internacional o de Gentes (Lima, A. Aubert, 1864), p.xii

19 GREENBLATT Stephen Marvelous Possessions: The Wonder of the New World (Chicago, The University of Chicago Press, 1991).

Finalmente, mientras las potencias europeas seguían el principio del "equilibrio de poder" para generar equilibrio y paz, los juristas latinoamericanos invocaron la doctrina de la "solidaridad latinoamericana". Este concepto tuvo resonancias culturales y sociales. En esencia, se inspiró en el patrimonio cultural común que los países latinoamericanos compartían en términos de idioma, religión, historia y hábitos sociales. La experiencia común del colonialismo español dio forma a las sociedades latinoamericanas produciendo la idea de una hermandad de naciones donde la guerra fue vista como una opción distante entre ellas. Sin embargo, los conflictos militares de la Guerra de la Triple Alianza (1864-1870) y la Guerra del Pacífico (1879-1883) entre las naciones sudamericanas abrieron nuevas vías para reflexionar sobre el derecho internacional a fines del siglo XIX.

CONCLUSIONES

El derecho internacional latinoamericano tiene sus raíces profundas en los esfuerzos intelectuales de los juristas del siglo XIX. Después de la Independencia, las nuevas naciones promulgaron una legislación común para hacer cumplir la cooperación militar y la solidaridad en caso de una invasión europea (principalmente española). Tres importantes congresos políticos (Panamá en 1826 y Lima en 1847 y 1864) se orientaron a fortalecer los vínculos y lazos de los países sudamericanos. El papel de los tratados fue valioso, pero también los juristas escribieron tratados para desarrollar sus propias ideas sobre la disciplina. Inspirada por Hugo Grocio, una nueva generación de juristas introdujo ideas racionalistas en el derecho internacional para crear una interpretación local de este campo. Estos autores enfatizaron el carácter excepcional de los países latinoamericanos y su patrimonio cultural común como garantía de una paz perpetua en la región.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5112

LA GLOBALIZACIÓN Y EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN SIN ESTADO

Por J. Vicente Ugarte del Pino[1]

RESUMEN

La idea de la globalización ha puesto de relieve nuevamente las preguntas del abate Sieyes, el pensador más importante de la revolución francesa, que se inspiró en la forma en que griegos y romanos crearon sus instituciones jurídicas y políticas, es decir en el ágora y en contacto con el demo (pueblo) por cuanto los autores de la constitución europea la han formulado en una constitución técnica y la han sometido a una ratificación por los distintos pueblos de Europa, quienes al ver en peligro algunas conquistas largamente conseguidas se han opuesto al texto y reclaman una constituyente.

Palabras clave: Globalización, Constitución, Estado, pueblo y referéndum.

ABSTRACT

The idea of globalization has once again highlighted the questions of Abbe Sieyes, the most important thinker of the French revolution, who was inspired by the way in which the Greeks and Romans created their legal and political institutions, that is, in the agora and in contact with the demo (people) since the authors of the European constitution have formulated it in a technical constitution and have submitted it to ratification by the different peoples of Europe, who, seeing some long-won conquests in danger, have opposed the text and claim a constituent.

Key words: Globalization, Constitution, State, people and referendum.

1 Ex juez titular por el Perú y ex presidente del Tribunal de Justicia del Acuerdo Cartagena, hoy Comunidad Andina

Sin duda alguna, el tema de la "Globalización" tiene una gran actualidad y es tratado por politólogos, economistas, periodistas y fundamentalmente por profesores universitarios, muchas veces superficialmente y enfocado desde la óptica económica y no del derecho político, que es actualmente el gran tema de debate de filósofos del Derecho y naturalmente por constitucionalistas e historiadores del derecho y de las ideas políticas. La confusión arranca, desde el origen de la Comunidad Europea, que en realidad, nace con la urgencia de reconstruir Europa, destruida por la aviación aliada, que en la práctica la dejó fuera de combate, militar, política y económicamente. A iniciativa del príncipe Bernardo de Holanda, país que había desarrollado industrias de nivel mundial como la "Philipps", líneas aéreas como "KLM" y una gran industria naviera entre otras muchas y que al igual, que las de Francia e Italia, se encontraban en escombros, se llegó al famoso Plan Marshall y luego a las reuniones del carbón y el acero, en la cuenca del Rhur, entre Francia y Alemania, una de las cuencas carboníferas más ricas del mundo y causa de casi todas las guerras. Se fundó la primera célula de la unión y crearon las instituciones que le darían vida y tutela como fueron el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, el Tribunal de Cuentas, el pequeño impuesto, el IVA y la secretaría general, todo con sede en Bruselas. El embrión inicial caminó perfectamente bien y la Comunidad del Carbón y el Acero pronto se transformó en la Unión Económica Europea, y gracias a la labor eficaz del Tribunal que logró superar el escollo más peligroso para el proceso de integración, que era la falta de un reconocimiento del rango superior del derecho emergente del Tribunal Europeo por las naciones suscritoras del pacto de unidad.

De hecho, un derecho supranacional o federal solo tiene primacía cuando sus normas se aplican a los ciudadanos y éstos pueden invocarlas sin necesidad de que se interponga la función legislativa de los Estados miembros. Pero ese no era el sentido de las "Decisiones" o "leyes comunitarias", dadas por la "Comisión", que es el órgano legislativo de todo proceso comunitario caso de Europa y el Grupo Andino, ya que solo sus reglamentos poseen por el Tratado constitutivo el rango de norma comunitaria. En Europa el primer caso de una sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que de hecho sustentó la supranacionalidad de un fallo comunitario fue el caso "Van Gend en Loos" de 1963, que provocó la reacción airada del primer ministro francés Michel Debré, quien afirmó que "había que cortarles las uñas a los megalómanos de Luxemburgo". Pero cuando vino a Quito una delegación del Tribunal de Luxemburgo a invitación nuestra, el ilustre profesor Mansino –magistrado por Italia- nos precisó que esa sentencia de 1963 fue como una bola de nieve que, a fuerza de rodar, se convirtió en un alud y de ella se derivaron las sentencias de los casos Van Duyn en 1974, la "Costa C. Enel" en 1978 y la "Simmenthal" igualmente en este año, en el que se ha avanzado en declarar inaplicable la ley nacional que se oponga a la Comunitaria, tanto si es anterior como posterior. Luego vino el principio de "Pre-emption", según el cual en el campo de su competencia los Estados no pueden legislar, caso "Kramer".

Por ese camino el Tribunal silenciosamente fue construyendo la senda para llegar al "Tratado de Maastrich" o "Mastrique", según los italianos, lográndose la "Unión Europea" y luego el "euro" o moneda comunitaria europea. Pero para llegar a construir el Estado europeo no se podía seguir prescindiendo de la lucidez y el rigor intelectual inspirador de la Constitución de 1791, y que pareciera preguntarle ahora

a Europa; ¿Qué fue del tercer estado? Y le repreguntaría: ¿Qué ha sido hasta el presente en el orden político. ¿Y si respondiera nada y continuando con su pensamiento dijera: ¿Cuáles son sus exigencias? Llegar a ser una nación completa. Ese fue su pensamiento ayer y ahora lo es del pueblo francés, holandés y el de todo ciudadano europeo que no admite una Constitución sin la presencia del "demos", del pueblo, por cuanto el camino seguido ha sido el de la "tecnopolítica", es decir la suplantación de los partidos políticos y la orientación de la cátedra, por la televisión cuyos oradores contratados y los personajes invitados pretenden suplantar al "ágora partidaria" por la comodidad de escuchar desde su hogar un mensaje prefabricado. Los griegos desde Platón, Aristóteles pasando por los escritores romanos siempre construyeron sus órganos de gobierno contando con el "Demos" pueblo, y ese es el motivo del rechazo de una constitución para Europa, no confeccionada por un Congreso Constituyente sino por una comisión técnica que por el dudoso método del "consenso" -ni siquiera por el de una votación -aprobó el proyecto remitido a cada Estado para su aprobación vía el "referéndum", lo que provocó el rechazo del pueblo francés y del holandés en defensa de sus instituciones y del derecho a ser juzgados por un juez nacional y no por una justicia supranacional, buena para asuntos comerciales o económicos, pero no para asuntos de familia, políticos, laborales, patrimoniales o criminales, y menos aún cuando se ponen en juego los principios generales del derecho para borrar derechos adquiridos y conquistas laborales.

Como vemos, construir una Constitución sin Estado es un tema de difícil efugio para lograr la idea de un gobierno mundial o globalizado.

Lima, abril de 2009



Susana Aguilar Yauri

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5113

EL POSITIVISMO NORMATIVISTA: SU ASCENDENCIA EN EL NORMATIVISMO JURÍDICO PENAL

Luis Alberto Vásquez Dioses[1]

"La filosofía del derecho se ocupa de preguntas cuya respuesta es a veces necesaria para responder las interrogantes que se proponen en el ámbito de la dogmática jurídica… Las respuestas a estas preguntas se expresan mediante juicios de segundo orden, es decir, juicios acerca de los juicios que se expresan en la dogmática jurídica".

Robert Alexy

La delimitación o fijación de las bases ideológicas que solidifican una construcción teórica de naturaleza jurídico-penal, debe ser obtenida, en forma prioritaria, desde la filosofía en general y, luego, desde la vinculación muy estrecha, casi simétrica, que existe entre la filosofía y el derecho [teoría del derecho]. En esa línea del pensamiento, se identifican dos elementos científicos de vital importancia que, en forma frecuente, deben ser abordados por el investigador. Se trata, por un lado, de la explicación sobre la existencia, el concepto y la validez del derecho que se obtiene a partir de los planteamientos que proporcionan las escuelas del pensamiento jurídico [fenómenos de legitimidad del derecho], y por otro, de la valoración de la pena como mecanismo institucional —coercitivo— de legitimación del derecho penal.

1 Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo – Perú. Grado de Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante – España. Estancia de Investigación en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Alicante – España. Estudios finalizados y Trabajo Final defendido con éxito por el Máster di Secondo Livello in Argomentazione Giuridica por la Universidad de Palermo – Italia. Estudios parciales de Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla – España. Egresado de la Maestría en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Piura. Aspirante a doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla – España. Estudios de Especialización en "Estrategias de Litigación Penal" en la Universidad Autónoma Latinoamericana [UNAULA] y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos [CESJUL] en Medellín – Colombia. Ha ejercido la función de Fiscal Adjunto Provincial, y también, Fiscal Provincial en el Distrito Fiscal de Piura. En la actualidad, ejerce funciones de Juez Penal Titular de Garantías en la Corte Superior de Justicia de Sullana.

No se aspira realizar, en sede de la teoría del derecho, un examen de la validez del pensamiento jurídico a partir de las escuelas filosóficas que han contribuido a su desarrollo, o en su efecto, de establecer la preeminencia de una concepción sobre otra, en tanto, de consumarlo, sería como concretar un estudio central sobre filosofía del derecho, lo cual, pese a los resultados importantes que se obtendrían, no se constituye en el objeto de la presente investigación; pero, sin dudarlo, su examen seduce [y mucho] al investigador, en tanto, creemos, que los argumentos del postpositivismo jurídico pueden contribuir, en mayor medida y eficacia, a explicar la naturaleza y legitimidad del derecho penal. Lo que buscamos, hoy, es el identificar y exponer [dejar plasmadas] cuáles son las bases ideológicas, primigenias y operativas, que sirven como método justificante al normativismo jurídico penal, y exigir que, sea a partir de aquellas, el cómo debe interpretarse y comprenderse los conceptos jurídicos y las ideas originales que estructuran la formulación de la teoría jurídica edificada sobre el constructivismo filosófico.

