



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA

Segunda Universidad del Perú fundada el 03 de Julio de 1677



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Escuela de Formación Profesional de Derecho



DERECHO 9

**Revista Institucional de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política**

Diciembre - 2013

COMITÉ EDITORIAL

DIRECTOR:

Prof. Richard Llacsahuanga Chávez

INTEGRANTES:

Prof. N. Raúl Palacios García

Prof. Godofredo Medina Canchari

Prof. Javier Anaya Cárdenas

Prof. Ana Sylvie Ventura Caveró

Título : DERECHO 9

Editor : Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Av. Independencia S/N - Ayacucho - Perú

Edición Anual : Diciembre, 2013

Tiraje : 600 ejemplares

Impresión : DSG Vargas S.R.L.
Portal Independencia N° 67
Telf. (066) 31-1441 / RPM: #890610 (TIENDA) - #866144
E-mail: dsgvargas@hotmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-00160

Impreso en Perú

Printed in Perú

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA

Segunda Universidad del Perú fundada el 03 de Julio de 1677

RECTOR

Dr. Humberto HERNÁNDEZ ARRIBASPLATA

VICERRECTORA ACADÉMICA

Dra. Ruth Elena ALARCON MUNDACA

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Dr. Pelayo HILARIO VALENZUELA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

DECANO DE LA FACULTAD

Mtro. Oscar Obdulio GALVÁN OVIEDO

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO

Prof. Otoniel Paúl OCHOA ROCA

JEFE DEL DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE CIENCIAS JURÍDICAS

Prof. Raúl GUZMÁN MARIÑO

PLANA DOCENTE

ALMONACID CISNEROS, Mario Marcial

ARCE VILLAR, César Alberto

ESPINOZA ALTAMIRANO, Jesús Walter

GALVÁN OVIEDO, Oscar Obdulio

HUAMÁN GARCÍA, Torcuato Regis

JARA HUAYTA, Marcial †

LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard

MEDINA ESPINOZA, Beatriz

PALACIOS GARCÍA, Nilo Raúl

PIMENTEL LLAMOCCA, Enrique

QUISPE PÉREZ, Daniel

RUÍZ VELA, Wilker

OCHOA ROCA, Otoniel Paúl

IPURRE MALDONADO, Hugo

RIVERA MUÑOZ, Aldo

ANAYA CÁRDENAS, Javier Edgar

LAMILLA AGUILAR, Nolberto

MEDINA CANCHARI, Godofredo

VENTURA CAVERO, Ana Sylvie

GUZMÁN MARIÑO, Raúl

GAMBOA CASTRO, Diana (c)

SILVA MEDINA, Walter (c)

INDICE

Presentación.....09

DERECHOS HUMANOS, DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

- ◆ **IMPUNIDAD Y DERECHOS HUMANOS**
Por Richard Llacsahuanga Chávez11
- ◆ **¿EXISTE EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL?**
Por Godofredo Medina Canchari19

DERECHO PROCESAL CIVIL

- ◆ **VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS INTERDICTOS POSESORIOS**
Por N. Raúl Palacios García23

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

- ◆ **LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DELITO**
Por Oscar O. Galván Oviedo40
- ◆ **EL DELITO DE OMISIÓN DE FUNCIONES**
Por Emilio A. Montes de Oca Begazo42
- ◆ **LA IMPORTANCIA DEL ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES DENTRO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**
Por Carlos R. Huamán De la Cruz44
- ◆ **PENALIZACIÓN DE DAÑOS CONTRA LA ECOLOGÍA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA**
Por Hugo Ipurre Maldonado50

DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

- ◆ **ALGUNOS RETOS PARA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL**
Por Ana Sylvie Ventura Cavero63

PONENCIAS ESTUDIANTILES

- ◆ **EFICACIA Y CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**
Por José Martín Bonilla Leonardo67
- ◆ **LOS MODERNOS LÍMITES DOGMÁTICOS A LA INTERVENCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO. Una especial referencia al principio de confianza y su aplicación en la participación delictiva**
Por Walter Alex Chuchón Prado77

INDICE

ARTÍCULOS

- ◆ **“Ley Antauro”: Entre el vaivén de los beneficios penitenciarios y la incierta política criminal en el país.**
Por Mario Escriba Tineo85
- ◆ **¿Es discrecional o arbitrario las decisiones de las entidades públicas que omiten motivar la no renovación de los contratos CAS?**
Por Xavier Mochcco Flores88
- ◆ **Justificación Penal de las lesiones y violencias en los deportes.**
Por Ricardo Cristian Loayza Gamboa92
- ◆ **La importancia de la Filosofía para el Derecho y las corrientes filosóficas**
Por J. Walter Espinoza Altamirano95

ESPECIAL – DOCTRINA

- ◆ **RECONOCIMIENTO Y REPARACIÓN DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI**
Por Dr. Carlos Fernández Sessarego98

ACTIVIDADES ACADÉMICO INSTITUCIONALES: ¡ “DERECHO-UNSCH: PRESENTE EN LA REGIÓN, A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL” !

PRESENTACIÓN

DERECHO es la Revista Institucional de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, nuestra primera casa superior de estudios, que en su recorrido institucional va en su edición número 09.

En la presente edición, no solo presentamos los diversos trabajos de investigación de nuestra plana docente, también cumplimos con la difusión de los trabajos de investigación de nuestros egresados, y especialmente hemos aperturado una sección donde se publicarán los trabajos de investigación de nuestros estudiantes más destacados que hayan logrado premios y reconocimientos nacionales e internacionales, los cuales se publicarán en la sección que hemos denominado **“PONENCIAS ESTUDIANTILES”**.

Particular realce queremos hacer en esta edición a nuestra sección **“ACTIVIDADES ACADÉMICO-INSTITUCIONALES”**, en la cual hemos visto por conveniente reseñar las más destacadas participaciones académicas de nuestros mejores estudiantes, quienes en los últimos 07 años, han obtenido logros muy significativos, ocupando los primeros puestos en diversos concursos académicos nacionales e internacionales, realzando el nivel académico de nuestra Facultad y, por cierto, expresión del nivel académico de sus propios avances y aportes, sobresaliendo en disciplinas actuales y de trascendencia como es el campo del derecho internacional de los derechos humanos, en las nuevas tendencias del derecho penal, litigación oral estratégica y el nuevo proceso penal.

También debemos resaltar la importante participación y el esfuerzo individual de dos delegaciones estudiantiles, donde cada uno de ellos, en dos años consecutivos, han participado en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos, organizando por la American University Washington College of Law de Estados Unidos, uno de los concursos internacionales más importantes en materia de derechos humanos y que congrega a las mejores universidades del mundo, evento en el cual la Universidad de San Cristóbal de Huamanga a través del Equipo de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho se hizo presente.

Por último, debemos señalar también otros dos importantes logros internacionales, donde dos de nuestros mejores estudiantes ocuparon el primer puesto en ponencias estudiantiles y que publicamos tanto sus ponencias ganadores como la reseña fotográfica de sus participaciones. Y no podemos dejar de resaltar la formalización del Grupo de Derechos Humanos que me honro dirigir,

DERECHO

DERECHO

el cual en estos años se ha convertido en una de las importantes canteras de formación y autocapacitación de nuestros estudiantes. Estos y otros eventos de trascendencia, son la razón por la cual esta sección la hemos denominado ; **“DERECHO-UNSC: PRESENTE EN LA REGIÓN, A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL”** !

No podemos concluir esta presentación, agradeciendo la participación de todos nuestros articulistas, pero especial mención, agradecer la colaboración del gran maestro sanmarquino **Dr. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**, insigne maestro universitario, filósofo y jurista nacional e internacional, quien ha tenido la especial deferencia para con nuestra universidad, de enviarnos una de sus últimas contribuciones inéditas sobre su gran aporte a la ciencia jurídica y de reconocimiento internacional tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como es el tema del “Daño al Proyecto de Vida”.

Para finalizar estas breves palabras de presentación, cumplimos con dar a conocer a la comunidad académica ayacuchana y nacional, **DERECHO 09**, con el firme propósito y compromiso de institucionalizar su publicación de manera más continua y siempre con el esfuerzo de sus docentes, estudiantes y egresados.

Ayacucho, Octubre-Diciembre de 2013.

Prof. Richard Llacsahuanga Chávez
DIRECTOR

IMPUNIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Por Richard Llacsahuanga Chávez*

1. A manera de introducción.

Los esfuerzos de la comunidad internacional en sus propósitos de garantizar la plenitud, vigencia y promoción de los derechos humanos, viene afrontando graves amenazas que desequilibran el orden democrático y el sistema de protección de los derechos humanos. Una de esas amenazas es el fenómeno de la impunidad que se cierne sobre las sociedades que han sufrido o vienen sufriendo contextos generalizados de violencia política y sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales.

A pesar de existir mecanismos o instrumentos normativos y compromisos internacionales para hacer frente al fenómeno de la impunidad en materia de derechos humanos, esta se ha convertido en una gran amenaza global, cuya característica principal es la "ausencia de castigo" de las violaciones a los derechos humanos y el incumplimiento del deber de penalización de los Estados, que profundizan las situaciones de impunidad, actuando de manera encubierta y en otras de manera directa.

En el presente capítulo abordaremos el fenómeno de la impunidad, su clasificación, características y efectos nocivos y destructivos del orden democrático.

2. Concepto de Impunidad.

Una aproximación cabal al estudio del fenómeno de la impunidad lo constituyen las investigaciones de Kai Ambos, quien nos señala que "El concepto de impunidad no describe una situación jurídica que se pueda definir estrictamente, sino un *fenómeno* de dimensiones legales, sociales, culturales, psicológicas y hasta económicas."¹

Esta descripción nos lleva a considerar a la impunidad como un fenómeno complejo que no solo abarca ni se agota en el tema jurídico, sino que engloba diversos aspectos o dimensiones que van desde los aspectos legales, pasando por los aspectos sociales, culturales, psicológicos, económicos y políticos.

Para una mejor descripción de este fenómeno, podemos tomar como referencia las tres últimas décadas del siglo pasado, que convirtieron a América Latina en una de las regiones con mayor contexto de violación de los derechos humanos, producto de una violencia política que obedecía a políticas estatales diseñadas con planes masivos y sistemáticos de violación de los derechos humanos, en donde gruesos sectores de la población civil se vieron seriamente afectados.

Esta realidad conllevó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a ser uno de los primeros organismos internacionales de protección en enfrentarse al fenómeno de la impunidad. Es así que en el año 1985² se dio la voz de alarma frente a un decreto de amnistía en Guatemala, sobre el que la Comisión señaló que podría entorpecer y hacer ineficaz la labor de los tribunales para investigar y sancionar a los responsables. Posteriormente vendrán las amnistías de Uruguay y Argentina, que llevarán a la Comisión a realizar una mayor fundamentación y concluirá que estas leyes eran violatorias del artículo XVIII (derecho de justicia) de la Declaración Americana y de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana, estableciendo a la impunidad como una violación a los derechos reconocidos en la Convención y en consecuencia, como un

*Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga (Ayacucho – Perú), en las materias de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional Público, Práctica de Derecho Penal y Procesal Penal y Deontología del Abogado. Ex Director de la Escuela de Formación Profesional de Derecho y Ex Jefe del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas en la misma casa superior de estudios. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; y actual Regidor de la Municipalidad Provincial de Huamanga – Ayacucho.

¹ Kai Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2da edición actualizada y revisada, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, p.33.

² Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 103.

Funciones y Características de la Impunidad	
La impunidad como ausencia de castigo	La ausencia de castigo tiene tres dimensiones o ámbitos; el no ejercicio de la acción penal (impunidad penal), la no condena moral (impunidad moral) y el no conocimiento de la verdad (impunidad histórica). Desde esta perspectiva, también se considera la condena moral y la memoria como formas de castigo, ampliando los límites del ejercicio de la acción penal y la privación de la libertad.
La impunidad como acto de violencia	La impunidad no es solo la ausencia de castigo; un acto de omisión o negligencia de la justicia. La impunidad penal, moral e histórica es un acto de violencia; directa, visible, racional, instrumental, con interés. De aquí que la impunidad no sea un efecto de la violencia mediado por una omisión, sino un acto en sí de carácter violento, en tanto acto y como comportamiento.
La impunidad como contexto	La impunidad, además de ser un acto, es una situación, un microcontexto que posibilita la comisión de delitos y violaciones a los derechos humanos por parte del Estado. La impunidad necesita así de un contexto; sin embargo este no le es externo, sino que el propio contexto donde se lleva a cabo la impunidad es también la propia impunidad, de tal forma que no podemos desligar al acto de su contexto.
La impunidad como cultura	La impunidad también es un conjunto de instituciones, hábitos, , creencias, actitudes y comportamientos que perpetúan las injusticias, los delitos, las violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad. Es también el ámbito de la Ley, de la prohibición social que es internalizada, lo cual nos lleva a suponer que si la impunidad es cultura, su introyección se vuelve necesaria, constituyéndose como un mecanismo psíquico de poder y control.
La impunidad como control social	La impunidad tiene una función política. Envía el mensaje de que se haga lo que se haga, los agresores nunca van a ser procesados, enjuiciados y castigados, por lo que es una forma de inducir el miedo colectivo, la inmovilidad y la apatía social. La impunidad es pues, un mecanismo de cohesión social, una ley obscena que sirva para diferenciar a los violadores a partir de la abyección y con el fin de anular al otro como disidente del poder hegemónico. De aquí que la impunidad cumpla un papel político en términos de los discursos hegemónicos que dictan y delimitan las formas de organización social

3. Clasificación de las formas de impunidad.

Los diversos aspectos que asume el fenómeno complejo de la impunidad, dificulta diseñar una clasificación sistemática, sin embargo, de manera metodológica Kai Ambos propone tres niveles de diferenciación de la impunidad, siendo los siguientes:

1) En un **primer nivel**, tenemos la diferenciación entre impunidad normativa y fáctica. "Por *impunidad normativa* se entiende toda impunidad, que tenga su origen directa e inmediatamente en normas, especialmente disposiciones sobre amnistía e indulto. La *impunidad fáctica* es, por el contrario, el resultado de mecanismos fácticos que prohíben una persecución penal y sanción penal."

2) En un **segundo nivel**, el concepto de impunidad se encuentra vinculado a dos puntos de referencia formales. "De una parte se puede relacionar con los hechos punibles perseguibles (diferenciación jurídico material) y, de otra parte, con la etapa en la que se encuentra el proceso (diferenciación procesal)."

3) En un **tercer nivel** se puede considerar la impunidad como expresión de los problemas estructurales de las sociedades analizadas.

Otra forma de diferenciación es la impunidad en un **sentido amplio y restringido**. La impunidad en sentido **amplio** van a estar relacionados con los hechos subordinados al derecho penal general, mientras que impunidad en sentido **restringido**, va a estar referido (sólo) a la violación de los derechos humanos universalmente reconocidos, es decir, a la ausencia de sanción por la violación de derechos humanos.¹¹

Otra forma de clasificación es la que efectúa

Gutiérrez¹², quien diferencia cinco formas diversas de impunidad en sentido amplio:

- *Impunidad de hecho*, por la ausencia de denuncia de los hechos punibles;
- *Impunidad investigativa*, por una deficiente actividad de investigación;
- *Impunidad por congestión*, debida a la sobrecarga de la justicia penal;
- *Impunidad legal*, por reglas procesales o legislación procesal;
- *Impunidad delictuosa*, por el desarrollo de actividades delictivas en contra de las partes procesales.

Además de estas formas de impunidad, otra que aporta Kai Ambos, es cuando nos dice que se puede hablar de una forma posterior de impunidad, que no ha sido examinada ni manifestada por Gutiérrez, y es en el caso en que no exista *compensación y reparación* de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Su fundamento estriba en que investigaciones y condenas penales representan por regla general una condición legal previa, o bien, fáctica para la reivindicación de una compensación (civil). De esta manera, siendo que la reparación presupone el deber de perseguir y sancionar a los autores, se llega a concebir que la impunidad contraviene directamente *el deber de reparar adecuadamente toda vez que se haya ocasionado una violación a los derechos humanos*.¹³

Otra forma de clasificación propuesta por María Cristina Bottinelli¹⁴, quien al abordar la impunidad como ausencia de castigo, señala que se pueden distinguir tres tipos:

- **Impunidad penal**, la define como la prolongación de una situación de injusticia ejercida contra las personas víctimas de un crimen de lesa humanidad, producto de un inadecuado marco normativo, ausencia de investigación, no ejercicio de la acción penal,

11 Ver Kai Ambos, *ibíd.*, pp.35-36. "Impunidad, en sentido amplio, implica la no persecución penal de conductas (acciones y omisiones), que encuadran en principio en el derecho penal nacional material y que pertenecen a la criminalidad común, pero que – por razones más bien fácticas que normativas – no resultan castigadas." (p.35) "Impunidad en sentido restringido significa, como ya se expresó, la ausencia de sanción por la violación de derechos humanos." (p.36)

12 Citado por Kai Ambos, *ibíd.*, p.39-40.

13 *Ibíd.*, p.40. Sobre este aspecto, es importante resaltar la recomendación que nos da Kai Ambos cuando señala "Esta visión procesal de la impunidad hace evidente que existe una interdependencia entre la prevención y el castigo de violaciones a los derechos humanos así como la compensación de las víctimas. Si se quiere combatir en su integridad la impunidad se debe propender por un mejoramiento en todos estos campos." (p.41)

14 María Cristina Bottinelli, *La impunidad como crimen de lesa humanidad*, *ibíd.*, p.197-204.

mala integración de la averiguación, parcialidad de los jueces, entre otros. "La impunidad penal representa el paradigma de la impunidad, ya que se lleva a cabo en el ámbito de la procuración e impartición de justicia de las instituciones del Estado." Es la negación al acceso a un procedimiento legal y a la restitución del Estado de Derecho, dejando sin efectividad la aplicación de la ley.

- **La impunidad moral**, "es la complicidad social que se produce por la ausencia de sanción moral, la cual se ejerce a través del silencio, la negación, la minimización del hecho y la culpabilización a las víctimas." La impunidad moral complementa la impunidad penal.

- **La impunidad histórica**, "Se plantea como un acto de borramiento simbólico a través de los discursos y mitos institucionalizados (verdad oficial) sobre un crimen de lesa humanidad ejercido por el Estado". Se realiza a través del olvido, la tergiversación de los hechos, la negación y la mentira institucionalizada. Bajo este mecanismo, el Estado oculta y distorsiona los hechos y hace prevalecer el discurso de los victimarios, negando la voz a las víctimas, desconociéndolas y enviándolas al olvido. El olvido se constituye una política oficial, y el encubrimiento en el borramiento de la realidad simbólica, no solo la negación de los hechos, sino la negación existencial de las propias víctimas-testigos.

Es el componente político de la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, que se expresa en la ideología de "perdón y olvido", como legalización de la injusticia y la legitimación de la impunidad.

4. La impunidad normativa.

La impunidad normativa o también denominada como impunidad legal, está referido a la dación de normas que tienen el

propósito de ocasionar la impunidad, ya que su finalidad es generar una renuncia a la potestad persecutoria del Estado frente a graves violaciones de derechos humanos.

Para Bottinelli "La impunidad normativa tiene su fuente en la norma jurídica que conlleva a una renuncia expresa o extinción por parte del Estado, del ejercicio de su potestad punitiva en cuanto a su pretensión o sanción."¹⁵

Esta renuncia al ejercicio del ius puniendi, tiene un doble origen: una primera forma de presentación, es la dación de una norma jurídica dictada con posterioridad a la comisión de las conductas criminales, cuyo propósito o finalidad es poner fin a la acción persecutoria del Estado, generando el archivamiento de las causas penales, como ocurre con las leyes de amnistía o las leyes de autoamnistía; o por otro lado, otra forma de presentación, se da con la emisión de normas jurídicas promulgadas con anterioridad al hecho criminal, como son los mecanismos de prescripción de la acción penal y otras acciones excluyentes de acción penal¹⁶, en ambos supuestos, el propósito es generar la renuncia o extinción del ejercicio de la potestad persecutoria y sancionadora del Estado, conllevando a la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos.

Esta forma de impunidad ha sido condenada por los órganos internacionales de protección de derechos humanos. En el sistema universal, **Comité de Derechos Humanos** estableció que:

"La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos y, por lo tanto, viola el art.

¹⁵ María Cristina Bottinelli. La impunidad como crimen de lesa humanidad. En "Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales." Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2007, p.191.

¹⁶ *Ibid.*, p. 191.

2º del Pacto (...)"¹⁷

Así también, en nuestro sub sistema regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

"son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de la responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos"¹⁸.

5. La impunidad como problema estructural.

Los estudios de Amnistía Internacional sobre el fenómeno de la impunidad en la región de Latinoamérica, atribuye la impunidad en esta parte de la región a problemas históricos de desarrollo:

"La práctica de la impunidad... se enraíza en la historia de graves desigualdades y autoritarismo en la región; en el uso históricamente selectivo de los estándares de derechos humanos como un instrumento de política de guerra fría y seguridad nacional; en la herencia de las reglas militares y la escasez de reformas políticas y judiciales desde el retorno a la democracia. En las Américas, el hecho de que los violadores de derechos humanos escapen de la justicia resulta de la persistencia de factores estructurales..."

Esta realidad de nuestra región latinoamericana, nos debe llevar a reconocer que "detrás de la falta de respuesta del Estado al fenómeno criminal, se halla enquistada una forma de "injusticia estructural", es lo que conocemos como situaciones de impunidad

estructural.

Los rasgos característicos de esta forma de "injusticia estructural", se dan en un contexto donde "la impunidad es inherente a una problemática sociopolítica, que representa una imagen de las relaciones socioeconómicas y políticas de una sociedad "subdesarrollada".

La impunidad comprendida en este sentido implica en todo caso ausencia de protección, especialmente de la población no privilegiada, por cuanto ésta no se puede dar ninguna protección privada. Conduce además a un descrédito de la justicia, cuyo revés es una creciente desconfianza del pueblo respecto de las instituciones estatales."¹⁹

Para Bottinelli "La impunidad estructural proviene de un conjunto de factores endógenos o exógenos que afectan el deber de la justicia penal, a pesar de la existencia de un sistema jurídico capaz de lograr la reacción penal o un ejercicio del ius puniendi. Estos factores conllevan a que el Estado adopte conductas omisas, evasivas o negligentes respecto a la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos."²⁰

Entre los factores endógenos se pueden considerar dos factores:

- La elaboración de una legislación especial para juzgar determinados delitos. Respecto a este factor, en el sistema interamericano tenemos el **Caso Castillo Petruzzi**, donde la Corte IDH señaló que "El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe

¹⁷ Documento ONU CCPR/C/79/Add.67, párrs. 8, 9 y 10.

¹⁸ Caso Barrios Altos vs Perú, párrafo 41.

¹⁹ Kai Ambos, *ibid.*, p.42-43.