1.- LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO.

La evolución del derecho ha cobijado, en su armario jurídico, un registro histórico de "concepciones filosóficas"[2] propias de la época moderna, unas de mayor y otras de menor trascendencia, que han procurado explicar cuál es la naturaleza y el contenido real del mismo. Cada una aportó una ideología innovadora y novedosa para su tiempo, aspirando —siempre— el otorgar contenido y explicación satisfactoria a la existencia, concepto, naturaleza y validez del derecho. Su agrupamiento dialéctico puede realizarse en dos grandes estratos: El primero, que contiene las concepciones vinculadas con el IUSNATURALISMO —por encima del derecho positivo, existe un derecho superior que se justifica en la naturaleza; ello origina que el derecho natural legitima el derecho positivo—, destacando en importancia y trascendencia jurídica el CONTRACTUALISMO y las TEORÍAS DE LA JUSTICIA [como el intuicionismo y el Utilitarismo], donde obtuvo mayor presencia ideológica aquella elaborada por JOHN RALWS; el segundo, que cobija las concepciones orientadas por el POSITIVISMO JURÍDICO —el derecho positivo como única fuente del derecho, y en otro momento, la separación conceptual entre el Derecho y la moral—, donde ha registrado mucha presencia argumentativa sus versiones SOCIOLOGICISTA, FORMALISTA, CONCEPTUAL o METODOLÓGICA, NORMATIVISTA, y por último, la IDEOLÓGICA. En forma autónoma, independiente y singular, alejada del positivismo, se incluye al pensamiento del REALISMO JURÍDICO, que propone identificar al derecho como una realidad propia de la sociedad, reconociéndosele como una práctica

2 Con mucha claridad, el profesor ATIENZA ha explicado que una "…concepción del Derecho viene a ser un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación entre si, a una serie de cuestiones fundamentales en relación con el Derecho: cuáles son sus componentes básicos, cómo se determina el Derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo, etc…". Cfr. ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid – España, Ed. Trotta S.A., Quinta Reimpresión, 2018, p. 21.

para lograr la transformación social. Pese a su autonomía, su propuesta argumentativa ha permitido que se le considere, en algún momento, como una especie de positivismo jurídico, en tanto propuso que —parafraseando al profesor ATIENZA— la utilización adecuada del derecho depende no sólo de normas válidas, sino también del nivel de eficacia que pueda ser asignado y reconocido a cada una de ellas, por tratarse de un mecanismo [el derecho] de transformación social.

El Iusnaturalismo extendió su participación [activa] en la teoría del derecho, hasta la década —promedio— de los años sesenta del siglo XX, utilizando una reorientación ideológica que fue conocida como IUSNATURALISMO NEOESCOLÁSTICO. Cuando los juristas aseguraban que en el mundo del derecho no existía cabida para el iusnaturalismo, la comunidad jurídica fue testigo de una especie de relanzamiento o "renacimiento" de las ideas del derecho natural, proponiendo a la naturaleza de la cosa como eje de su argumentación. Se estableció que el Derecho es "…algo más que la simple manifestación de la voluntad política (al positivismo jurídico se le acusó de servir de vehículo al totalitarismo político) y postularon la existencia de un Derecho "supralegal" que fijara límites a la acción del legislador y de los gobernantes. Ahora bien, esos límites no se trataron de extraer, en general, de un Derecho natural trascendente y absoluto, sino de la "naturaleza de la cosa"".[3] Esta fórmula del Iusnaturalismo resultó ser muy influyente en la dogmática penal de finalismo jurídico,[4] al ser utilizada por el profesor HANS WELZEL como eje ideológico básico de su fundamentación teórica, erigiéndola como soporte para la intervención de la filosofía neokantiana, de corte ontológico, que conforma el grueso del pensamiento idealista alemán que expuso el filósofo IMMANUEL KANT, y que se constituye en el elemento nuclear justificativo de la teoría finalista del derecho penal.

Por su parte, el positivismo jurídico, ha sido atacado con mucha intensidad por filósofos que procuran el ocaso de su argumento ideológico, acusándolo de insuficiente e incapaz de otorgar una sólida base motriz que brinde explicación y fundamentos eficaces [principalmente, de corte normativo] para

3 ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Barcelona – España, Ed. ARIEL, 2001, p. 295.

4 El profesor REYES ALVARADO ha detallado, con enorme precisión que, los comienzos del siglo XX representaron para el derecho penal una fuerte dependencia del plano naturalístico, en cuanto se pretendió hacer valer en el ámbito normativo un concepto de acción óntico, empeño que paulatinamente fue generando nuevos y crecientes problemas intrasistemáticos, en la medida en que fueron siendo evidentes, por un lado la extrema generalidad de la norma óntica de conducta, y por otro su insuficiencia para responder a problemas específicos del derecho penal, como aquellos que tienen relación con los delitos imprudentes y los de omisión. Los esfuerzos del profesor WELZEL no sólo se dirigieron a enmendar las fallas que acusaba la teoría causalista, sino que pretendieron dotar al derecho penal de un nuevo sistema que llenara los vacíos hasta entonces existente, para cuyo efecto, lo que hizo WELZEL fue, recoger las ideas filosóficas de ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO en el sentido de que toda conducta humana es por esencia voluntaria y final, introduciendo en el derecho penal una característica inherente a la conducta humana: su intencionalidad. Cfr. REYES ALVARADO, Resid. Imputación Objetiva. Bogotá – Colombia, Ed. TEMIS S.A., Tercera Edición, 2005, pp. 53, 55 y 57.

lograr la consolidación de una acertada dogmática penal. El defecto central —por así llamarlo— que se le atañe es el no proporcionar una delimitación científica de la ubicación precisa del derecho y la moral dentro del sistema jurídico que, en definitiva, haría dificultosa y llevaría a la penumbra —expusieron— la teorización de la dogmática de la especialidad criminal. Para superar el problema, los juristas adheridos a la concepción positivista, realizaron una reformulación de su ideología, sin alejarse de sus cimientos básicos y elementales. Procuraron edificar una concepción que ubique —con claridad y contundencia— cuál es el lugar que le corresponde al derecho y a la moral dentro de la sistematización jurídica, y luego de ello, que explique el grado de vinculación u operatividad que le corresponde a cada uno, al momento de la utilización e intervención del sistema jurídico [aplicación de la norma]. Para lograr su reformulación teórica, utilizaron una dicotomía entre un POSITIVISMO EXCLUYENTE y un POSITIVISMO INCLUYENTE,[5] que contienen argumentos de exclusión, absoluta o relativa [respectivamente], de la moral dentro del concepto de derecho, pero que —sin duda— marca una distancia de la concepción no-positivista,[6] muy a pesar que en su extremo excluyente, se constituye —como lo indica el profesor ALEXY— en "…un caso paradigmático de una construcción auxiliar que sirve, como mucho, para paliar las consecuencias de un error, antes que para curar la enfermedad como tal. La enfermedad como tal consiste en soslayar la naturaleza dual del derecho…",[7] que no es más que la existencia de una dimensión fáctica o real y de una dimensión ideal o crítica del derecho. El profesor ALEXY, al igual que RONALD DWORKIN, pueden ser calificados, en sentido estricto, como un constitucionalista o post-positivista, por considerar que el positivismo no es [ya] una concepción viable en la explicación del derecho, y a la vez, por defender la concepción del no-positivismo incluyente, que encuentra aval en la cláusula de RADBRUCH, basada

5 Es muy acertada y clara la conceptualización que otorga el profesor ALEXY, sobre el Positivismo Excluyente e Incluyente. Con relación al primero, refiere que "…en la forma en que lo defiende prominentemente Joseph RAZ, mantiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho…, El positivismo excluyente se sitúa en una relación de contrariedad con el no-positivismo, que aduce que la moral está necesariamente incluida en el concepto de derecho, es decir, que está necesariamente no excluida del mismo". Cuando alude al segundo, indica que "…tal como lo defiende, por ejemplo, Jules COLEMAN, puede considerarse como un rechazo tanto del positivismo excluyente como del no-positivismo. El positivismo incluyente señala que la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida. Declara que la inclusión es contingente o un asunto convencional (COLEMAN, 1996: 316) que depende de lo que en realidad establezca el derecho positivo". Cfr. ALEXY, Robert. El concepto y naturaleza del derecho. Madrid – España, Ed. MARCIAL PONS, 2008, p. 80.

6 El profesor ALEXY ha explicado, con suma claridad que, el NO-POSITIVISMO EXCLUYENTE considera que todo defecto moral se considera apto para excluir a los hechos sociales de las fuentes de la validez jurídica. Por su lado, que el NO-POSITIVISMO INCLUYENTE se justifica en la fórmula de RADBRUCH, cuando aduce que los defectos morales ni siempre soscavan la validez jurídica ni nunca lo hacen. Los defectos morales soscavan la validez jurídica sí y sólo sí se traspasa el umbral de la injusticia extrema; es decir, la validez jurídica se pierde en algunos casos en que se presenten defectos o deméritos morales, pero no en otros. Por último, que el NO-POSITIVISMO SUPERINCLUYENTE, propone que la validez jurídica no se afecta de ningún modo a causa de la existencia de defectos morales o de una falta de corrección desde el punto de vista moral.

7 ALEXY, Robert. Ob. Cit, p. 82.

en la injusticia extrema, esto es, que sólo una norma extraordinariamente injusta no se constituye en derecho válido.

Luego, con la creciente del fenómeno de la constitucionalización del Derecho, originado con la finalización de la Segunda Guerra Mundial [existencia de constituciones rígidas], y específicamente, en la última década del siglo XX, se erigió una concepción del derecho que, alejándose de los argumentos ideológicos del positivismo jurídico [no significa que haya que prescindir de los argumentos positivistas, sólo desvincularse, por contener elementos teóricos de suma validez e importancia, necesarios, para edificar un nuevo pensamiento jurídico], propone una reorientación de la teoría del derecho a partir de los principios que se irradian de la Constitución. Se le ha denominado POST-POSITIVISMO. Su ideología central consiste en reconocer que el "…Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo…; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales",[8] demostrando que el derecho posee componentes morales y políticos que, necesariamente, deben formar parte de su naturaleza y validez, tomando como punto de partida, la unidad de la razón práctica, sin que ello suponga la existencia de confusión conceptual. Se trata de un post-positivismo moderado o puro [así lo hemos denominado], que guarda algunas distancias con el argumento del no-positivismo incluyente defendido por ALEXY, que, como se indicó, su calificación de post-positivista obedece a criterios estrictos, por su desvinculación del positivismo en general.