²⁰ María Cristina Bottinelli. La impunidad como crimen de lesa humanidad. En "Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales." Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2007, p.193.

conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia."²¹

- Otro factor, es la insuficiencia de la actividad investigativa en casos de violaciones a los derechos humanos y la falta de cooperación de diversas autoridades en su esclarecimiento. Sobre este aspecto, la Corte IDH ha establecido los presupuestos que comprende el "*deber de investigar*" como parte del deber de penalización de los Estados parte del sistema interamericano, estableciendo que "debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad."²²

6. Efectos de la impunidad.

El fenómeno de la impunidad tiene efectos devastadores en las sociedades y en las personas o familiares que han sufridos violaciones de sus derechos humanos, ya que el elevado nivel de la "impunidad" refuerza la violencia y las violaciones de los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto al binomio derechos humanos – persecución penal, comprobamos que "La existencia de mecanismos normativos de impunidad lleva a la cuestión – conocida en las discusiones sobre la finalidad de la pena – de la relación entre ausencia de persecución penal y la perpetración de hechos punibles (violatorios de derechos humanos). Si se parte del hecho de que la impunidad quita la credibilidad en la pena y del derecho penal en general, su efecto preventivo (general o especial) se puede

formular la *tesis* de que la impunidad posibilita, o más bien facilita, violaciones de derechos humanos, ya que el autor de la violación no es responsabilizado penalmente."²³

Además, la impunidad tiene efectos negativos en la subjetividad personal y colectiva de una sociedad. "Si los responsables de graves violaciones a los derechos humanos no han sido procesados ni castigados, a nivel de la subjetividad personal y social se vive en amenaza constante de desamparo, que tiene un impacto desestructurante en el psiquismo. El Estado, como representante simbólico del pacto social y la ley, se ha mostrado inoperante y con ello se resquebraja la confianza en la base personal que permite la inserción social de los individuos; y en la base social que permite la convivencia entre las personas."²⁴

7. Conclusión.

Como se puede comprobar, el fenómeno de la impunidad genera grandes y graves desequilibrios en el orden democrático, presentándose en algunas sociedades como una "injusticia estructural", cuya forma restringida de impunidad es la impunidad legal o normativa, que consiste en la "ausencia de castigo", generando la renuncia o extinción de la acción persecutoria y sancionadora del Estado.

Con este propósito han surgido las denominadas "leyes de impunidad" como las disposiciones de amnistía u otras formas normativas que extinguen o renuncian la acción persecutoria del Estado, dejando en la impunidad las graves violaciones de los derechos humanos.

Pero además, la impunidad también genera efectos en la subjetividad personal de las personas que han sufrido violaciones de sus derechos humanos, generando un impacto desestructurante en el psiquismo y una amenaza constante de desamparo.

21 Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, prs. 128 y 129.

22 Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia 20 de enero de 1989, pr. 188.

23 Kai Ambos, *ibíd.*, p. 43.

24 María Cristina Bottinelli, *ibíd.*, p. 195.

¿Existe el amparo de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional?

Por Godofredo Medina Canchari*

Sumario: I. Introducción, II. Aspectos generales de los procesos constitucionales, III. El proceso de amparo en el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia constitucional, IV. El amparo de cumplimiento, V. Corolario.

I. INTRODUCCION:

No cabe duda que en los tiempos actuales donde el tema de los derechos humanos ha calado en la conciencia de la sociedad, viene impulsándose una corriente de constitucionalización de los derechos de las personas, teniendo como base inspiradora a las bases filosóficas y políticas que dieron origen a la noción de derechos humanos.

Tal situación no resulta ser proterva, mas al contrario reviste una exigencia natural que las concepciones contemporáneas imponen bajo el influjo del neoconstitucionalismo que es la negación del legalismo.

Bajo ese eje conceptual, los derechos fundamentales (derechos humanos en el contexto internacional), no se erigen como un simple derecho subjetivo que corresponde universalmente a todas las personas sino como verdaderas pretensiones morales positivadas válidas en todo tiempo y espacio por si mismas con independencia de la ley.

Desde esa perspectiva, no es difícil asumir una comprensión unívoca de considerar que la defensa de los derechos fundamentales en tanto pretensiones morales, corresponda ser afrontada a través de garantías reales y no artificiales o espurias, es decir, mediante mecanismos de defensa capaz de envolver el derecho y garantizar su integridad.

II. ASPECTOS GENERALES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

No es concepto de reciente data ni tampoco de muy antaño que la Constitución es el cimiento de todo el orden jurídico y con una virtualidad jurídica aplicable para resolver las relaciones jurídicas surgidas en el seno de la sociedad o las relaciones interpersonales. Tal concepción responde a la idea que la Constitución es una realidad conformadora, es una estructura dinámica que posee una fuerza normativa irresistible, o como dijera Recasens Siches la Constitución es historia y es fuerza humana.

El maestro mexicano Héctor Fix Zamudio, con la autoridad académica que le es reconocida, afirma con mucha precisión que las normas que conforman la Constitución y las instituciones previstas en ella son lo suficientemente elásticas para no unidimensionalizar el tejido social y esclerotizar. El mensaje proclamado es claro y contundente y es que los procesos constitucionales en tanto conquista de la democracia e institución de defensa de la dignidad y la libertad humana es dinámica y emprendedora. Esta característica no es un simple eufemismo sino responde a la necesidad de legitimar el actuar del Estado en el contexto de la defensa de los derechos fundamentales, a cuyo propósito está asignado los denominados procesos constitucionales libertarios como es el proceso de amparo.

Los procesos constitucionales como el anotado línea arriba, son procesos especiales contemplados para la protección de los derechos fundamentales o constitucionales y

* Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga y Juez del Juzgado Constitucional de Huamanga del distrito judicial de Ayacucho

nada más, y ofrecen una tutela diferenciada por la urgencia con la que deben restablecerse el derecho vulnerado o amenazado y se rigen a un procedimiento breve, rápido y simple. Estas son las notas que diferencian de los otros procesos judiciales que son solemnes y llenos de seguridad hasta por exceso.

El proceso de amparo es un mecanismo judicial previsto por el legislador constituyente para proteger los derechos de las personas que no son atendidos por el proceso de hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, como tal se erige en el proceso más conocido, más usado y diríamos incluso el más deseado, pues se mira a él y se deposita en él – en última ratio – la defensa de los derechos fundamentales.

III. EL PROCESO DE AMPARO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

El objeto del presente artículo no es ofrecer la gama de definiciones asignadas legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente al proceso de amparo, sino tiene por propósito hacer una descripción del contenido y alcance previsto en el texto constitucional (Art. 200.2) y el Código Procesal Constitucional, y a partir de ella buscar un espacio de reflexión para saber de buena tinta de si el objeto del proceso de amparo comprende también al cumplimiento de un acto administrativo cuya omisión implique la vulneración de un derecho de relevancia constitucional.

Lo anotado no obsta hacer un breve comentario que el proceso de amparo es un mecanismo judicial previsto por el legislador constituyente para proteger los derechos de la persona que no son atendidos por el hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, como tal se erige en el proceso más conocido, más usado y diríamos incluso el más deseado, pues se mira a él y se deposita en él – en última ratio – la defensa de los derechos

fundamentales.

La Constitución en su artículo 200.2 proclama "La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, (...)".

La primera impresión que subyace del texto normativo citado es que la Constitución ha optado por una tesis amplia, al establecer que el proceso de amparo protege los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados a través de actos comisivos u omisivos, es decir, mediante la realización de un hecho en concreto o una simple omisión. Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, la omisión consiste en la abstención, en la inactividad o simplemente en la dejación de decir o hacer algo al que se está obligado jurídicamente (falta a las obligaciones).

De esta manera, la Constitución entiende que la vulneración de un derecho fundamental puede tener origen en la indiferencia de la autoridad o funcionario público o un particular frente a las situaciones que reclaman su intervención, y que frente a esa situación el amparo es instituido como un proceso digno y plausible.

La violación por omisión a cuyo ámbito está dirigido este apartado, se puede producir – a nuestro juicio – cuando hay un absoluto silencio, indiferencia o inactividad de llamado a decir o hacer algo. Entendido así, la omisión se presenta como un comportamiento o una actitud capaz de ser puesto a la par que la acción, por cuanto ambas son manifestaciones de conducta humana de interés para el Derecho, en este caso, de la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, textos normativos que para enfrentar tales categorías conductuales ha contemplado y diseñado un proceso especial como el amparo

capaz de ofrecer una respuesta urgente y diferenciada.

A partir de esas consideraciones se sostiene que el proceso de amparo tiene una triple conformación. Primero es un procedimiento cautelar porque persigue substanciar la abstención de la ejecución de los actos que de realizarse o materializarse redundan en la vulneración ilegítima e inconstitucional de los derechos fundamentales, segundo, el amparo es un procedimiento de cognición, porque persigue el examen de los hechos a partir de la evaluación o ponderación de los hechos alegados por las partes del contradictorio constitucional, y tercero, es un proceso de ejecución porque a través de él se persigue la ejecución de algo que debe decirse o hacerse. Ciertamente, la triple conformación no se entiende en que el proceso de amparo comprenda simultánea o copulativamente las tres formas, ya que hay proceso de amparo planteado con la finalidad de buscar la abstención de la comisión del acto lesivo, en cambio hay otros procesos en el que el objeto se circunscribe a la restitución del derecho vulnerado que se desarrolla sobre la base de un procedimiento de cognición. Asimismo, si la demanda se plantea con el objeto que se ordene la ejecución de algo cuya omisión resulta lesiva a un derecho fundamental, es obvio que se trata de un proceso de ejecución.

Estas particularidades que relacionada con la experiencia jurisdiccional considerada como la madre de la sabiduría, nos lleva a plantear la existencia de tipos de amparo que son:

1. Amparo reparador
2. Amparo innovativo
3. Amparo preventivo
4. Amparo residual
5. Amparo directo
6. Amparo excepcional – contra resoluciones judiciales
7. Amparo contra normas legales
8. Amparo contra laudos arbitrales

9. Amparo contra amparo o habeas corpus o hábeas data

10. Amparo de cumplimiento

El amparo de cumplimiento, es una modalidad que consideramos tiene égida legal en la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, porque está referido a la vulneración de un derecho fundamental por omisión de un acto de cumplimiento obligatorio, similar a la inconstitucionalidad por omisión, cuyo desarrollo será abordado en el ítem siguiente.

IV. EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO

Es un dicho académico que antes de dar un concepto sobre un tema poco conocido, es planteando un caso que ubique mentalmente al lector o auditorio en un escenario figurado o supuesto. En ese contexto, considero que el ejemplo que nos puede introducir en el tema planteado es el siguiente.

Asumamos que "X" es una persona que al término de su ciclo laboral ha cesado en la entidad donde prestó servicios por más de 30 años, y como consecuencia de ello la entidad a través de una resolución administrativa firme le reconoció el derecho de percibir una mesada mensual como pensión de cesantía, no obstante ello, la entidad no cumple con abonarle la pensión de cesantía por más de 6 meses.

Este ejemplo gráfica literalmente una conducta omisiva de parte de la entidad, pues habiendo reconocido el derecho pensionario y establecido su obligación de abonarle mensualmente la pensión de cesantía no lo hace. Aquí, por tanto, estamos frente al incumplimiento de un acto respecto del cual la entidad está obligada a cumplirla de manera ineludible y obligatoria.

En ese escenario, podría pensarse que el

mecanismo idóneo para hacer que la entidad cumpla con el pago de la pensión de cesantía otorgada mediante resolución administrativa firme es el proceso de cumplimiento, que está previsto para lograr que la autoridad renuente cumpla con lo dispuesto en el acto administrativo firme. Y efectivamente puede hacerlo. Sin embargo, nada obsta que "X" en tanto beneficiario y titular del derecho a la pensión contenido en el acto administrativo, frente a la actitud omisiva pueda recurrir en reclamo constitucional a través del proceso de amparo solicitando el cumplimiento del acto administrativo respecto del cual está obligado hacerlo.

Aquí el proceso de amparo es de naturaleza ejecutiva, pues su objeto está orientado a lograr la ejecución de un acto de cumplimiento obligatorio, cuya omisión resulta lesiva a un derecho fundamental como es el derecho a la pensión.

Vista así las cosas, el amparo de cumplimiento es una modalidad verificable en los artículos 1° y 2° del Código Procesal Constitucional, con mayor nitidez en el artículo 2°, supra, donde se halla establecido que el proceso de amparo procede cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio.

Desde luego, la comprensión de dicho enunciado normativo no puede ir en contra de lo expresado, pues una reflexión en contrario supondría comprimir el ámbito de protección del amparo es claro desmedro de los derechos fundamentales, dado que el avance de los principios constitucionales que es cuestión de natural desarrollo, busca mas bien engrandecer la inteligencia de los procesos constitucionales libertarios en su conjunto, asegurando mejor la realización de los derechos fundamentales y la defensa de la persona humana. Desde luego, no está por demás precisar que este planteamiento tampoco invita a desconocer el carácter

residual del proceso de amparo, menos desnaturalizar su esencia y objeto.

V. COROLARIO

A manera de colofón podría decirse, entonces, que el amparo de cumplimiento es aquel proceso cuyo objeto no el de reponer las cosas al estado anterior, ni de prevenir una amenaza cierta e inminente, sino de lograr el efectivo acatamiento de un acto de cumplimiento obligatorio, y cuya omisión resulta lesiva a un derecho fundamental tutelado o reclamado por el proceso de amparo.

Esta aproximación conceptual se condice con la definición jurisprudencial del amparo (en general), que es concebido como aquel proceso destinado a dar solución eficiente a situaciones de hecho ocasionados por actos u omisiones que implican transgresión o amenaza de un derecho fundamental. La regla general de procedencia es la comprobación efectiva de la vulneración o amenaza en concreto.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS INTERDICTOS POSESORIOS

Por N. Raúl Palacios García¹

Un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico
o del hecho material de donde él deriva, Solo la
prueba vivifica el derecho y lo hace útil
Planiol y Ripert².

1. CONCEPTO

La valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquella para formar su convicción sobre la existencia de los hechos controvertidos en el proceso³.

La valoración de la prueba, es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria y es definida por el insigne Maestro Devis Echandía como: "Como la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducir de su contenido"⁴. La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados, y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio⁵.

La apreciación o valoración de la prueba, es la actividad exclusiva del juez que realiza después, que todos los medios probatorios han sido producidos para llegar al convencimiento, entendido el mismo como un proceso mental a través del cual asimila estímulos producidos por los factores externos y resulta de este proceso la formación de una convicción racional personal creada libremente sobre la existencia o inexistencia de hechos reales⁶. Palacio⁷ define la valoración de la prueba

como: "El acto mediante el cual el órgano judicial se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquella para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso".

Gimeno Sendra⁸ precisa que la valoración de la prueba practicada es la operación final del procedimiento probatorio encaminada a la obtención por el juzgador de una convicción sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones normalmente fácticas, solo extraordinariamente jurídica, que integran el *thema probandi*.

Jordi Nieva Fenol⁹ define como: "La actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso" y citando Nack relievra que: "La valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional muy importante y extraordinariamente compleja, que puede ser muy fácilmente víctima de la superficialidad de una labor judicial mal llevada a cabo. No se trata de la actividad esencial del proceso, puesto que en no pocos la discusión entre las partes es simplemente sobre la interpretación del Derecho, no suscitándose cuestión probatoria alguna, sobre todo en el ámbito", (Cuestiones de puro derecho¹⁰) La referida actividad esencial es, en realidad, el juicio

1 Profesor Fundador en 1977 de la Facultad de Derecho de la UNSCH. Vocal Superior cesante y Ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho (1992- 1997). Desempeñó los cargos de Decano de la Facultad de Derecho, Director de la Escuela Profesional de Derecho, Jefe del Departamento Académico de Ciencia Jurídica. Director del Centro de Proyección Social de la Facultad y otros.

2 Eminentes juristas franceses y tratadistas de Derecho Civil.

3 José Rodríguez Espejo, *La dinámica de la libre apreciación de la prueba en la jurisdicción civil*. Citado por Sentis Melendo, Santiago. *La prueba*. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, 1979. Pág. 240.

4 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Quinta edición. Víctor P. De Zavallía – Editor. Buenos Aires, 1981. Pág. 287.

5 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltran. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2008. Pág. 132.

6 GOZAÍNI, Osvaldo A. *Elementos de derecho procesal civil*. Ediar. Argentina, 2005. Pág. 320.

7 PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Abeledo – Perrot. Argentina, 1999. Tomo IV. Pág. 411.

8 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*. Parte General. Editorial Colex Madrid, 2007. Tomo I. Pág. 416.

9 NIEVA FENOLL, Jordi. Op. Cit. Pág. 34.

10 Si el demandado admite los hechos expuestos en la demanda, pero desconoce, en cambio, los efectos jurídicos que el actor les ha asignado, el juez debe de declarar la cuestión de puro derecho. La cuestión de puro derecho no depende de la inexistencia de hechos controvertidos, pues puede haberlos y la dificultad versa sobre la valoración de pruebas agregados a los autos, en cuyo caso tampoco cabe la apertura a prueba. Sin embargo, siempre que el juez verifique que no quedan hechos susceptibles de prueba, corresponderá la declaración de puro derecho y conferir un nuevo traslado por su orden, con lo que el juicio quedará concluso en definitiva. De Santo, Víctor. *Diccionario de derecho procesal*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1991. Pág. 87.

jurisdiccional en su conjunto y, en el mismo, la valoración de la prueba no es más que un episodio importante, pero que no siempre aparece.

Por su parte Hurtado Reyes¹¹ considera que la valoración de la prueba es: "Una de las actividades más delicadas que realiza el juez en el proceso, está referida a la valoración de la prueba, de esta actividad fundamentalmente cognitiva que realiza el juez dependerá el resultado final del proceso. La actividad de valoración de la prueba está vinculada de manera muy estrecha al deber de motivación que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones. A esta actividad que le es exclusiva al juez y es la más importante en el proceso".

Ledesma Narváez¹² dice: "Por apreciación o valoración de la prueba se entiende el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medio probatorio explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ella aportó para resolver la causa.

Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencias ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir¹³.

En suma, la valoración de la prueba, es la actividad que realiza el juzgador en forma racional, sobre la base de un raciocinio y no en forma casual o arbitraria; sino sobre elementos objetivos utilizados en la credibilidad de la prueba actuada en el proceso, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y a la que se integran las máximas de la experiencia y los principios de la lógica y también la libre convicción del juez.

Los medios probatorios actuados, que forman una unidad actuados, serán apreciados por el juzgador en forma conjunta y de estos solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

1.2. JURISPRUDENCIA

I. Principio de unidad del material probatorio
El principio de unidad material probatorio, establece que todos los medios aportados al proceso forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados, confrontando uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme". Casación N° 810-2004-Arequipa, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30.09-05. Fuente: Hurtado Reyes. Op. Cit. Pág. 624,

II. En la sentencia solo se expresan las valoraciones esenciales y determinantes
En la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión, es decir, pese a que la ley obliga a los magistrados a valorarla prueba en forma conjunta, a la vez les concede la facultad o potestad e plasmar en su fallo solo las pruebas esenciales que sustenten su decisión. Casación N°2428-2006-La Libertad, publicada el 31.05.07. Fuente: Hurtado Reyes. Op. Cit. Pág. 624.

III. La valoración de la prueba implica, la justificación lógica y razonada de la decisión jurisdiccional
Una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios de las partes; por tanto una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hechos o in factum (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma) y la motivación de derecho o in jure (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma). Casación N° 5080-2006-Arequipa. Fuente:

11 HURTADO REYES, Martín. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Idemsa. Lima Perú, 2009. Pág. 623.

12 LEDESMA NARVÁEZ. *Comentarios al código procesal civil*. Gaceta Jurídica. Lima, 2008. Tomo I. Pág. 723.

13 COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Roque Depalma editor. Buenos Aires, 1958. Pág. 257.

Hurtado Reyes. Op. Cit. Pág. 624.

IV. En la valoración de la prueba son expresadas las esenciales y determinantes (...) *el colegiado afirma que valorará las pruebas en forma conjunta pero, de otro lado, indica que no tiene obligación de referirse a todas ellas. Al respecto, es preciso establecer ciertas diferencias: no es lo mismo valorar en forma conjunta y razonada de la prueba, que consignar de manera expresa en la decisión final las pruebas que sirven para sustentar el fallo; lo primero se circunscribe dentro.*

2. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Las modalidades de valoración de la prueba se canalizan, en la teoría del proceso por tres sistemas: las pruebas legales o prueba tasada, el de libre apreciación o libre convicción y el de la sana crítica. Esta división tripartita no es pacíficamente aceptada por todos y, mientras otros sostienen que solo existen dos formas de valorar la prueba judicial¹⁴; para mejor comprender exponemos los sistemas enunciados.

2.1. EL SISTEMA DE LA PRUEBA TASADA

El sistema de la prueba tasada o legal responde, en sus primitivos orígenes, a un pensamiento mítico o supersticioso del antiguo Derecho germánico, con arreglo al cual determinados medios probatorios, realizados ante una supuesta intervención divina, debían causar <<prueba plena>>.

Dicho sistema permaneció vigente a lo largo de toda la Edad Media, siendo potenciado en el proceso penal hasta límites de inhumanidad durante la hegemonía del absolutismo (S. XV-XVIII). Se caracterizaba, de un lado, por la

existencia de medios de prueba claramente privilegiados, cuyo resultado debía el juez apreciar en cualquier caso (éste era el caso de la confesión, que era la *regina probatorum*), y, de otro, por la discriminación que debía realizar el juez con los testimonios de quienes habían de prestarlos en función de su status social (el del noble hacía <<prueba plena>>, el del ciudadano libre <<semi plena probatio>> y el siervo estaba incapacitado para deponer como testigo, debiéndolo hacer por él <<su Señor>> y así, en otras situaciones¹⁵

En la evolución de este sistema, la prueba legal se humaniza y democratiza promulgándose cuerpos legales como el código de procedimientos civiles de 1912 que eliminó las limitaciones y exclusiones anotadas.

En consecuencia, el sistema de la prueba tasada o prueba legal establecía que la ley señalaba, por anticipado, al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio¹⁶. Tan exacto es Chiovenda cuando afirma: "El legislador se sustituye al juez; esto es, sentencia el legislador; con respecto a esas pruebas legales, al menos, no hay casos particulares sino reglas generales; si el dicho de un solo testigo carece de valor, será inútil que el juez se empeñe en atribuírselo; para ello, hará falta también una norma legal; o la confesión judicial hace prueba plena, el sentenciador ha de aceptar sin discusión. El legislador le otorga un valor probatorio determinado a cada medio de prueba, señalándole al juez, la fuerza vinculatoria en la sentencia.