Pese a ello, la dogmática penal del normativismo, mantiene una vinculación muy estrecha con el positivismo jurídico, constituyéndose en el soporte aplicativo del idealismo alemán propuesto por HEGEL y de la tesis de los sistemas sociales defendida por LUHMANN, a partir de cuyos razonamientos, ha sido posible edificar el grueso del pensamiento y argumento propio del derecho penal normativista. No obstante, estamos convencidos que la teoría del derecho de corte post-positivista podría otorgar mejora en el contenido de las bases ideológicas del normativismo penal, lo cual —como ha sido indicado— no será abordado en el desarrollo de la presente investigación, en tanto y en cuanto, escapa al cumplimiento de los objetivos trazados. Por ahora, nos limitaremos a explicar, sin alteraciones, la concepción positivista del derecho que ha sido utilizada por los teóricos del normativismo, para elaborar el grueso de su fundamentación.

8 ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Ob. Cit, p. 29.

2.- EL POSITIVISMO NORMATIVISTA.

La ideología de mayor influjo en la dogmática penal, sin duda, corresponde al positivismo de corte normativista, también llamado Normativismo. Su operatividad y contribución en la ciencia criminal, se desarrolló —principalmente— en las últimas décadas del siglo XX, con la creación y exposición de propuestas, muy diversas, para entender y explicar la existencia de normas jurídicas como parte de la sociedad [por ejemplo, argumentos basados en los diversos tipos de normas, en la coerción que las normas cobijan, en los valores que las justifican, etc.]. Su extensa contribución jurídica, básicamente vinculada con el derecho penal, se reduce a dos modelos de pensamiento estrictamente delimitados, diferenciados en su contenido, pero a la vez, vinculados por su naturaleza propiamente normativa. Se trata, por un lado, de la ideología del NORMATIVISMO FORMALISTA, propuesta y defendida por el profesor HANS KELSEN, y otro lado, del modelo de NORMATIVISMO ANALÍTICO que fue edificado por el profesor HERBERT L. A. HART. En ambos casos, han procurado y defendido una desvinculación extrema, casi absoluta, de las concepciones del iusnaturalismo y del realismo jurídico, permitiendo estructurar coincidencias ideológicas —entre ambos tipos de normativismo— que, se constituyen en los argumentos básicos, iniciales y elementales, desde cuya validez se han edificado los planteamientos disímiles que, dentro del normativismo, pretenden obtener hegemonía en la explicación de la validez y naturaleza del derecho, y luego, liderar la explicación de la teorización en el derecho penal.

Tanto KELSEN como HART han coincidido que, no es posible aceptar la concepción iusnaturalista del derecho, por el hecho que "…una cosa es describir o explicar lo que es el Derecho y otra valorarlo moralmente…",[9] desterrando la idea que el derecho "positivo" es creado y justificado por un derecho superior que suele ser identificado como derecho natural por edificarse en normas y principios morales, o en su momento, la idea que el derecho positivo sólo es verdadero derecho si se le puede encontrar conformidad con el derecho natural, que se obtiene de la verificación que las normas positivas no violen los principios básicos del derecho natural. Por el contrario, en forma general y categórica, el normativismo propone que las normas son creadas o modificadas o anuladas por actos humanos, identificados o ejecutados bajo parámetros muy distintos o ajenos a la moral. Por otro lado, los defensores de ambos tipos de normativismo han argumentado que el realismo jurídico no puede ni debe ser aceptado como una concepción útil para el derecho, por considerar que, si bien el derecho posee cierto carácter instrumental, lo que realmente importa es la norma como eje o núcleo del pensamiento jurídico, rechazando que la forma de aproximarse al derecho pueda ser a través de la conducta de los jueces [practicidad], en tanto y en cuanto, no revisten importancia fundamental los aspectos prácticos del derecho, sino el avance en el conocimiento del mismo, asumiendo un enfoque

9 ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Ob. Cit, p. 287.

del derecho estrictamente científico, alejando lo técnico o experimental como modelo básico de explicar y pretender justificar el derecho.

Entonces, las versiones formalista y analítica del normativismo, en forma simultánea, reconocen en la norma y su separación de la moral, la operatividad elemental y las suficientes propiedades que permiten la edificación de una teoría del derecho, que, a su vez, acredita utilidad en la dogmática penal. Pero, las teorías jurídicas propias de una sistematización penal, no podrían conformar —y operar sobre— una explicación de segundo orden, ambigua, caracterizada por contener conceptos genéricos o propuestas elementales, sin mayor especificidad, que lejos de brindar claridad a la teorización del derecho penal, permitirían ingresar a una zona de penumbra que, lejos de contribuir al desarrollo de la dogmática penal, conducirían a la confusión y esterilidad científica. Sin duda, se requiere una explicación de "…lo que existe jurídicamente, lo que debe hacerse jurídicamente y cómo es posible el conocimiento acerca de esas dos cosas…",[10] fundada en la especificidad conceptual y en propuestas sistemáticas, que permitan al jurista penal comprender en forma adecuada y plena, las diversas pre-comprensiones del derecho [ex ante] y su estrecha relación con el fenómeno jurídico. La reducción de la generalidad que se observó en el normativismo, es otorgada por los modelos que, en forma distante por su contenido, han elaborado los profesores KELSEN y HART. La pregunta de rigor, entonces, es la siguiente: ¿Qué planteamiento teórico contiene la ideología que, explica o convierte en aplicable, la concepción normativista en el desarrollo de la dogmática penal? Ahora, intentaremos, otorgar respuesta a la interrogante formulada.

2.1.- El Normativismo Formalista.

Como se indicó, el responsable de edificar un razonamiento normativo formalista, fue el extinto profesor HANS KELSEN, quien desde los inicios de su propuesta ideológica ocurrida por el año 1911 con la publicación de su obra "Problemas capitales de la teoría del Derecho público", hasta la actualización final de su constructo filosófico, realizada en su obra "Teoría Pura del Derecho", distribuida a la comunidad jurídica en la década de los años sesenta del siglo XX, mostró convencimiento y predilección por cimentar una teoría del derecho a partir del conocimiento de las normas en cuanto normas, por considerar que la forma única de conocer, aproximarse y exultar en forma acertada y adecuada al derecho, es a través de la norma y de su contenido.[11] Se trata de una concepción del derecho, vinculada con la defensa del Estado Democrático, y sin

10 BERNAL PULIDO, Carlos. Estudio Introductorio. En: ALEXY, Robert. Ob. Cit, p. 15.

11 Como lo indica BULYGIN y MENDONCA, uno de los propósitos centrales de la teoría de KELSEN consiste en señalar que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas y, en la medida en que se encuentra determinada por las normas jurídicas, la conducta humana (KELSEN, 1960: 83). Cfr. BULYGIN, Eugenio/MENDONCA, Daniel. Normas y sistemas normativos. Madrid – España, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, p. 21.

dudarlo, con los valores de tolerancia y libertad, que obtienen soporte en los ideales del realismo ético, elemento básico del pensamiento kelseniano.

Pese a ser considerado un filósofo con tendencia o inclinación por la "filosofía del derecho de los juristas",[12] su propuesta dialéctica no deja de ser una ideología jurídica, de mucha tradición para el derecho en general. Así lo ha reconocido, con mucha elocuencia, el profesor RUIZ MANERO, cuando ha especificado que la "…figura de Hans Kelsen marca el inicio de la contemporaneidad en la teoría del Derecho, en general, y en su variante positivista, en particular…, la teoría del derecho kelseniana, en cambio, sigue presente en las discusiones actuales y, además, la mayor parte de las teorías del Derecho que cuentan en la actualidad se han construido en diálogo con Kelsen…".[13] En definitiva, el estudio de la teoría kelseniana es una tarea ineludible [punto de inicio] para lograr explicar, hoy en día, el concepto y la naturaleza del derecho [incluso, optando por concepciones diferentes al normativismo], y con suma importancia, para identificar la justificación teórica que solidifique la dogmática penal del normativismo que ocupa la atención de nuestra investigación.

La propuesta novedosa —en la época— del pensamiento kelseniano, no es más que la elaboración de todo un constructo positivista que, ubicó como centro operativo y explicativo de su razonamiento, a la norma jurídica[14] y al fenómeno coactivo que se vincula a su contenido.

12 El filósofo NORBERTO BOBBIO, ha escrito que existe una diferencia sustancial entre las "…filosofías del Derecho de los filósofos y filosofías del Derecho de los juristas",12 afirmando que —parafraseando a BOBBIO— la filosofía del Derecho desarrollada por el profesor KELSEN a lo largo de su obra, se caracteriza, esencialmente, por tratarse de una filosofía del derecho de jurista, no por asignar al mismo la condición de tal, sino por el hecho que el pensamiento kelseniano parte y pretende otorgar respuesta a problemas propios que importan a un jurista teórico, mas no a un filósofo del derecho en su dimensión originaria. Su calificación teórica obedece al hecho que, el profesor KELSEN, a lo largo de su obra, ha pretendido explicar la naturaleza del derecho a partir de otorgar una elevadísima preeminencia a los conceptos y contenidos que expusieron, hasta ese momento, los juristas teóricos del derecho [docentes universitarios, principalmente], reduciendo o reorientando su razonamiento normativista a fenómenos de desarrollo doctrinal. Cfr. BOBBIO, N.: "Naturaleza y función de la filosofía del Derecho" (1962), en Bobbio: Contribución a la teoría del Derecho, ed. De A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pp. 91 y ss. Citado por RUIZ MANERO, Juan. El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini. Lima – Perú, Ed. Palestra Editores S.A.C., abril, 2014, p. 36.

13 RUIZ MANERO, Juan. Ob. Cit., p. 15.

14 KELSEN ha distinguido entre hechos, pertenecientes al mundo del ser (Sein), y valores, pertenecientes al mundo del deber ser (Sollen): pero precisamente con el fin de afirmar que el derecho, en cuanto norma, pertenece al mundo de los valores. Entonces, para KELSEN, las normas jurídicas son positivas, es decir, producidas por seres humanos por medio de actos de voluntad, o de comportamientos repititivos, de todos modos pertenecientes al mundo del Sein; no obstante, las mismas normas jurídicas no son confundidas con los actos o hechos que las producen. Las normas son los significados directivos de tales actos o hechos: por lo tanto, no son hechos, sino valores pertenecientes al mundo del Sollen y dotados de su "específica existencia ideal", la cual coincidiría con la obligatoriedad. Cfr. BARBERIS, Mauro. El Postscript de H. L. A. Hart: Derecho como es/como debe ser: Hart, Dworkin y la teoría del Derecho. Colección Filosofía Analísitca del Derecho. Lima – Perú, Ed. ARA Editores E.I.R.L., 2010, p. 33.

Como lo ha explicado, con mucha solidez el profesor ATIENZA, el normativismo formalista "…privilegió, ante todo, el análisis estructural del Derecho; defendió una teoría voluntarista o prescriptivista del Derecho en la que la validez de las normas jurídicas y su interpretación por parte de los órganos aplicadores es una cuestión de fiat, no de razón; sostuvo un emotivismo ético radical (no cabría, según él, un discurso racional sobre los valores); y consideró incluso que no existen relaciones lógicas entre las normas, lo que supone que no pueden justificar racionalmente las decisiones jurídicas".[15] Sobre aquella estructura científica, no es posible dudar que, la ideología de KELSEN se ubica en un escenario del "deber ser", por fundamentar que las normas se constituyen en constructos ordenados, válidos y sistematizados que establecen el cómo debe ser realizada o ejecutada una conducta por parte de la persona que convive en sociedad [existe similitud con aquellos que en el normativismo penal ha sido calificado como el "rol", a partir de una sistemática social, lo cual será analizado en su oportunidad]. Para lograr el deber ser normativo, plasmó como justificante, que la estructura única de la norma válida debería ser de tipo condicional o hipotético, por permitir definir otros conceptos, de suma importancia para el derecho, como el de responsabilidad, el de deber jurídico, el de derecho [objetivo y subjetivo], el de dinamismo normativo, entre otros.

La coacción,[16] el dinamismo[17] y el relativismo moral,[18] se constituyen en factores de trascendencia y, sin duda, argumentos medulares del pensamiento kelseniano. Pero, el elemento de mayor suficiencia y de carácter nuclear en la consolidación teórica del normativismo formalista, es el de la validez de la norma jurídica. Para KELSEN, la objetividad de las normas existentes en un sistema jurídico se obtiene a partir de la acreditación de la validez de las mismas.[19] El derecho,

15 ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Ob. Cit., p. 24.

16 El derecho aparece constituido como una organización de fuerza; esto es, "…el Derecho se atribuye en monopolio de la fuerza, de manera que cualquier acto de coacción no autorizado por el Derecho es un acto ilícito"; el mayor ejemplo que propone Kelsen para justificar la coactividad en el derecho, es el dualismo que existe entre Derecho y Estado. Específicamente, la coacción es lo que diferencia al sistema normativo de otros sistemas jurídicos. Cfr. ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Ob. Cit., p. 288.

17 No es posible concebir al derecho, únicamente, como un conjunto de normas [elemento estático], sino que, por el contrario, se trata de un conjunto de actos, concatenados, sistematizados, mediante los cuales el derecho es creado y aplicado, lo cual permite identificar en el derecho una cualidad de regulador de su propia creación y aplicación, por tratarse de una estructura de tipo jerárquico [constitución, legislación, jurisprudencia, etc.] que contiene actos que, a la vez, son de creación y aplicación del derecho.

18 Para KELSEN, no es posible negar que existen juicios morales dentro del derecho, pero sólo con una implicancia relativa, aplicables como fenómenos de valor para emitir juicios [por ejemplo, como validez e invalidez de la norma], mas no como criterio de valoración moral que forma parte del derecho o se constituya en un elemento propio del derecho. De hacerlo, via la absolutización, afirmaba Kelsen, convertiría al derecho en irracional.

19 Hemos destacado el pensamiento de Kelsen, por atribuir a las normas de derecho positivo una validez meramente formal, en la medida que han sido creadas siguiendo los procedimientos establecidos por el derecho mismo. Cfr. SENDÍN MATEOS, José Antonio. La filosofía moral de Hans Kelsen. Madrid – España, Ed. Marcial Pons, 2017, p. 37 y ss.

como sistema dinámico, regula su propia creación y, por tanto, una norma jurídica específica "… es válida, si ha sido creada en conformidad con los procedimientos establecidos en otra norma de grado superior, lo que nos lleva hasta una última norma cuya validez no puede derivarse ya de otra superior: la norma fundamental";[20]al utilizar el concepto de norma fundamental, se traslada hasta una regla superior —diríamos, hipotética y hasta un tanto relativa por no implicar aceptaciones morales— que acuña en el sistema jurídico, el deber de obedecer y cumplir los mandatos existentes en el derecho positivo, cuya finalidad es el otorgar unidad y explicación al derecho en general, o en su efecto, a un fragmento del mismo. Entonces, a criterio de KELSEN, lo que diferencia al derecho del no derecho, es la "validez de la norma",[21] que se constituye en un elemento formal.

Frente a la exigencia de validez de la norma como justificación de su aplicabilidad en el sistema jurídico, surgió el problema de la eficacia de las normas, que fue acuñado por los defensores del realismo jurídico. Para otorgar solución al problema enunciado, el profesor KELSEN identificó la existencia de un PRINCIPIO DE EFICACIA, cuyo contenido establece que, la norma fundamental únicamente puede ser hipotética si el ordenamiento jurídico en su conjunto logra ser, en cierta medida, eficaz, perennizando como núcleo de la eficacia que, pese a no tratarse de un presupuesto propio de validez normativa, se constituye en un presupuesto o elemento para lograr la misma. Por ello, para lograr la validez, debe ser identificada, en forma previa, la eficacia normativa. Se argumentó que validez contiene a la eficacia, pero que ésta última, pese a ser contenido de la validez, no puede contener a la misma.

Esta forma de concebir al derecho fue objeto de fragmentariedad y trasladada —por el propio KELSEN— hasta la dogmática jurídica en general, y sin lugar a dudas, con mucha simetría, aplicada a la sistematización del derecho penal. Estructuró un modelo básico de dogmática jurídica, a partir de los conceptos y naturaleza propia de instituciones como la de la validez de la norma [incluyó la categoría de norma fundamental], la coacción normativa y el dinamismo jurídico, llegando a proponer que toda dogmática jurídica debe anclar en tres elementos importantes que le otorgarán solidez teórica. Se trata de las siguientes estructuras: NORMATIVA [la dogmática describe normas y debe realizarlo en forma normativa, donde existe una diferencia entre normas

20 ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Ob. Cit, p. 290.

21 Para KELSEN, validez significa también obligatoriedad, al estipular que el "…conocer la validez de las normas equivaldría, por lo tanto, a predicar su obligatoriedad". Cfr. BARBERIS, Mauro. Ob. Cit., p. 33.

propias del sistema jurídico y enunciados normativos[22] que forman parte de la estructura de la ciencia jurídica], AXIOLÓGICA NEUTRAL, con características de objetividad [tiene como objeto la explicación del derecho positivo, su validez normativa, sin incluir valoraciones sobre el mismo], y AUTONOMÍA [la independencia que posee la dogmática jurídica respecto a las ciencias sociales, a la ciencia política o de la ética]. La sistematización del derecho penal, desde su época moderna hasta sus teorizaciones contemporáneas, no ha sido ajena a los elementos de dogmática edificados por KELSEN, al cimentarse en criterios estrictamente normativos —la forma de conocer, aproximarse y exultar en forma acertada y adecuada al derecho, es a través de la norma y de su contenido— de independencia jurídica y de validez formal de la norma, como método utilitario que proporciona soluciones a fenómenos jurídico-sociales que, en particular, ocupan la atención de la dogmática penal [el delito].

Pese a que el profesor JAKOBS no ha reconocido, en forma directa y contundente, la influencia que ha tenido el pensamiento kelseniano en la edificación del grueso de su teoría del normativismo jurídico-penal, sólo bastaría con analizar los constructos conceptuales básicos que orientan el pensamiento del funcionalismo normativista, como el de "identidad normativa", "vigencia de la norma" [válida] y el de "fidelidad hacia el derecho," para certificar que el normativismo formalista, a través de los elementos normativos y de axiología neutral, posee alguna similitud teórica y recibo —al menos, en forma mínima— en el edificio teórico del normativismo en el derecho penal que ha sido propuesto, con mucho acierto, por el profesor JAKOBS. Entonces, el normativismo formalista de KELSEN se constituye en el justificante [no en justificación], diríamos, básico o inicial [punto de partida], de la elaboración de la teoría del normativismo en el derecho penal, al utilizarse conceptos básicos y característicos de su configuración, como el de validez de la norma, el dinamismo jurídico [posteriormente, desarrollado por LUHMANN, utilizando una sistemática autopoiética], el relativismo moral y la coacción de la norma [costes normativos]. Pese a ello, no ha logrado ser una concepción del derecho que otorgue todas las herramientas que requiere utilizar el normativismo jurídico-penal, requiriendo nutrirse de otros fenómenos ideológicos que, en su conjunto, han permitido la presentación del constructo

22 Los enunciados con los que la ciencia del derecho formula sus descripciones, en cuanto enunciados jurídicos, deben ser claramente distinguidos de las normas jurídicas que constituyen su objeto. Los enunciados jurídicos son proposiciones que expresan que, conforme aq cierto orden jurídico, deben producirse ciertas consecuencias, bajo determinadas condiciones que ese mismo orden establece (KELSEN, 1960: 84). La diferencia central entre enunciados y normas radica en que los enunciados no obligan, prohiben o facultan a nada ni a nadie, pero pueden ser verdaderos o falsos, mientras que, a la inversa, las normas obligan, prohiben o facultan, pero no pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas. Cfr. BULYGIN, Eugenio/MENDONCA, Daniel. Ob. Cit., p. 21. También, el profesor George Henrik VON WRIGHT, ha resaltado que las propiedades lógicas de las normas mismas [se reflejan] en las propiedades lógicas de las proposiciones normativas. Vid. VON WRIGHT (1989 [1963], P. 188) y —sobre la tesis, después abandonada, que la lógica deóntica se aplique indirectamente a las normas, por medio de las proposiciones normativas que la describen— KELSEN (1964 [1960], p. 232). Citado por BARBERIS, Mauro. Ob. Cit., p. 33.

sistematizado que hoy conocemos. Muy a pesar de sus limitaciones, no es posible negar la importancia del pensamiento kelseniano en la teorización del normativismo jurídico-penal, del diálogo que ha sostenido JAKOBS con KELSEN, al momento —podríamos calificarlo de primigenio— de edificar su constructo teórico integral.

No obstante, es imperioso detallar que el pensamiento kelseniano posee otros argumentos, de suma importancia, como la jurisprudencia y la interpretación de la norma jurídica, que —por ahora— hemos omitido su análisis, al no guardar una relación estricta con la finalidad de identificar y explicar cuál es el justificante o cimiento operativo básico de la dogmática penal normativista. Pero, ello no impide reiterar que, hemos logrado establecer, con simplicidad, que, la propuesta teórica de identificar al derecho a partir de normas válidas, hipotéticas y relativas, propias del deber ser normativo y de un dinamismo jurídico, se muestra como el eslabón inicial —sin llegar a ser vital— del constructo del normativismo en el derecho penal.

2.2.- El Normativismo Analítico.

Su principal aportante ideológico es el filósofo americano HERBERT L. A. HART, cuyo logro básico es el identificar en los instrumentos científicos de la filosofía analítica, herramientas simétricas para elaborar una nueva teoría del derecho, propiamente metodológica, que permita el análisis de los conceptos [lo llama, significado de las expresiones], y a la vez, ordenar el funcionamiento de las instituciones sociales, donde conceptualmente —indica— se ubica al derecho. HART expuso una teoría que, él mismo denominó general y descriptiva, definida como "sociología descriptiva", que posee características un tanto especiales, erigidas al plasmar su pretensión de describir el "…cómo los juristas y la gente en general utiliza el lenguaje del Derecho".[23] La finalidad de la teoría hartiana del derecho es el proporcionar ideas elementales de lo que en realidad es el derecho, estructurar una idea general, permitiendo que se le califique, incluso con algunos fenómenos de imbricación, como una teoría "…general en cuanto no "referida a un particular ordenamiento jurídico o a una particular cultura jurídica", descriptiva en cuanto "moralmente neutral" y en cuanto no tiene por finalidad "justificar o recomendar sobre la base de argumentos morales o de otro tipo" un tipo particular de actividad jurídica…".[24] Sin duda, toda una osadía, de gran importancia en el desarrollo evolutivo y conceptual de la teoría del derecho en general.