En este sistema de la prueba tasada o pruebas legales, la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio¹⁷. Ese valor anticipado es impuesto al magistrado sin que importe el grado de convencimiento que le

14 "Algunos han querido darle a la exigencia de que el juez deba fallar "razonadamente" el especial significado de que tiene obligación de explicar las razones de su apreciación, es decir, de motivar su decisión. Nada más equivocado. Se confunde el proceso interno de convicción del juez, que debe ser razonado, crítico, lógico, con la exposición o publicación de él, que son las motivaciones del fallo: fallar razonadamente es tener en cuenta las reglas de la sana crítica: lógicas, Experimentales, psicológicas, sea que exista o no la obligación de dar a conocer ese proceso interno de convicción (...) De lo que se deduce: que no existen en realidad sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas en el proceso: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el juez, denominación ésta que es la más aconsejable; que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología, la sana crítica, y no arbitraria, requisitos que no es necesario exigirlos expresamente". DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba civil*. Tomo I. Op. Cit. Pág.99-91.

15 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración*. Parte General. 2º Edición. Editorial Colex. Madrid, 2007. Pág. 46.

16 IBIDEM. Op. Cit. Pág. 268.

17 COUTURE. Op. Cit. Pág. 268.

produjo en el caso concreto que debe juzgar¹⁸. Con el advenimiento del nuevo Código Procesal Civil de 1993 se superó este sistema adoptando el de la apreciación razonada, fundada en las reglas de la sana crítica.

Adviértase que en este mecanismo no existe valoración alguna, porque ella fue anticipada. Tampoco se obtiene convicción, porque el juez solo confronta hechos con pruebas legales, y si existe ajuste, debe descartar la utilidad del raciocinio¹⁹. Esta prueba legal suprime el valor de la eficacia y la prioridad racional de los medios de prueba, la validez legal se impone a la validez racional de los medios de prueba, sin importar cuál de ambos define mejor en un momento dado la eficacia del medio.

Este sistema se basaba en largas y complejas listas de reglas detalladas que establecían el peso de cada medio de prueba específico. En consecuencia, al juez le quedaba poca o nula discreción en la valoración de la prueba: solo tenía que sumar los valores de las pruebas positivas y negativas acerca de cada hecho mediante una especie de cálculo algebraico. La decisión quedaba determinada mediante una operación: una suma que diera un valor positivo más alto determinaba la <<verdad>> del enunciado sobre los hechos, mientras que una suma que diera un valor negativo mayor determinaba la falsedad²⁰.

Devis Echandía²¹, considera que dentro del sistema de la tarifa legal, la altísima función y la sagrada misión del juez quedan a merced de los errores o las habilidades, lícitas o ilícitas, de los abogados litigantes. Solo con las facultades inquisitivas y libertad de apreciar la prueba, puede ser el juez dueño de su función y verdadero responsable de sus resultados, ya que así no tendrá que limitarse a reconocer al vencedor, tenga o no realmente la razón, haya o no justicia en su sentencia. Como ya dijimos, en un sistema rigurosamente dispositivo y con tarifa legal, no es verdad que el juez, administre justicia de acuerdo con la ley, sino que

reconoce la que las mismas partes obtienen por su propio esfuerzo.

Algunos autores reconocen las bondades de este sistema, porque facilita mayor confianza en la justicia, libra a las sentencias de toda sospecha de arbitrariedad; suple la falta de versación, experiencia e ignorancia de los jueces y seguir las prescripciones del legislador.

Devis Echandía²², hace notar que no puede negarse que el sistema de la tarifa legal trajo ventajas, no solo en momento de su implementación, sino durante mucho tiempo, debido a la escasez de jueces preparados en la ciencia del derecho y sus complementarias, lógica y la sicología. ¿Pero son realmente ventajas que todavía solo pueden obtenerse con ese sistema?

Creemos –puntualiza el citado Maestro- que la confianza del pueblo en las sentencias de sus jueces, lo mismo que en su imparcialidad y rectitud, depende más de la calidad humana de estos funcionarios que de la bondad del sistema legal que aplican, porque, como dijimos al estudiar el problema de la "justicia y jueces", citando a Sentís Melendo, si bien se requieren normas procesales que sean aptas para el adecuado funcionamiento del órgano jurisdiccional, la justicia es "un problema de hombres, más que de leyes. La arbitrariedad de los jueces no se impide con una regulación legal minuciosa de la prueba, sino con una sólida formación moral en ellos, pues de lo contrario ya encontrarán supuestas razones jurídicas para darle apariencia de legalidad a su prevaricato; las mejores posibilidades de acierto radican en su preparación profesional, sumada a la obligación de explicar los motivos de su convicción y a la revisión por el superior en segunda instancia y en casación. La organización moderna solo puede estructurarse teniendo como base la confianza en los jueces.

La vigencia de la prueba tasada o tarifa legal

18 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Tercera edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, 2008. Pág. 108.

19 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal civil*. Ediar. S.A. Argentina, 1992. Tomo I, Volumen 2. Pág. 635.

20 TARUFFO. *La prueba*. Op. Cit. Pág. 134.

21 DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit. Tomo I. Pág. 289.

22 DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit. Tomo I. Pág. 91.

motivó que surgieran severas objeciones, a saber:

1) Mecaniza o automatiza la función del juez en tan importante aspecto del proceso, quitándole personalidad, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándolo a aceptar soluciones en contra de su conocimiento lógico razonado.

2) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal, por la cual la doctrina suele hablar de que el proceso civil está condenado, cuando rige la tarifa, a tener como la declaración de la verdad formal y no de la verdad real; denominación aquella que, como hemos dicho, es inapropiada e ilógica, porque la verdad es o no es, y en esa hipótesis se trata de considerar como verdad lo que puede ser apenas apariencia de verdad

3) Como consecuencia de ello, se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia, se convierte el proceso en una justa aleatoria, propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética; se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas y se olvida que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para la cual es indispensable que la aplicación de aquel a los casos concretos, mediante el proceso responda a la realidad y se haga con justicia. O hay duda que con este sistema es más fácil de obtener esa finalidad²³.

2.2. SISTEMA DE LA PRUEBA DE LIBRE APRECIACIÓN

En el análisis del sistema de la libre valoración de la prueba, Taruffo²⁴ explica que: "El sistema de la prueba legal colapsó por razones principales. Una fue la cultura filosófica de la Ilustración, que se deshizo de los viejos conceptos de racionalidad para abrir camino a nuevos métodos de razonamiento. La otra tiene que ver con los profundos cambios institucionales de la estructura del

poder judicial y del estatus y la función del juez. El sistema de la prueba legal se basaba en una falta de confianza generalizada en los jueces, ya que a menudo –en especial en los tribunales de primera instancia, donde se determinaban los hechos– eran ignorantes, corruptibles y corruptos y resultaba, por ello, peligroso dejar las decisiones a su criterio. El nuevo juez creado después de la Revolución Francesa, y de las reformas napoleónicas, es un funcionario del Estado entrenado profesionalmente y un decisor neutral y responsable; por lo tanto, ya no es necesario evitar que el juez tenga una amplia discreción en su resolución sobre los hechos. La combinación de tales factores conduce a un nuevo principio general acerca de la valoración de la prueba, esto es, el <<principio de la libre valoración>>. El método de una valoración basada en un cálculo de los valores numéricos predefinidos fue abandonado y reemplazado por una concepción completamente diferente de la valoración de la prueba. El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas: tiene que determinar el valor probatorio de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso a caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto de litigio, sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponible".

Couture²⁵ precisa que la *libre convicción*, debe entenderse, por tal, aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.

Conforme a este sistema, los órganos

23 DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit. Tomo I. Pág. 94.

24 TARUFFO. *La prueba*. Op. Cit. Pág. 134-135.

25 COUTURE, Eduardo J. Op. Cit. Pág. 273.

jurisdiccionales no están sujetos a reglas que les indiquen el valor asignado a cada medio de prueba, sino que, por el contrario, gozan de un amplio y libre criterio para formar en su conciencia la realidad de los hechos discutidos a la luz de las pruebas aportadas.

En este sistema, el juez tiene la libertad de calificar el valor de cada prueba producida en el proceso, sin reglas que le determinen un camino a seguir. "La eficacia la consigue de su pleno raciocinio, sin tener; el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de la que fuesen esenciales y decisivas para el fallo de la causa"²⁶.

Este sistema no postula tomar el camino de la arbitrariedad ni olvida las reglas que dictaminan la lógica, la experiencia. Tampoco significa que el juez pueda eximirse de motivar las decisiones que profiere y abstenerse de someterlas a un proceso de revisión ante jueces superiores a través de mecanismos de la doble instancia. Ni es cierto que, rigiendo el sistema de la libre apreciación, puede el juez tener en cuenta conocimientos personales que no se deriven de las pruebas aportadas al proceso. Por el contrario, no se eliminan con el sistema de la libre apreciación aquellas supremas garantías que deben rodear a todo el proceso judicial y que se erigen en prudentes válvulas del influjo personal del juzgador²⁷.

Bajo este sistema, el juez es libre para elaborar su convicción respecto de las pruebas del proceso, nada lo releva de la obligación constitucional de motivar su decisión y explicar el contenido de su pensamiento, así como también observar las formalidades legales para la admisión y actuación de las pruebas que expresan las garantías del debido proceso.

Son notas características del sistema de la libre convicción:

a) El juez no tiene parámetros previo o apriorísticos establecidos en la norma procesal

para valorar las pruebas.

b) La tarea del juez al valorar es más bien libre: usa su capacidad crítica propia personal para determinar la certeza de los hechos importantes del proceso. Al ser libre la actividad el juez le concede valor a cada medio de prueba tomando en cuenta el caso en concreto. No puede usar su apreciación personal aislada de las pruebas aportadas.

c) Juzga los hechos litigiosos determinando cuál de ellos según su apreciación crítica, razonada y lógica, apoyada además en máxima experiencia y psicología se encuentran probados, favoreciendo tal convencimiento al que llegó a la posición de una de las partes.

d) El juez tiene la libertad de formarse convicción con el análisis que realiza del material probatorio aportado por las partes u oficiosamente.

e) La convicción (convencimiento de la verdad de los hechos) a la que llegó el juez con el análisis del material probatorio debe ser transmitido a las partes de forma adecuada: razonada y lógica, desterrando cualquier tipo de arbitrariedad.

f) Debe ser operado este sistema por jueces debidamente preparados y honestos, que entiendan lo fundamental que es la actividad de valoración de la prueba en el proceso²⁸

2.3. SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

Entre los dos sistemas: el de la prueba legal o tasada y el de la libre apreciación, que representan los dos polos opuestos en el tema de la apreciación de la prueba se halla el sistema de la sana crítica. "Mientras, en el primero, el juez realiza la función de computadora, ajustándose a las directrices expresadas en la ley y, el segundo, la libertad

26 GOZAÍNI, Op. Cit. Pág. 637.

27 IGLESIAS, Op. Cit. Pág. 64.

28 Hurtado Reyes, Op. Cit. Pág. 612.

en la valoración por el juez; es tal que puede conducir a la "dictadura judicial", el de la sana crítica es un sistema de apreciación de la prueba por el juez caracterizado por el hecho de que tal ponderación no es tan libre, pues se halla sometida a reglas (de la sana crítica) que son normas de criterio fundadas en la lógica y la experiencia²⁹.

Lo característico de este sistema de valoración de la prueba radica en que, del silogismo en que se resuelve esta operación mental, la premisa mayor, que es una máxima de la experiencia, es determinada por el juez. Esto conduce a una valoración razonada, motivada y responsable³⁰.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas intervienen las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez.

"El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".