23 ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Ob. Cit., p. 292.

24 P, p. 309. Citado por DICIOTTI, Enrico. El Postscript de H. L. A. Hart: Herbert Hart – El concepto de Derecho, la moral y la regla de reconocimiento. Colección Filosofía Analísitca del Derecho. Lima – Perú, Ed. ARA Editores E.I.R.L., 2010, p. 105 - 106.

La propuesta de elaborar una teoría general y descriptiva del derecho sobre la base de una marcada separación entre el derecho y la moral, y a la vez, de proponer que la norma —al igual que KELSEN, la reconoce como única forma real de estructurar el normativismo— existente en el sistema jurídico no puede ser acuñada de cualquier contenido [solo normativo], originó que a HART se le excluya de su calificación como emotivista ético, y se le traslade hasta el objetivismo [mínimo], que a la par, le ha valido para ser considerado, en algunas oportunidades, como defensor del derecho natural. Pese a ello, no existe justificación para ser señalado propulsor de una teoría naturalista del derecho, en tanto su propuesta teórica ubica a los principios [entendidos como parámetros de conducta, mas no como dogmas jurídicos] que se derivan de reglas de conducta existentes en la organización social, a los componentes propios del mundo y de la persona como parte de la sociedad, como un mandato de mayor nivel que se constituye en justificante de la norma existente en el ordenamiento jurídico, y por su composición social, no les reconoce —a las normas— características de universalidad e inmutabilidad. A ello se agrega el hecho básico, elemental, de rechazar la vinculación que el derecho natural identifica entre el derecho y la moral.

No obstante, y muy a pesar de su distanciamiento con el contenido tradicional del derecho natural, la teoría del derecho defendida por HART no contiene una ideología anti moral; por el contrario, si bien se edifica sobre la base del positivismo jurídico [separación conceptual entre el derecho y la moral],[25] reconoce que no es posible negar la existencia una zona de afluencia, necesaria, obligatoria, entre el derecho y la moral, que si bien no otorga justificación a la existencia del derecho, permite su operatividad dentro de un sistema social [presencia de reglas sociales y rasgos característicos del hombre]. Pero, en cuanto a la norma, como elemento principal del sistema jurídico, argumenta que aquella adquiere justificación o carácter jurídico, muy alejada de la moral, en tanto y en cuanto, su validez se obtiene en el núcleo del ordenamiento jurídico que, a través de la existencia de una regla de mayor jerarquía que deriva de la propia configuración social, le otorga reconocimiento.

De la teorización que sobre el derecho ha desarrollado HART, lo relevante para la sistematización del derecho, y sin lugar a dudas, para los fines del proyecto de investigación que nos hemos trazado, es el identificar la propuesta principal del normativismo analítico que haya, o al menos, pretenda otorgar una o varias explicaciones, que permitan y posibiliten a la dogmática jurídica, y desde luego, a la dogmática aplicada al derecho penal, encontrar justificaciones teóricas que, a la vez, estructuren soluciones satisfactorias, para afrontar la problemática del delito que se ha enquistado en la sociedad.

25 El profesor RUIZ MANERO ha especificado que, el contenido del positivismo normativo, obtenido a partir del fenómeno de validez de la norma, informa que "…los criterios de validez no deberían incluir nunca consideraciones de ese género…", haciendo alusión a la imposibilidad de aplicar la moral como medio para determinar la validez de la norma. RUIZ MANERO, Juan. Ob. Cit., p. 11.

El planteamiento teórico de HART se concentra en el reconocimiento que el derecho se encuentra estructurado por normas, difiriendo con la propuesta kelseniana, al momento de explicar la forma y método para el conocimiento del derecho. Para HART, el derecho no puede ser analizado o conocido, únicamente, por intermedio de las normas. Por ser una institución social, además de las normas, requiere el conocimiento de la sociedad, de su organización, de los fenómenos y de las expresiones que se utilizan en su operatividad que, en definitiva, hacen posible la creación y existencia de una norma, convertida en jurídica cuando, es validada a través de una norma de reconocimiento. Es obvio que, para HART, la estructura del derecho deja de ser un lugar exclusivo de normas, para convertir en un lugar de confluencia entre normas y rasgos característicos que operan en la organización social. Pese a su propuesta objetivista mínima, la teoría del derecho elaborada por HART sigue siendo normativista por la razón que, su estructura se forma por el estudio y análisis de la norma jurídica, y a la vez, por la valoración de las expresiones y del funcionamiento del derecho como institución social, de donde emerge una norma de mayor nivel que justifica el ordenamiento jurídico.

Para la construcción de su teoría normativista, HART otorgó a la norma jurídica una relevancia notable, permitiéndose configurar al derecho como una institución social, a partir de la función y finalidad que le corresponde a la norma jurídica.

Logró identificar la existencia de tres tipos de normas secundarias que cumplen una función social operativa, y, como se ha indicado, permitirían la explicación del derecho a partir de su aplicabilidad en la sociedad. En consonancia con su teorización, HART esbozó como explicación que, el Derecho "…ha de verse, fundamentalmente, como una combinación de dos tipos de normas: primarias (las que establecen que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no) y secundarias (se refieren a las anteriores e indican qué normas pertenecen al sistema —regla de reconocimiento—, cómo se pueden crear y modificar nuevas normas y quién puede hacerlo —normas de cambio—, y qué órganos deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria y con qué consecuencias —normas de juicio—)…".[26] Es claro que, a diferencia del normativismo formalista, la propuesta de HART se caracteriza por incluir en el sistema de normas, aquellas que no cuenta con una sanción frente a su aplicabilidad o infracción, introduciendo una especie de flexibilización de la relación existente entre el derecho y la fuerza física [por ejemplo, normas que otorgan competencias funcionales a los jueces: normas de juicio]. La identificación de la norma secundaria se constituyó en el factor inicial para argumentar que, las normas, cumplen funciones diversas, que pueden vincularse con la fuerza [coercio], o generar una especie de desvinculación con la misma, sin que aquello pueda

26 ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Ob. Cit., p. 24.

ser considerado como un fenómeno de invalidez normativa. No cabe duda que, la teorización del normativismo analítico fue elaborada bajo la estricta mirada, o en su caso, teniendo como referente a la figura del juez como aplicador del derecho, en cuyo momento, la propuesta de las normas secundarias se dirigen a coadyuvar en el cumplimiento de su función pública.

La teórica del derecho desarrollada por HART se caracteriza por ser una filosofía del derecho del filósofo, al no procurar construir un modelo o esquema de dogmática jurídica, y mucho menos, utilizar la fragmentariedad. Lo que sí logró HART es, realizar una identificación de lo que considera o califica, en forma acertada, como dogmática jurídica, utilizando —para su construcción— dos tipos de discurso que forman parte nuclear del derecho y que permiten la existencia de la norma: a) Enunciados emitidos desde el punto de vista interno, que son aquellos elaborados por una o varias personas que forman parte del grupo social, que aceptan la norma como válida y reguladora de su operatividad; y, b)

Enunciados emitidos desde el punto de vista externo, que son aquellos emitidos por una persona que se encuentra fuera del grupo social, o en la propuesta de LUHMANN, que no forman parte del estrato social específico. La teoría del derecho de HART, asume como argumento básico que la dogmática jurídica pertenece al primer tipo de enunciados, siempre y cuando, exista una aceptación de sus destinatarios [pertenencia], por constituirse en el requisito indiscutible para identificar validez en su contenido. Entonces, para que un ordenamiento jurídico logre ser reconocido en el derecho, debe ser aceptado en la esencia de su configuración social, por constituirse en un factor de eficacia que, valida la existencia de la norma [eficaz] y la aplicabilidad de la dogmática jurídica.

La validez de la norma, en la estructura ideológica de HART, se concentra en la justificación que la norma encuentra en la "regla de reconocimiento",[27] que como norma secundaria, se constituye en una especie de práctica social y elemento básico justificador de todo el ordenamiento jurídico. A la regla de reconocimiento no puede exigírsele una justificación de validez, por tratarse del elemento último que encuentra vigencia y sustento en la práctica social; contrario a la validez, se le exige —únicamente— que se acredite su existencia y su vigencia en la estructura social. Entonces, una norma válida, en la concepción normativista analítica, es aquella que cumple o satisface las exigencias que se erigen de la regla de reconocimiento. Pero, al igual que en la

27 Aún cuando pueda darse el caso que se encuentre enunciada en un texto de ley, la regla de reconocimiento no se origina jamás en la decisión de un órgano jurídico particular, en cuanto su existencia depende sólo del efectivo comportamiento de los jueces. Citado por DICIOTTI, Enrico. Ob. Cit., p. 105 - 112. Concluimos que, a criterio de HART, son los jueces quienes validan la existencia de la regla de reconocimiento al momento de resolver un hecho específico o de aplicar la norma jurídica, en el momento específico que declaran su validez. La regla de reconocimiento es considerada una razón para la acción, en cuya aceptación de los jueces aparecen fenómenos morales, como los sentimientos, el interés, la acepción de los bueno, el criterio de lo justo, etc.

propuesta kelseniana del normativismo, surgió el problema de la delimitación o verificación de la eficacia de la norma que, bajo el argumento de los críticos a HART, encontraría la misma justificación que la validez. Para otorgar solución a las críticas formuladas en contra de su teoría, HART expuso que la validez de la norma se obtiene desde su conformidad con la regla de reconocimiento, y por el contrario, la eficacia de la misma no puede valorarse en forma aislada, exigiendo un análisis conjunto de su operatividad, una evaluación de la norma en el engranaje del ordenamiento jurídico, por considerar que la norma jurídica al encontrar justificación en una regla de reconocimiento, forma parte de un sistema social que requiere eficacia global, del éxito de todo el sistema jurídico conformado por el ordenamiento jurídico en general, mas no de una norma aislada, considerando que el derecho como tal, contiene normas, expresiones e instituciones jurídicas, cuya eficacia debe ser medida en su conjunto, mas no en forma individual. Por ello, la eficacia de la norma depende de su practicidad o utilidad en el contenido del ordenamiento jurídico, mas no de su conformidad con la regla de reconocimiento, existiendo la posibilidad que existe una norma válida pero que su operatividad jurídica se muestre ineficaz, siendo imposible que exista una eficaz, pero a la vez, inválida. En definitiva, el normativismo analítico propone que, en el derecho, existen normas primarias y normas secundarias que, por su vigencia, vinculan a la sistematización del derecho en general.