Taruffo³¹ precisa que la sana crítica es un estándar flexible referido a la sensatez del juzgador, que obliga a este a ponderar la prueba rendida con criterio adecuado a las leyes de la razón humana (lógica).

Las reglas de la sana crítica, no son más que el conjunto de criterios normativos, aun cuando no dé carácter jurídico, pero que sirven al hombre normal en una actitud prudente y objetiva que permite dar un juicio de valor acerca de una cierta realidad, o bien el comportamiento del juzgador que debe

responder a las leyes de lógica formal que reposan sobre los principios de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y razón suficiente respondiendo el razonamiento a las máximas de la experiencia³².

Sentís Melendo³³, al concluir el tema de la valoración de la prueba dice: "La denominada prueba legal no es tal prueba porque, además de su carencia de libertad, en todos los aspectos procesales de ella, no constituye una verificación que conduzca a un resultado, sino que constituye la imposición directa de ese resultado al juez cualquiera que sea su convicción con la imposibilidad, no solo de apartarse de él, sino de seguir otros itinerarios que los señalados por el legislador con camino hacia él".

En el sistema de la prueba de libre apreciación, el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso, sin reglas que le determinen un camino a seguir, sino en base a la lógica y las reglas de la experiencia, a la que se llama convicción razonada.

En el sistema de la sana crítica, llamada también de persuasión racional, cuando el juez le asigna el valor que considera el correcto a las pruebas del proceso, para lo cual debe basarse, fundamentalmente, en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Ello quiere decir que la valoración debe estar enmarcada en criterios de razonabilidad, en máximas de experiencia que aporta el juez y en los conocimientos técnicos que forman parte de su formación³⁴.

Gozaíni³⁵ asevera que: "El concepto de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo. No habiendo hoy día prácticamente discusión en cuanto a que son fundamentalmente los elementos que la componen: i) la lógica con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa solo puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen

29 GLADIS E. DE MIDÓN Y MARCELO MIDÓN S. MIDÓN. *La valoración de la prueba*. Tratado de la Prueba. Coordinador – Director. Librería De la Paz. Argentina 2007. Pág. 112.

30 MONTEROAROCA. *La prueba en el proceso civil*. Cuarta edición. Thomson – Civitas. Editorial Aranzadi. España, 2005. Pág. 555.

31 TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Citado por Rojas, Jorge. En *Tratado de la Prueba*. Op. Cit. Pág. 212

32 BACRE, Aldo. *Teoría general del proceso*. Abeledo – Perrot Buenos Aires, 1992. Tomo III. Pág. 108.

33 SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones Jurídicas Europa – América. EJEA. Buenos Aires, 1979. Cit. Pág. 252.

34 HURTADO Reyes. Op. Cit. Pág. 620.

35 GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*. Ed. La Ley. Buenos Aires 2009. Tomo IV. Prueba – alegatos. *Conclusión de la causa – sentencia*. Pág. 238.

y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativamente, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y ii) las máximas de experiencia o "reglas de la vida", a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas. A ello agregaríamos iii) los conocimientos científicamente afianzados (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y iv) la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que se distingue a este sistema de la libre o íntima convicción".

De lo expuesto, la sana crítica no resta la libertad al juez pero lo limita para evitar su posible arbitrariedad. La libre apreciación de la prueba y la sana crítica, no son conceptos incompatibles, más bien se identifican y complementan, puesto que esa libertad del juez para lograr la convicción mediante una prudente apreciación de la prueba, es similar en ambos casos.

La libre apreciación de las pruebas, reconoce en nuestro ordenamiento procesal, el marco legal de la "sana crítica", concepto que comprende la necesidad de valorar los distintos medios, explicando las razones que han tenido el juez para formar su convicción al ponderar con un sentido crítico la variedad de pruebas. Por ello, también, no está obligado a analizar todas las pruebas producidas en el expediente, sino únicamente las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa³⁶.

Las reglas de la sana crítica, aunque no definidas expresamente en el Código Procesal Civil³⁷ en vigor, se advierte los elementos que caracterizan a este sistema: la apreciación razonada, la unidad de la prueba y la relevancia de los medios probatorios, "referido

a la libertad de selección y valoración de cada prueba"³⁸; excluyendo la discrecionalidad absoluta del juzgador. El juez tiene la libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas aportadas por las partes. El sistema, le exige al juez determine el valor de las pruebas haciendo el análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicte su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano, que lo conduzca al descubrimiento de la verdad, por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio.

Sin lógica no puede valorarse las pruebas aportadas y actuadas en el proceso civil. Finalmente, concluye el insigne Maestro Eduardo Couture³⁹ que la sana crítica es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos, que la arbitrariedad del magistrado, podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuado sus demasías (...). El método de la sana crítica satisface plenamente las exigencias del proceso civil moderno.

3. LAS MÁXIMAS O REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Las máximas o reglas de la experiencia, es el caudal cultural del juez, el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido a través de su experiencia de la vida, lo que le permite apreciar o valorar la prueba, es decir, son normas de valoración de la prueba, que no requieren ser probadas, ya que el magistrado las aplicará oficiosamente en su sentencia, por ejemplo, la función del sereno es cuidar los bienes materiales en el horario nocturno. Estas reglas no son necesarias alegarlas ni probarlas, ya que el juez las

36 BACRE, Aldo. Op. Cit. Tomo III. Pág. 109.

37 Art. 197.- Valoración de la prueba

Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

38 LEDESMA NARVÁEZ. Op. Cit. Tomo I. Pág. 187

39 COUTURE. Op. Cit. Pág. 276.

aplicará en su sentencia, porque emanan del obrar y diario vivir de las personas⁴⁰. En el mundo del proceso, reglas de la experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee⁴¹. Un conjunto de conclusiones empíricas fundadas sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, y susceptibles de adquirir validez general para justipreciar las pruebas producidas en un proceso⁴².

Las máximas de la experiencia serían apenas, un segmento de las reglas de la sana crítica en tanto estas últimas se conforman por la mixtura de dos ingredientes: los principios de la lógica y el conocimiento de la vida y de las cosas que posee el magistrado⁴³.

Morello, Sosa y Berizonce ilustran aportando una síntesis de fallos. En todos ellos, se concluyó que están exentos de prueba, pues acudiendo a las reglas de la experiencia pueden ser admitidos, los siguientes hechos:

- a) La colisión de un automotor produce una serie de daños en la cosa, que se encuentran en relación directa con la fuerza del impacto o violencia del golpe.
- b) Cuando dos automóviles chocan, los rastros o huellas del impacto se observan en el lugar o lugares donde se produjera la colisión. Y, desde luego, en cuanto mayor es la velocidad que desarrollan los vehículos, mayores son las consecuencias dañosas, pues la gravedad del daño está en relación directa con aquella.
- c) Cuando un automóvil es el embestidor, ofrece dañada la parte frontal, en tanto el automóvil embestido presenta los daños en la

parte trasera o lateral⁴⁴.

Estos standards jurídicos o máximas le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo o máximas o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios, inclusive, el dictamen de peritos cuando advierte que hay contradicción con ellas, ya porque las conozca y sean comunes, v. gr., los actos se inspiran en móviles o porque se las suministre el perito técnico⁴⁵.

Devis Echandía precisa que ve, en las máximas o reglas de experiencia, no un objeto de prueba judicial, sino normas para orientar el criterio del juzgador directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por tanto, que se las explique, ni que se dictamine si tienen aplicación en concreto) o del experto o perito que conceptúa sobre los hechos del proceso e indirectamente del juez (cuando se requieren conocimientos especiales).

4. APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

Establece el Art. 197 del CPC, que: Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión.

El principio de la unidad de la prueba regula la norma⁴⁶. La valoración de la prueba, no es sino la exposición de un resultado global de las pruebas actuadas y apreciadas en su totalidad;

40 BACRE, Aldo. Op. Cit. Tomo III. Pág. 35.

41 PARRA QUINAJÓ, Jairo. *Reglas de la experiencia*. En: La Prueba en el Proceso Judicial. Coordinador Eduardo Oteiza. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2009. Pág. 155.

42 COUTURE, J. Eduardo. Vocabulario jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1976. Pág. 402.

43 MIDÓN, Marcelo Sebastián. *El objeto de la prueba*. En: Tratado de la Prueba. Op. Cit. Pág. 152.

44 MIDÓN. Op. Cit. Pág. 154.

45 "El razonamiento del juez en gran parte no está regulado por normas ni está determinado por criterios o por factores de carácter jurídico. Es preciso entonces darse cuenta del hecho que el razonamiento del juez está inevitablemente inmerso en el sentido común, que constituye –junto con el derecho– un contexto imprescindible de él. Aunque sucede con frecuencia, constituye un error esencial de perspectiva, sustraer el razonamiento del juez de este contexto, haciendo abstracción de él para verlos como simple esquema lógico puesto en el vacío. Este, por tanto, depende en gran medida del sentido común: *es context-laden* y en la cultura y la experiencia del lugar y del tiempo de la decisión. Se puede decir incluso con buenas razones que el sentido común está por todas partes en el razonamiento del juez, no es solamente su fondo como la lámina dorada de las ilustraciones medievales, sino que constituye también una parte importante de la materia de la que se sirve el juez, y le provee un repertorio de formas argumentativas y de esquemas interpretativos que él utiliza para su razonamiento. Sin embargo, como es sabido, la noción de sentido común es tan difusa como indeterminada e imprecisa. Es muy difícil definirlo incluso por sus numerosas connotaciones filosóficas, sociológicas y hasta antropológicas, de tal manera que no es posible dar una definición acaba sobre el tema". Michel Taruffo. Citado en: "¿Y quien dijo que el sentido común no tiene carta de ciudadanía en el derecho procesal?... El sentido común, las máximas de la experiencia o reglas de la vida y la función del juez.

46 LEDESMANARVÁEZ. Op. Cit. Tomo I. Pág. 723.

"el resultado conjunto y articulado de todas las pruebas actuadas, pero sobre la base de un previo análisis singular de cada uno de los medios"⁴⁷.

En la apreciación conjunta de la prueba, el juez, debe fundar su decisión final en todos los medios probatorios actuados, mas no puede basarse en una sola prueba con exclusión de las demás.

Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso, tomados en su conjunto"⁴⁸.

Íntimamente vinculado al sistema de la sana crítica y por consiguiente, al deber de motivación ínsito en la garantía del debido proceso, postula que los jueces, al valorar las pruebas rendidas "deben abstenerse de merituar cada medio probatorio en forma aislada, fragmentada, esto es, realizar un análisis particular e independizado de las restantes evidencias. Y deben, por el contrario, deducir una convicción racional del conjunto de los elementos incorporados a la causa"⁴⁹.

Dicho de otro modo, la prueba debe ser valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos"⁵⁰. Los medios probatorios forman una unidad, y como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme"⁵¹.

Desde un punto de vista crítico apunta Montero Aroca"⁵²: "La llamada apreciación conjunta de la prueba radica básicamente en llegar a establecer los hechos probados, no tomando

en consideración y valorando cada uno de los medios de prueba en sí mismos considerados, sino atendiendo el conjunto de todos los medios practicados. La pretendida justificación de esta apreciación conjunta suele referirse a que la convicción judicial no puede formarse atendiendo al examen aislado de cada medio de prueba, sino que ha de referirse al complejo orgánico, articulado lógicamente, de todos los medios de prueba. Observa el citado autor, que esta forma de valoración conjunta de la prueba facilita la no motivación de las sentencias, en cuanto en ellas no se ponen de manifiesto las máximas de la experiencia que llevan al juez a conocer credibilidad a una fuente de prueba y a negársela a otra". "Sin embargo, el mismo tratadista, conviene que existen algunos casos en los que la misma, no es solo admisible, sino necesaria"⁵³.