Es claro que HART logró edificar una innovación teórica, fundada prioritariamente en la inclusión de la norma secundaria en la estructura del derecho. Lo lamentable es que, pese a las bondades de su aporte, la concepción del normativismo analítico no presenta rasgos normativos que hagan posible identificar algún tipo de contribución o vinculación [mínima, al menos] con la sistematización del derecho penal calificada como funcionalismo normativista. Analizado el constructo de la regla de reconocimiento, de la norma de cambio y de la norma de juicio, no ha sido posible encontrar algún tipo de simetría o diálogo teórico con los elementos doctrinales y conceptuales que conforman la sustancia de la aludida dogmática penal, en tanto y en cuanto, el derecho penal normativista se justifica en normas de mandato cuyo cumplimiento se logra a través de la "comunicación" como único elemento válido en sociedad, que permite su autorreferencialidad, negándose la participación de otros elementos [por ejemplo, la funcionalidad del derecho], como lo propone el profesor HART en el concepto de norma que acuña en su teoría del derecho. También, las expresiones en sociedad son identificadas por HART como una especie de significados que deben orientar la configuración del derecho [normas sociales que permiten la creación de normas jurídicas: conducta y aceptación], distanciándose con la tesis del normativismo jurídico penal, cuando considera que las expresiones en sociedad, identificadas como fenómenos reales, sólo deben ser calificadas como factores secundarios de la sociedad, por plantear que el único elemento válido y autopoiético para la sociedad, es la "comunicación".

Por su parte, algún hartiano acérrimo podría afirmar que, la tesis jurídica que en el derecho existe una norma primaria, muestra algunos elementos básicos, típicos del normativismo en el

derecho penal, por tratarse de mandatos normativos, imperativos que, en definitiva, acreditarían justificación del elemento motriz denominado "fidelidad hacia el derecho". Aceptar lo indicado sería un grueso error. Si bien es verdad que el funcionalismo normativista se edifica sobre la escala de mandatos normativos que imponen el deber de cumplimiento de la norma, lo quieran o no los ciudadanos destinatarios de la misma, también lo es que, el deber de cumplimiento —fidelidad— de la norma que el normativismo jurídico penal exige, deriva del fenómeno de validez de la norma jurídica que se encuentra en el criterio de "vigencia" obtenido desde la autorreferencialidad normativa [el derecho regula su propia creación], realizable a través de una norma coactiva, creada en aplicación de los procedimientos legalmente establecidos. Entonces, la norma primaria de HART no aporta elementos teóricos, o al menos, no se identifica una contribución mínima, en la sistematización de la teoría del derecho propia del funcionalismo normativista, por requerir de una regla de reconocimiento para legitimar su vigencia, lo cual no forma parte del normativismo jurídico penal.

Es pertinente aclarar que, no pretendemos afirmar que el normativismo formalista ha nutrido, con absolutismo, la construcción teórica del funcionalismo normativista en el derecho penal. Sólo reconocemos, luego de revisar los planteamientos nucleares del normativismo jurídico penal, la existencia de algunos elementos que se cobijan en la concepción del normativismo formalista, convirtiéndola en uno de los soportes teóricos básico, diríamos inicial, utilizada como una especie de plataforma general para la creación del constructo jurídico penal antes nombrado, sin negar que, existen otros elementos conceptuales y teóricos que en mayor medida han permitido la construcción de una filosofía propia de normativismo, que fue denominada "constructivismo operativo", la que abordaremos en su oportunidad, luego de haber conocido los antecedentes y teorías generales confluyentes.

No obstante, es imperioso detallar que, el planteamiento teórico de HART posee otros argumentos, de suma importancia, como la interpretación de la norma jurídica, que —por ahora— hemos omitido su análisis, al no guardar una relación estricta con la finalidad de identificar y explicar cuál es el justificante o cimiento operativo básico de la dogmática penal normativista.

3. LA ASCENDENCIA DE KELSEN EN EL DERECHO PENAL NORMATIVISTA.

Luego de explorar las propuestas teóricas del positivismo jurídico, relevantes e influyentes en la sistematización de la dogmática jurídica en general, es momento de elaborar ideas fundamentales, concretas y argumentadas, dotadas de la virtualidad para explicar y establecer cuál ha sido, o si mejor se entiende, cuál sigue siendo la ideología manipulada por GÜNTHER JAKOBS en la concreción de la dogmática del Normativismo en el Derecho Penal. La explicación y justificación de

la norma jurídica, y a la vez, la norma fundamental idealizada por KELSEN marca un paradigma en la estructura del funcionalismo normativo, al servir de plataforma jurídica, de cimiento operativo, de justificación básica para construir un sistema penal fundamentado en el idealismo libertario, y sobre todo, en una sistemática de la autopoiésis, convirtiéndose en el elemento nuclear facilitador de la aplicación de la teoría de los sistemas autorreferenciales a la operatividad del sistema criminal.

Es claro que, el afirmar que el normativismo formalista ha sido utilizado como una plataforma operativa para lograr comprender, y a la vez, explicar lo que es y debe ser el derecho en general, no guarda ningún tipo de relación con argumentos o razonamientos que pretendan trasladar nuestro análisis hasta extremos de considerar al funcionalismo normativista en el derecho penal, como una teoría del derecho de corte formalista. Los defensores del normativismo en el derecho penal utilizaron al normativismo formalista —reiteramos— como una concepción para identificar y explicar lo que es el derecho en general, instituyendo —tal vez no fue el objetivo, pero no puede negarse— una vinculación entre la tesis de la norma jurídica de HANS KELSEN y la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de NIKLAS LUHMANN.

El profesor CARLOS GÓMEZ-JARA DIEZ ha pregonado la existencia de un acercamiento considerable entre la teoría positivista de KELSEN y los planteamientos sociológicos de LUHMANN,[28] por conquistar —ambos— una idea de la norma jurídica tan cercana, y luego, influyente en la cimentación del derecho penal. Se avala la propuesta de PAWLIK, cuando afirma que, por un lado, la teoría de la norma fundamental queda libre de su lastre ontológico y del autoaislamiento estrechamente vinculado con dicho lastre, y por otro lado, la teoría de la autopoiésis jurídica se conecta a una concepción jurídico-teórica cuya cláusula interna y exactitud (Stringenz) conceptual son ejemplares.[29] Sin duda, JAKOBS se nutrió de aquella visión kelseniana, y luego, amplió su horizonte teórico acuñando otros elementos de suma importancia, que permitieron el nacimiento de la ideología constructivista, para luego ocasionar la cimentación del funcionalismo normativista en el derecho penal.

No obstante, la evolución de la teoría del derecho ha brindado —al jurista— nuevas herramientas teóricas que posibilitan adoptar una moderna y mejorada visión del derecho, y a la vez, estructurar una teoría funcionalista de mayor envergadura que justifique y otorgue solución, en mayor medida

28 GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo [coordinador]. El funcionalismo en Derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá – Colombia, Ed. Universidad del Externado de Colombia, T. II, Septiembre, 2003, p. 23. Se ha especificado que resulta cuando menos interesante constatar la semejanza, por ejemplo, de los títulos de algunos trabajos como: LUHMANN. "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", en Rechtstheotie, 19, 1988, pp. 11 ss.; y KELSEN. "Die Selbstbestimmtheit des Rechts", en KLECATSKY, MARCIC Y SCHAMBECK (eds.). Die Wiener rechtstheoretischer Schule, Bd. 2, Wien, 1968, pp. 1445 y ss.

29 PAWLIK. "Die Lehre von der Grundnorm", cit., p. 452. Citado por GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Ob. Cit., p. 23.

y eficacia jurídica, el tratamiento del delito en la sociedad. El postpositivismo jurídico posee las herramientas para lograr ese propósito, para cimentar una dogmática penal sobre la base de "reglas y principios",[30] como parte del derecho y como único medio para la transformación social. Se trata de un programa ambicioso, muy atrevido y hasta osado, en el cual nos hemos sumergidos con el propósito de mejorar la sistematización del derecho penal. El análisis de KELSEN y HART es parte helicoidal de aquel proyecto que, en forma fraccionada, ponemos a disposición del lector.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. El concepto y naturaleza del derecho. Madrid – España, Ed. MARCIAL PONS, 2008.

ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid – España, Ed. Trotta S.A., Quinta Reimpresión, 2018.

ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Barcelona – España, Ed. ARIEL, 2001.

ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona – España, Ed. Ariel, 4ta. Reimpresión, mayo, 2016.

BARBERIS, Mauro. El Postscript de H. L. A. Hart: Derecho como es/como debe ser: Hart, Dworkin y la teoría del Derecho. Colección Filosofía Analísitca del Derecho. Lima – Perú, Ed. ARA Editores E.I.R.L., 2010.

BULYGIN, Eugenio/MENDONCA, Daniel. Normas y sistemas normativos. Madrid – España, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.

DICIOTTI, Enrico. El Postscript de H. L. A. Hart: Herbert Hart – El concepto de Derecho, la moral y la regla de reconocimiento. Colección Filosofía Analísitca del Derecho. Lima – Perú, Ed. ARA Editores E.I.R.L., 2010.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo [coordinador]. El funcionalismo en Derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá – Colombia, Ed. Universidad del Externado de Colombia, T. II, Septiembre, 2003.

REYES ALVARADO, Resid. Imputación Objetiva. Bogotá – Colombia, Ed. TEMIS S.A., Tercera Edición, 2005.

RUIZ MANERO, Juan. El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini. Lima – Perú, Ed. Palestra Editores S.A.C., abril, 2014.

SENDÍN MATEOS, José Antonio. La filosofía moral de Hans Kelsen. Madrid – España, Ed. Marcial Pons, 2017.

30 Un esbozo general del argumento postpositivista de la norma, lo encontramos en ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona – España, Ed. Ariel, 4ta. Reimpresión, mayo, 2016, pp. 23 y ss.


IONAS



ARTE



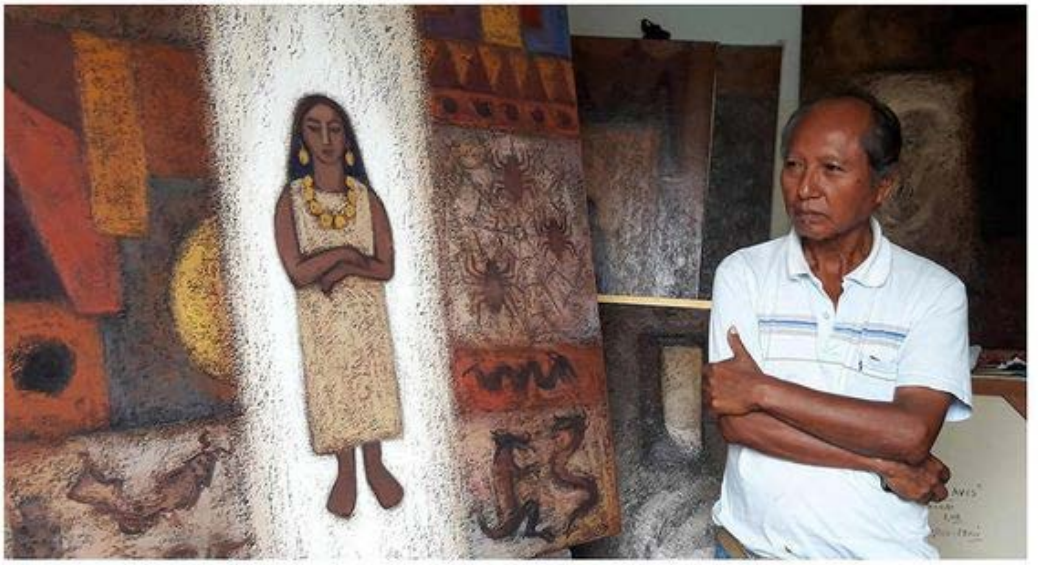
Demetrio Saldaña

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5114

DEMETRIO SALDAÑA
EL COLOR DE LA SOLEDAD

Por Alberto Alarcón



El deseo del éxito lo había abandonado; trabajaba porque tenía que hacerlo, porque le impedía sufrir demasiado, mentalmente, porque distraía su mente. Podía pasar sin esposa, sin hogar y sin hijos; podía pasarse sin amor, amistad y salud; podía arreglarse sin comodidades y sin alimentos casi, y aún se podía pasar sin Dios. Pero no podía privarse de algo que era más grande que él mismo, de algo que era su razón de vivir: el poder y la habilidad de crear...

Hace poco, el Covid-19 se llevó a mi hermano, el pintor Demetrio Saldaña, cuando estaba en la plenitud de una obra rebosante de amor por la historia de su tierra y de intensas búsquedas en las misteriosas esencias del arte pictórico. Todavía no me repongo de este dolor. Ayer, viendo mis archivos, me encontré con esta entrevista que le hice para el diario "La Industria". Creo que fue la última que concedió. Ojalá sirva para que mis lectores conozcan el alma pura de Demetrio, sus afanes y, sobre todo, la tenacidad creativa con que abordaba la concreción de cada una de sus extraordinarias telas.

Encontrarme con un pintor, me regresa a mi adolescencia, al aroma perdido de la vocación frustrada. Sobre todo, con un conocedor de su oficio, con alguien que nos devuelve la torpe realidad convertida en áureos objetos que hacen vibrar en nuestras almas el halo de la belleza. Esto me ocurrió hace poco, en la todavía solitaria calle Raimondi de esta ciudad, con el artista plástico Demetrio Saldaña Hipólito, a quien veo diariamente subir y bajar de su atelier con un cuadro en la mano. Hace poco, él y el pintor Carlos Rodríguez Zamora, montaron una exposición en homenaje al desaparecido maestro indigenista Pedro Azabache. Han sido los últimos cuadros de Saldaña que he visto. Impresionado por la poesía que satura sus temas —los caballos, la historia, las mujeres y las calles—decidí conocer algo más acerca de él y compartirlo con mis lectores.

Hablemos, Demetrio, un poco de ti, de tus inicios, de cómo empezó tu vocación de pintor.

DS. Yo nací en Sausal, en 1946, mi padre era obrero; además tenía un hermano mayor que dibujaba. Tal vez por ahí empezó todo, empecé a dibujar espontáneamente desde pequeño. A mi papá le gustaba verme dibujar, nunca tuve esa oposición familiar de la que siempre hablan algunos artistas. Además, yo era un niño muy solitario, me gustaba ir al campo y allí, en la soledad de los cerros y los árboles, me ponía a dibujar.

Hice la primaria y la secundaria en Sausal. Cuando terminé decidí venir a Trujillo y postular a la Escuela de Bellas Artes. Esta escuela empezó a funcionar gracias a las gestiones de don Pedro Azabache en 1962, y recién en 1967 lo hizo de manera oficial.

¿Qué encontraste en la escuela, quién fue el profesor que consolidó tu vocación?

DS. Tuve suerte e ingresé a la Escuela, junto con Carlos Rodríguez Zamora, allí congeniamos y nos hicimos amigos. El maestro que más me impactó fue precisamente don Pedro Azabache. Era muy riguroso en la enseñanza, él nos dio las pautas para apreciar los elementos de la pintura, nos educó en ver la realidad de otro modo, sobre todo en lo referente a forma y composición, en darle un sentido a la línea, al color. Como era bastante riguroso, muchos compañeros desertaron. Allí en la escuela, gracias a los libros, conocí también la obra de José Sabogal; me interesó mucho, por su búsqueda de lo peruano. Pero quién me impactó verdaderamente fue Sérvulo Gutiérrez, por lo explosivo, por su amor a la libertad creadora, por lo tormentoso; me impresionaron sus trabajos como un testimonio humano. Egresé de la Escuela en 1972 y fui el primer puesto de mi promoción. Creo que fui un estudiante aprovechado.

Como es natural, buscaste luego una guía más allá del ámbito nacional, ¿qué pintores universales te dieron nuevas pautas, ideológicas, prácticas?

DS. En este sentido le debo mucho a mi profesor de historia del arte, Ramiro Paredes de Santolalla. Gracias a él descubrí a Vincent Van Gogh. Su color agresivo, sus paisajes arrancados de la tierra, sus noches estrelladas como un cataclismo del cielo, todo eso fue una gran lección para mí. Me enriqueció espiritualmente leer las cartas a su hermano Theo, testimonio de los grandes sufrimientos de Van Gogh, como hombre y como pintor. Él sabía que su dibujo era burdo, pero se empeñó hasta convertirse en un gigante del impresionismo. El otro fue Amedeo Modigliani. Me gustó por el esquema tan simple de su pintura, que es casi una interpretación del ser; por lo melancólico de sus figuras y por su línea escueta, caligráfica. No es un clásico tipo Rubens o Tiziano; los personajes de Modigliani están realmente frente al pintor. Él le da sentimiento, alma a la pintura. Modigliani me enseñó a poner la vida en cada cuadro.

Tú has vivido tu juventud en una época en que era imprescindible apostar por un arte contestatario, testimonial, ¿te involucraste en ello?

DS. En esa época vivía en La Esperanza y naturalmente veía la pobreza todos los días. Ya en ese entonces tenía los recursos teóricos y prácticos y por supuesto hice realismo social. Mi metáfora son los perros flacos que pintaba en esa época, los seres humanos desvalidos clamando justicia. Estuvimos bastante estimulados también por los grandes muralistas mejicanos: Siqueiros, Orozco, Rivera, por su fuerza, por su exaltación de lo humano. Además, como pintor, siempre me he identificado con los pobres. Por eso nunca he tenido bonanzas económicas. Cuando uno encamina su obra, lo material pasa a un segundo plano.

¿Luego de esa etapa, qué vino?

DS. Luego de esa etapa he pasado a una más, persistente hasta ahora, una etapa de total libertad. El real-socialismo marcó un camino, ahora me siento más libre, siempre estoy pugnando por liberar las formas hasta llegar a un cierto expresionismo. Los caballos que has visto en mi última exposición me han dado esa libertad, son caballos salvajes; rompen la naturaleza, y en ellos el color es más agresivo. Me siento libre también en los temas. Hago desnudos donde me importan mucho la línea y la forma, siguiendo el paradigma de Modigliani: En el paisaje urbano mi pintura es como yo, soledosa, barnizada con un halo de ausencia. En esas bancas solitarias que pinto, siempre estoy yo disfrutando mi soledad.

¿Cómo te autoevalúas ahora en el aspecto técnico?

DS. Trabajo pacientemente el color, me gustan los cálidos (amarillos y rojos), los trabajo en todas sus gamas. En cuanto a la composición, voy a los esquemas más simples, trabajo línea y color, trato de que cada elemento se manifieste por sí mismo. Creo haber encontrado un sello propio, considero mi pintura como un examen de mi mundo interior.

¿Cuál es tu visión de la actual pintura trujillana y de la situación cultural en nuestra ciudad?

DS. Es difícil dar nombres. Hay pintores ya consagrados como Carlos León, Francisco Castillo, Eduardo Urquiaga, Carlos Rodríguez, Tito Monzón, Joselito Sabogal y otros, lo que pasa es que acá los artistas no encontramos estímulos. No hay, por ejemplo, una galería para exponer adecuadamente pintura, tampoco hay curaduría de arte y entonces al pintor le parece que toda su obra es valedera. Tampoco hay crítica, sólo comentarios sueltos. Al pintor no hay que reventarle cohetes si no se lo merece, eso no tiene sentido.

¿Qué perspectivas te has trazado como artista para los años que vienen?

DS. Quiero que mi pintura tenga un carácter universal, que se pueda ver con agrado en cualquier parte del mundo. En todo lugar hay parques y calles solitarias. Esa es una constante. Allí quiero entrar yo, expresar un poco la soledad del hombre de estos tiempos. He expuesto en París el año pasado, también en Alemania. Apunto para afuera. Felizmente hay propuestas para promocionar mi obra fuera del país. Espero que esto se cumpla pronto.

Antes de despedirnos, Demetrio me muestra su más viejo libro de cabecera, Lujuria de vivir, de Irving Stone, una biografía novelada de Van Gogh, y me lee un pasaje: «El deseo del éxito lo había abandonado; trabajaba porque tenía que hacerlo, porque le impedía sufrir demasiado, mentalmente, porque distraía su mente. Podía pasar sin esposa, sin hogar y sin hijos; podía pasarse sin amor, amistad y salud; podía arreglarse sin comodidades y sin alimentos casi, y aún se podía pasar sin Dios. Pero no podía privarse de algo que era más grande que él mismo, de algo que era su razón de vivir: el poder y la habilidad de crear». Saldaña me mira emocionado, y luego de unos segundos me dice: «Es hermoso vivir así, ¿no?»



José Tola





RESEÑAS DE LIBROS



Susana Aguilar Yauri

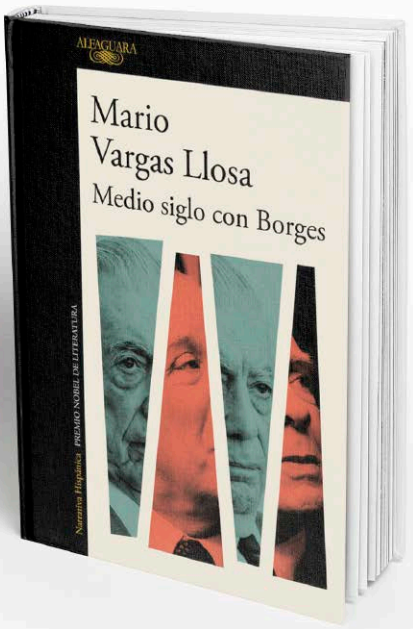
http://doi.org/10.22497/IURA.51.5115

Desde Madrid

MEDIO SIGLO CON BORGES

Mario Vargas Llosa

2020, Peguim Ramdom House, Barcelona. 108 pp.



Desde hace más de dos meses emprendí la búsqueda de Medio siglo con Borges (2020, Penguim Random House, 108pp), un libro de entrevistas, reseñas, notas y conferencias que Mario Vargas Llosa le ha dedicado al autor de El Aleph. En diversas ocasiones importuné a los dependientes de la FNAC y de la Casa del Libro de Madrid inquiriéndoles sobre la publicación de esta obra, cuyo lanzamiento editorial había sido postergado por la crisis sanitaria mundial. Hasta que el pasado miércoles, por fin, pude tener el codiciado libro en mis manos y leerlo de un tirón. Cuando culminé su lectura una difusa insatisfacción se apoderó de mí. Era, quizá, porque había esperado con impaciencia leer un texto de crítica literaria de la envergadura de La orgía perpetua, Historia de un deicidio, El viaje a la ficción, La utopía arcaica o La tentación de lo imposible.