Serra Domínguez"⁵⁴ considera que la apreciación conjunta de la prueba debe ser, por tanto, interpretada con la mayor cautela. Evidentemente, el juez debe fundarse en todos los datos probatorios para fundar el juicio de hecho de su sentencia, sin que pueda basarse en uno solo, con exclusión de los restantes.

Jiménez Conde"⁵⁵ dedica un amplio estudio a la apreciación en conjunto de la prueba, llegando a conclusiones, compartido por muchos tratadistas entre ellos: Montero Aroca, Serra Domínguez entre otros, y que se centran en los siguientes puntos:

1º. La apreciación en conjunto no excluye la necesidad de razonar y motivar adecuadamente el juicio de hecho de la sentencia.

2º. La apreciación en conjunto puede significar la concurrencia entre varios medios de prueba que se complementan o la incidencia de unos medios de prueba sobre otros, en cuyo caso es perfectamente lícita.

47 ORTELLS RAMOS, *Manual de derecho procesal civil*. Editorial Aranzadi. Thomson Reuters. España 2010. Pág. 377.

48 DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. Tomo I. Pág. 306.

49 Jurisprudencia Argentina. Cám. Nac..., Sala B, 24/04/91. ED 147-482; Cám. Nac. Civ. Sala D, 24/06/88, ED 133-759. Fuente: Tratado de la Prueba. . Op. Cita. Pág., 100.

50 MIDÓN, Op. Cit. Pág. 100.

51 CAS. Nº 261-99 ICA. EL "PERUANO", 31/08/99. Fuente. LEDESMANARVÁEZ. Op. Cit. Tomo I. Pág. 728.

52 MONTERO AROCA. Op. Cit. *La prueba en el proceso civil*. Pág. 571.

53 IBIDEM. Cit. Pág. 574

54 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de derecho probatorio*. Communitas Lima, 2009. Pág. 82.

55 JIMÉNEZ CONDE. *La apreciación de la prueba*. Citado por Serra Domínguez. Op. Cit. Pág. 83.

3º. Igualmente, es posible la apreciación conjunta de la prueba en el supuesto de conflicto o contradicción entre los resultados de varios medios de prueba de libre convicción, o entre los resultados de varios medios de prueba de valoración tasada. En el primer caso, no se plantean problemas; en el segundo, el conflicto de reglas legales las hace totalmente inaplicables".

En nuestro caso, no hay ningún temor en el sistema adoptado por nuestro Código Procesal Civil, en lo referente a la valoración por el juez de los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; no relevándolo al juzgador del deber que tiene, por mandato constitucional de motivar las sentencias (Art. 139, Inc. 5º de la Constitución Política del Estado).

4.1 Jurisprudencia:

I. La prueba y la unidad del material probatorio.

Uno de los principios que sirven de pauta para la valoración de la prueba es el de la unidad del material probatorio, según el cual los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, "confrontándose uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia", con la finalidad de que la decisión sea una síntesis de la totalidad de los medios de prueba y de los hechos que pretendieron acreditar. Cas. Nº 3328-Camaná. *El Peruano*, 31-08-2001. Fuente: Código Civil. Jurista Editores. Lima noviembre 2009. Pág. 519.

II. La prueba debe valorarse con una adecuada motivación.

La prueba debe ser valorada por el juzgador según las reglas de la sana crítica, es decir, de conformidad con las reglas de la lógica, psicología y la experiencia, dándole a cada uno de los medios probatorios el valor que se considere, tiene con una adecuada motivación y apreciándolas en su conjunto, lo que está de acuerdo con el interés público del proceso, con la búsqueda de la verdad real y

con la aplicación de la justicia. Cas. Nº 2307-2000-Ayacucho. *El Peruano*, 05-11-2001. Fuente: Código Civil. Jurista Editores. Lima, noviembre 2009. Pág. 519.

III. En la apreciación razonada de la prueba el juzgador procede conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia común.

La apreciación razonada está emparentada con el hecho que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos, ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en la libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia común, se trata de un convencimiento lógico y motivado, basado en elementos probatorios objetivos. Cas. Nº 2558-2001-Puno. "El Peruano. 01-04-2002. Fuente: Código Civil. Jurista Editores. Lima 2009. Pág. 519.

IV. La prueba se valora de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

El juez, en la sentencia, debe proceder a la reconstrucción de los hechos con cuyo propósito actúa como lo haría un historiador, analiza las declaratorias, examina los documentos, aprecia las pericias, establece presunciones, utiliza los estándares jurídicos, aplicando, para ello, su apreciación, razonamiento o las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia o inexistencia de los hechos por la parte actora y demandada. Cas. Nº 2550-99-La Libertad, "El Peruano", 11/07/2000. Fuente: Marianela Ledesma. COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Tomo I. Gaceta Jurídica Lima, 2008. Pág. 728.

V. En la valoración conjunta de la prueba se expresan la unidad del bagaje probatorio y las reglas de la sana crítica.

Si el derecho a probar, como establece el artículo 188 del Código Procesal Civil, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o

inexistencia de los hechos afirmados por las partes, resultaría "una garantía ilusoria y meramente ritualista" si el juzgador no apreciara adecuadamente (razonablemente) el material probatorio, dando lugar a una sentencia irregular o arbitraria, la cual consumiría un estudio parcial, ilógico o inequitativo el caudal fáctico; en particular, si prescinde de una visión de conjunto y correlacionada de la prueba, no traduciendo, por ende, una apreciación crítica de ella, y que una labor aislada de las probanzas, sin integrarlas ni armonizarlas en su conjunto, padecerá de arbitrariedad. En consecuencia, para no incurrir en dicha arbitrariedad debe recurrirse a dos instrumentos básicos que tienen que ver con el principio de "debida valoración": el criterio de unidad del bagaje probatorio y la sana crítica (valoración razonada del juez), a efecto de determinar si la sentencia expedida por la Sala Superior, ha observado el principio antes mencionado atendiendo los cargos admitidos. (Cas. N° 261-99-ICA. 20/07/99. Fuente: ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL. Boletín Mensual. Pioner Jurisprudencia 2003 – 2004. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica Lima, 2004. Pág. 5).

VI. En la apreciación razonada de la prueba utiliza el estándar jurídico y las reglas de la sana crítica.

El juez en la sentencia, que es la forma como se exterioriza la decisión jurisdiccional, debe proceder a la reconstrucción de los hechos, con cuyo propósito actúa como lo haría un historiador, analiza las declaraciones, examina los documentos, aprecia las pericias, establece presunciones, utiliza los estándares jurídicos, aplicando para ello su apreciación razonada, o como también se llama las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por la parte actora y la demandada (...). Que en esa labor, el juez está sujeto a dos restricciones, solo puede tomar en cuenta los hechos alegados por las parte, aún (sic)

cuando él pudiera tener otro conocimiento, y solo puede referirse a la prueba actuada, sea por iniciativa de las partes o de oficio. (CAS. N° 2787-99/Lima. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fuente: JURISPRUDENCIA DE DERECHO PROBATORIO. Alberto Hinostroza Mínguez. Gaceta Jurídica. Lima, 2000. Pág. 138).

VII. En el proceso civil el material probatorio, se rige por la unidad de la prueba.

El colegiado absuelve el agrado y confirma la apelada que declara infundada la demanda, sin embargo, ninguno de los fundamentos que la sustentan hace referencia al expediente solicitado, no obstante, que fue incorporado al caudal probatorio con el objeto de mejor proveer (...) Que, por consiguiente, se ha infringido el principio de unidad del material probatorio, por el que se entiende que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios ofrecidos, sean de parte o de oficio, criterio jurídico previsto en el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, y que no se ha tomado en cuenta por la recurrida. (CAS. N° 1671-98/Ayacucho, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fuente: COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ. Gaceta Jurídica, 2008. Tomo I. Pág. 732).

VIII. El juez en la valoración de la prueba realiza el análisis comparativo de los medios probatorios actuados.

La valoración de todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, se interpretará no como obligación de hacer referencia genérica. Ni siquiera específica, únicamente, de los mismos, sino significará la elaboración de un análisis crítico refiriéndose específicamente a cada prueba presentada y realizando un análisis comparativo de las mismas provenientes de ambas partes. (Exp. N°

49244, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. LEDESMA NARVÁEZ, Marianela. Jurisprudencia Actual 4. Gaceta Jurídica. Pág. 729).

5. POTESTAD DE VALORAR LAS PRUEBAS DETERMINANTES QUE SUSTENTA LA DECISIÓN DEL JUEZ

En su segunda parte el Art. 197 del Código Procesal Civil, dispone: (...) sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones y determinantes que sustentan su decisión.

Quien asume la posición de actor en la defensa de la posesión, debe probar, ante todo, la propia posesión actual y generalmente anual, hasta el momento del despojo o la perturbación sufrida. En caso que trate de acción de reintegración (interdicto de recobrar), la prueba del despojo ocurrido, y de que el mismo es obra de aquel a quien se cita como demandado en el juicio de reintegración, o bien la persona encargada por él, aun cuando, en este caso no sea él el autor material del despojo. En el caso del interdicto de mantenimiento o retener, el actor debe proporcionar la prueba, sobre la posesión actual y efectiva y en qué consisten los actos materiales de perturbación posesoria. No es necesaria, en cambio en ambos interdictos, la prueba de la titularidad del derecho, porque lo único que se discute es el hecho de la posesión: estos es, el derecho de posesión (ius possessionis) o en su caso, el derecho a la posesión (ius possidendi)⁵⁶.

Esta excepción se funda en la relevancia de los medios probatorios: la inspección judicial, pericial y la testimonial mantienen una conexión lógica con los hechos; facultando al juzgador excluir la prueba no relevante; de tal manera, la decisión jurisdiccional tiene que sustentarse en el resultado de esta, por la relevancia lógica realizadas en base de las alegaciones de las partes.

5.1. JURISPRUDENCIA

I. Por la relevancia de los medios probatorios en los interdictos, el juez valora aquellos que dan sustento su decisión.

Los jueces no tienen la obligación de referirse a todas las pruebas en sus resoluciones, sino a las que dan sustento a su decisión. Cas. N° 1730-2000-Lima. "El Peruano" 01-04-2002. Fuente: Código Civil. Jurista Editores. Lima, 2009. Pág. 519.

II. Por la relevancia de los medios probatorios, se valoran aquellos que resulten trascendentes para dirimir la controversia.

En materia procesal existe una premisa legal tanto para amparar como para desestimar una pretensión, la misma se encuentra contenida en el Art. 196 del Código Procesal Civil; que habiendo fijado la Ley Procesal a quien corresponde la carga de probar, cabe precisar que todos los medios probatorios aportados por las partes al presente proceso son valorados por el juzgador utilizando su apreciación razonada, conforme lo prescribe el artículo 188 del citado Código Procesal. Sin embargo, dicha valoración no obsta para que al decidir la litis solo sean determinantes aquellos que resulten trascendentes para dirimir la controversia, en atención a lo que prescribe el artículo 197 del mismo ordenamiento que recoge el principio de unidad de la prueba. Cas. N° 153-2001-Lima. Primera Sala Civil Suprema Permanente, 28/03/2008. Fuente: MARIANELA LEDESMA. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2008. Pág. 715.