El problema era que yo había partido de una concepción errónea. Creía que Vargas Llosa había escrito un libro monográfico para brindarnos una panorámica exhaustiva de la vida y obra de Borges. Craso error. Medio siglo con Borges es un libro casi miscelánico en el que se reúnen textos escritos al fragor de la más efímera actualidad.
No obstante la fugacidad que signa la escritura de estos textos, muchos de ellos no carecen del brillo, la penetración y la solidez argumentativa de las mejores obras de Vargas Llosa dedicadas al género de la crítica literaria. La labor crítica de este novelista ha sido tan destacada que algunos lo consideran más talentoso en este campo que en el de la creación literaria. Cabe señalar que uno de los méritos del autor de La ciudad y los perros consiste en haber superado la encrucijada entre la frívola crítica periodística y la hermética crítica académica preñada de un lenguaje esotérico y una monserga retórica, alejando al gran público de este género tan creativo que había tenido como cultores a excelentes intelectuales como Edmund Wilson, Ciryl Connolly, George Steiner o Lionel Trilling. Vargas Llosa suele practicar una disección sobre la obra de creación despertando el interés, la expectativa del lector por leer la obra sometida a escrutinio. Haber reconciliado la objetividad y el rigor de la crítica con la belleza del texto literario es, qué duda cabe, uno de sus más valiosos y lúcidos aportes. Los críticos ortodoxos le cuestionan haber creado su propia terminología y sus métodos de interpretación inspirados en su pasión de lector y su experiencia de creador.

Términos como cráteres narrativos, caja china, vasos comunicantes, enumeraciones encantatorias, entre otros, reemplazan en su discurso crítico otros más esotéricos para el lector común y silvestre. Vargas Llosa ha logrado la proeza de convertir un texto de crítica literaria en un best seller, tal como sucedió con Historia de un deicidio, un libro tan ambicioso como Cien años de soledad, obra que le sirvió de objeto de análisis.

Medio siglo con Borges es una colección de textos que dan testimonio de una pasión que, durante un tiempo, fue secreta y pecadora. Hasta que liberado de la tutela intelectual de Sartre logró superar la visión del compromiso social del escritor. Lo comenzó a leer influenciado por Luis Loayza, el "borgiano de Petit Thouars", con la sensación de cometer un adulterio y lo ha releído medio siglo con entusiasmo renovado. El texto más orgánico que contiene esta crestomatía es el denominado Las ficciones de Borges que escribió para dictar una charla y está fechado en Marbella el quince de octubre de 1987. Vargas Llosa sostiene que Borges superó, haciendo gala de erudición y una visión original, el complejo de inferioridad que aquejaba a los escritores latinoamericanos. Desde nuestros clásicos como el Inca Garcilaso o Sor Juana Inés de la Cruz ningún escritor de nuestras latitudes se había atrevido a confrontarse con la cultura occidental. "¿Quién, entre sus contemporáneos, se movió con igual desenvoltura por los mitos escandinavos, la poesía anglosajona, la filosofía alemana, la literatura del Siglo de Oro, los poetas ingleses, Dante, Homero, y los mitos y leyendas del Medio y el Extremo Oriente que Europa tradujo y divulgó? Pero esto no hizo de Borges un europeo". Por el contrario el espíritu irreverente que compartió con los ultraístas durante su estancia en Madrid lo llevó a protagonizar una revolución estilística de la literatura latinoamericana sin parangón, una gesta literaria de mayor calado que la de Rubén Darío y el modernismo. "La revolución de Borges es unipersonal; lo representa a él solo" (p. 51), afirma Vargas Llosa.

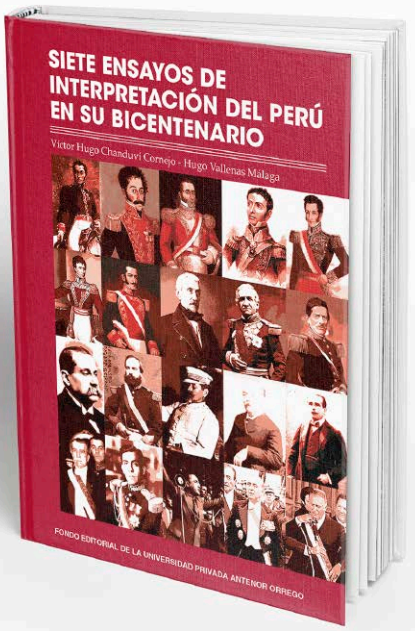
En el artículo Borges en París Vargas Llosa rememora cómo el año 1963 Francia reconoció la genialidad literaria de Borges. Fue con ocasión de un homenaje a Shakespeare en el que participaron Lawrence Durrell y Giuseppe Ungaretti en el que el argentino deslumbró con su acicalado francés y su original visión del dramaturgo inglés. Fue un amor a primera vista, a partir de este certamen la popularidad de Borges se acrecentó a escala universal y de ser un autor de culto de capillas literarias pasó a ser el escritor más traducido, admirado y citado de la literatura universal contemporánea. En esta colección de textos no se podía dejar de abordar las tirantes relaciones que Borges mantuvo con la política. En Borges, el político trata de echar luces sobre un asunto difícil de esclarecer y lleno de contradicciones. Las entrevistas a JLB revelan que ese género periodístico y literario no es el fuerte de Vargas Llosa; el resto de artículos (Onetti y Borges, Borges entre señoras y El viaje en globo) son textos de circunstancias que revelan aspectos puntuales de la vida y obra del autor de El Aleph.

Medio siglo con Borges está precedido por el poema Borges o la casa de los juguetes que explica porque en la trayectoria de Vargas Llosa la poesía no pasó de ser un devaneo juvenil en el que no persistió y un texto liminar fechado en el 2004 en el que esboza las razones de su pasión borgesiana. El balance final es que este libro no está a la altura de la obra de Jorge Luis Borges y es uno de los textos menos ambiciosos de la bibliografía crítica de Vargas Llosa. Al terminar de leerlo nos queda el sabor agridulce de que el autor no ha empleado sus mejores armas para escudriñar uno de los universos literarios más originales de las letras hispanoamericanas.

http://doi.org/10.22497/IURA.51.5116

SIETE ENSAYOS DE INTERPRETACIÓN DEL BICENTENARIO

Victor Hugo Chanduví Cornejo
Hugo Vallenas Málaga
2020, Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego



La conmemoración del bicentenario de nuestra independencia constituye una ocasión propicia para auscultar los entresijos de nuestro pasado desde perspectivas sociales, económicas, políticas, legislativas. Este libro asume el desafío y enfoca el estudio de nuestra historia desde los avatares de las ideas políticas y constitucionales en un periodo que abarca desde las Cortes de Cádiz en los comienzos del siglo XIX hasta la actualidad. En este vasto marco temporal analizan los episodios y las ideas más significativos que marcaron el acontecer nacional.

Escrito al alimón por dos destacados intelectuales de larga data en la investigación social, Seis ensayos de interpretación del bicentenario aborda los diversos periodos de nuestra historia republicana y analiza las marchas y contramarchas de nuestra historia jurídica, política y constitucional que han marcado el devenir histórico del Perú. Desde sus primeras páginas se hace evidente su afán desmitificador, cuando pone en tela de juicio la fecha que simboliza la independencia nacional y reivindica el 29 de diciembre de 1820 – el Día de la proclamación de la Independencia de Trujillo- como el comienzo del proceso de la independencia nacional.

Los autores ven los procesos históricos desde lontananza, como largos y tortuosos procesos que hay que recorrer para arrojar luces sobre nuestro pasado. Así el primer ensayo trata sobre el origen del constitucionalismo hispanoamericano, las peripecias de las ideas liberales, el germinal fervor patriótico que se incubó en las Cortes de Cádiz y que inocularon en las élites ideas fuerza como la libertad de prensa, la igualdad de derechos, los límites del poder absoluto. Este primer constitucionalismo marcó el advenimiento de un nuevo capítulo de la historia hispanoamericana.

La visión de la historia que manejan los autores no es maniquea ni lineal, cada periodo histórico se retroalimenta del pasado de largo, mediano y corto plazo. Desde esta perspectiva el artículo sobre el Derecho

Indiano nos explica las dudas y certezas jurídicas que marcaron el largo periodo del virreinato. La historia no está dividida en compartimentos estanco sino que existen hilos conductores que permiten una lectura más comprensiva y un análisis que no excluye dimensiones cruciales de la realidad histórica.

El artículo dedicado a la Corte de Cádiz y sus aportes al Constitucionalismo parte del contexto histórico y reconstruye este episodio que marca un parteaguas en el debate jurídico y político previo y sincrónico a la gestación de los movimientos independentistas en América. El incipiente Derecho Constitucional marcó la pauta del proceso de la emancipación y del nacimiento y configuración de las repúblicas. Durante las sesiones de la Corte se exploraron como en un laboratorio los problemas cruciales de Hispanoamérica.

Las Constituciones de los siglos XIX y XX son tratadas en sendos artículos que nos permiten entrever algunas claves secretas de nuestra fragilidad institucional y los proyectos de república fallida que venimos ensayando desde el nacimiento de nuestra vida independiente. Esta parte constituye el meollo de este libro y después de leerla podremos hacer un balance provisorio de los intentos de diversos modelos institucionales que, dadas nuestra precaria condición y por tratarse de injertos que la mayoría de las veces no compatibilizaba con nuestros antecedentes, no lograron corroborar su funcionalidad en nuestros proyectos de república-

En artículo aparte los autores tratan sobre un tema que ha constituido un dilema constitucional: el unicameralismo o bicameralismo en las constituciones peruanas desde la primera de 1823 hasta la vigente de 1993. Es un debate recurrente que aún no se ha resuelto y que planea como una sombra ominosa sobre la historia política de nuestro país. Más que tesis de organización parlamentaria han sido tratados como dogmas por tirios y troyanos. Hace falta un análisis más sosegado y reflexivo en torno a esta disyuntiva para encontrar la opción que calce mejor con nuestra idiosincrasia y trayectoria.

En La etapa formativa de la república se hace un recuento con una visión panorámica de este periodo histórico. Sin autocomplacencia se pone el dedo en la llaga de los problemas más acuciantes que desvelaron a nuestros próceres. La volatilidad de los gobiernos, el fenómeno del militarismo, la falta de coherencia en los proyectos de constitución que se sucedieron uno tras otro son los diversos episodios de una historia que aún no ha concluido. Son fantasma del pasado que no hemos logrado exorcizar y que constituye la asignatura pendiente en la celebración del bicentenario.

Cada generación reinterpreta la realidad histórica para encontrar explicaciones más cabales y coherentes y adaptarlas a la mentalidad del nuevo espacio tiempo histórico. En este cambio de perspectiva radica, en buena cuenta, los méritos de Seis ensayos de interpretación del bicentenario que nos brinda, con irrefragable persuasión, una visión que esclarece alguna de las incógnitas de nuestro pasado.

Vivimos un periodo propicio a la relectura de nuestra historia. El bicentenario constituye una ocasión para echar luces sobre periodos de nuestra historia que aún se mantienen en la penumbra, inexpugnables a la razón crítica que permanentemente la asedia para encontrar respuestas. Cada efeméride nos brinda la ilusión del comienzo de una nueva oportunidad. Muchas reflexiones se hicieron con ocasión del centenario de nuestra independencia y otras tantas se hacen en el bicentenario. Hagamos que esta vez no sea una más de las tantas oportunidades perdidas.



UPAO | FONDO EDITORIAL