III. Al valorarse los medios probatorios no necesariamente tienen que referirse a todos los actuados en el proceso.

De conformidad con el artículo 197 del CPC el juez valora todos los medios probatorios en forma conjunta empleando su apreciación razonada, mas en la resolución solo refiere aquellas que sean determinantes

⁵⁶ "La idea enunciada por Montero Aroca de que el proceso civil es el reino del documentos, mientras el penal lo es del testigo, nos permitimos agregar, la de los interdictos posesorios: la inspección judicial y la pericial, cada uno de ellas llevan el enunciado de su importancia, conforme a la naturaleza del derecho discutido". PALACIOS GARCÍA, N. Raúl. *La defensa judicial de la posesión*. Por publicarse. Pág. 358.

para sustentar su decisión, apreciándose que el colegiado superior al expedir la recurrida señala los medios probatorios en que se sustenta para determinar el juicio de hecho y el derecho aplicable al caso. Eso significa que no necesariamente tiene que referirse a todas las pruebas actuadas en el proceso. Cas. N° 403-2008-Lima Norte. Primera Sala Suprema Permanente, 19/03/2008. Fuente: Marianela Ledesma. COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Tomo I. Gaceta Jurídica Lima, 2008. Pág. 727.

IV. El juez al resolver la causa solo expresará las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

(...) El colegiado afirma que valorará las pruebas en forma conjunta pero, de otro lado, indica que no tiene obligación de referirse a todas ellas. Al respecto, es preciso establecer ciertas diferencias; no es lo mismo valorar en forma conjunta y razonada de la prueba, que consignar de manera expresa en la decisión final las pruebas que sirven para sustentar el fallo; lo primero se circunscribe dentro de la esfera subjetiva del magistrado, pues se trata de una actividad mental, mientras lo segundo se despliega en el ámbito objetivo y constituye la exteriorización y concreción de esa actividad. El artículo 197 del CPC, diferencia ambos cuando señala textualmente: Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando la apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión", es decir, pese a que la ley obliga a los magistrados a valorarla la prueba en forma conjunta, a la vez les concede la facultad o potestad de plasmar en su fallo solo las pruebas esenciales que sustenten su decisión. Casación N° 2428-

2006-La Libertad, publicada el 31.05.07. Fuente: HURTADO REYES, Martín. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Idemsa. Lima, 2009. Pág. 624.

V.- El juez al resolver la causa no tiene la obligación de expresar los detalles que realizó, sino expresar los elementos relevantes que dan sustento a su decisión.

(...) el artículo 197 del CPC crea la exigencia en el juzgador de mérito de realizar una íntima apreciación y valoración de todos los medios probatorios, válidamente actuadas por las partes en el proceso, pero ello no le obliga a expresar en detalle todas las operaciones mentales que realizó, sino que solo debe expresar los elementos relevantes que dan sustento a su decisión, lo que crea concreción en materia probatoria. Cas. N° 552-99/San Román, Salas Transitoria, Corte Suprema de Justicia. Fuente: Marianela Ledesma. Comentarios al Código Procesal Civil TI. Gaceta Jurídica Lima, 2008. Pág. 729.

6. LA SENTENCIA EN EL INTERDICTO POSESORIO

La decisión jurisdiccional que recae en los interdictos protege con carácter interino la posesión, que es neutralizado por quien ostenta el derecho a la posesión mediante la acción petitoria (reivindicación).

El fallo pronunciado en un interdicto puede servir de base para alegar la usucapión cuando haya transcurrido el tiempo suficiente para ganarla por prescripción y alegarla en el procedimiento reivindicatorio; o solicitar al órgano jurisdiccional para que, por mandato judicial, se le declare titular del derecho de propiedad por ejercer la posesión por más de 10 años, esto es, por prescripción adquisitiva de dominio.

La sentencia que se dicta en los interdictos resuelve solo y únicamente sobre la posesión momentánea, independiente de que tenga o carezca del derecho de poseer, esto es, no solo

el titular del derecho (propietario, arrendatario, comodatario, etc.) que sea poseedor de buena fe; poseedor de mala fe; que la posesión sea justa o injusta, o que el poseedor haya adquirido de un modo clandestino o violento, o sea, quien tenga un poder sobre el bien o cosa y, aun con riesgo de proteger al usurpador.

La doctrina al exponer los fundamentos de la protección posesoria se pregunta: ¿Por qué se protege la posesión? La interrogante tiene diversos planteamientos:

a) Así un sector dice: que la protección posesoria significa la protección de la personalidad, porque la posesión es una condición del desarrollo de la personalidad, por la cual el verdadero sustrato jurídico del título posesorio consiste en vedar o impedir que se turbe arbitrariamente dicho desarrollo.

b) En opinión de IHERING⁵⁷ la posesión se protege como una exteriorización de la propiedad. "En definitiva, la protección de la posesión es un complemento necesario de la protección de la propiedad. Se produce una facilitación de la prueba en favor del propietario, exonerándole de demostrar su título por el mero hecho de ser poseedor, aunque ello obligue a favorecer en ocasiones también a los no propietarios".

e) En opinión de STAL⁵⁸ el fundamento de la posesión reside en: la defensa de la paz jurídica y el mantenimiento provisional del <<statu quo>>, lo mismo que la propiedad cumple una función dentro del destino general del patrimonio. Sirven para la satisfacción de las necesidades humanas por medio de las cosas. Conviene, sin embargo, concederle una protección diferente de la estricta protección del derecho de propiedad. No se trata de garantizar la cosa en sí misma, sino de garantizar un estado de hecho. En la posesión existe un reglamento provisional, pero que interesa económicamente mantener. Por ello, se debe presionar contra todo lo que haga

cesar arbitrariamente este estado de hecho". HERNÁNDEZ GIL, expone que el fundamento de la protección, reside en la función social de la posesión, la posesión es una exigencia de la necesidad y de la libertad. En el sistema capitalista, la posesión puede constituir el contrapunto humano y social de una propiedad a la par concentrada y despersonalizada a través de las generalizaciones económico-jurídicas que son el patrimonio, el capital, el crédito o el dinero. La razón de ser de la posesión, su sentido institucional –añade– se encuentra por tanto e lo que aparta de la propiedad, en primero que la corrige y excluye.⁵⁹

Advertida las razones y los fundamentos del por qué se protege la posesión con carácter provisional, se entiende que la decisión jurisdiccional que ampara la posesión, no conduce a la cosa juzgada por ser esta una decisión judicial provisional, admitida pacíficamente por la doctrina y uniformemente por la jurisprudencia.

Para Salvat⁶⁰ los interdictos, son solo la reglamentación práctica de las acciones posesorias. Agrega que la sentencia que se dicte carece de la autoridad de cosa juzgada. No prejuzga dicho fallo sobre el derecho a la posesión, ni obsta para que el juicio petitorio se pronuncie una resolución contraria. Sin embargo, habrá de ser cosa juzgada en otro juicio posesorio, salvo que, en el nuevo juicio se ventile una posesión de calidad distinta y, naturalmente, si interviene persona distinta.

Por otra parte Planiol – Ripert y Picardi⁶¹, refiriéndose a las acciones posesorias y a los interdictos, afirman que lo resuelto en ambas no constituye título ni cosa juzgada oponible en el juicio petitorio.

El profesor Cuadros Villena⁶² refiere que los efectos de la sentencia en los interdictos posesorios, en el que el actor cuya pretensión posesoria ha merecido la tutela jurisdiccional:

57 IHERING. Citado por DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho patrimonial*. Vol. II. Las Relaciones Jurídico – Reales. El Registro de Propiedad – La Posesión. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1983. Pág. 459.

58 STHAL. IBIDEM. Op. Cit. Vol. II. Pág. 459.

se encuentra por tanto en lo que se aparta de la propiedad, en primero que la corrige y excluye⁵⁹.

59 HERNÁNDEZ GIL. IBIDEM. OP. CIT. Vole. II. Pág. 459.

60 Citado por CASTAÑEDA. Op. Cit. Tomo I. Pág. 154.

61 IBIDEM. Pág. 154

62 CUADROS VILLENA. *Derechos reales*. Teoría de los Bienes – Teoría de la Posesión. Segunda Edición. Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1994. Pág. 395.

"No podrá invocar la cosa juzgada, si se promoviese el petitorio sobre el mejor derecho a la posesión o si plantease la reivindicación en ejercicio del derecho de propiedad".

Castañeda⁶³ citando a Carnelutti explica, que las acciones posesorias dentro de la nueva procesalística denomina "proceso cautelar", que para él se divide así: proceso cautelar conservativo y proceso cautelar dependiente. En relación a la primera expresa que, a su juicio, las razones por las que los litigios deberán ser provisionalmente arreglado mediante el mantenimiento del estado de hecho son fundamentalmente, una que consiste en la eliminación de la defensa privada, por lo que se tiene que; si un estado de hecho; no es conforme a derecho el cambio de dicho estado no se puede conseguir, sino por orden del juez; por lo mismo, si el cambio se produce o está por producirse por obra de una de las partes, que quiere hacerse justicia por su propia mano, el orden jurídico afronta los medios para mantener o restablecer el estado de hecho anterior. Así, el proceso de mantenimiento (que para nosotros, sería el interdicto de retener), o el de reintegración (que en nuestro Cód. de Proc. Civ. es el interdicto de recobrar), responden a la necesidad de conservar un estado de hecho, o sea, al arreglo provisional de un conflicto de intereses con respecto al que será el proceso petitorio (por ejemplo, el juicio de reivindicación) el que diga la última palabra.

Carnelutti⁶⁴, el insigne maestro italiano, señala que el proceso cautelar y dentro de él posesorio (interdictos) "no conduce ni a la cosa juzgada ni a la restitución forzosa (proceso ejecutivo): a la cosa juzgada, porque su finalidad no consiste en darle la razón o en negársela a uno u otro de los litigantes, en tanto no tiene por finalidad remediar la lesión de una pretensión; por el contrario, mediante él se trata de crear un estado jurídico provisional, que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional. En virtud del proceso cautelar, la

res no es, pues iudicata, sino arreglada de modo que puede esperar el juicio.

"En materia de los efectos de la sentencia, la naturaleza sumaria de estos juicios consiste, precisamente, en que la sentencia que en ellos recae no produce la plenitud de los efectos de la cosa juzgada. (...) Esta sentencia sí extiende la cosa juzgada al limitado aspecto de la relación jurídica debatida (la posesión), pero, no hacen lo propio a los demás ámbitos de la relación jurídica que no han sido objeto de litigio⁶⁵". La jurisprudencia española ha puntualizado: "La legislación procesal articula, pues, un remedio rápido e inmediato, destinado únicamente a discutir el hecho de la posesión y del despojo o la inquietación, demorando para posterior juicio plenario cualquier controversia que afecte al derecho sobre la cosa"⁶⁶.

Palacio⁶⁷ destaca que en los interdictos: "Dicha sentencia solo adquiere autoridad de cosa juzgada en lo que atañe a la legitimidad o ilegitimidad del desapoderamiento, pero no respecto de los eventuales derechos posesorios de las partes, ya que estos deben ser objeto de una ulterior pretensión real". Finalmente Brugi⁶⁸, en cuanto a los efectos del interdicto de recobrar, anota que: "... el juez reintegra en el estado de hecho que precedió al despojo, no resuelve sobre la posesión legítima; la recuperación no excluye el ejercicio de las demás acciones por parte del poseedor legítimo".

63 CASTAÑEDA. Op. Cit. Pág. 156.

64 CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo I. Introducción y Función del Proceso Civil. Traducción de Niceto Alcalá – Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. UTHEA ARGENTINA. Buenos Aires, 1944. Pág. 387.

65 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil*. II LOS PROCESOS ESPECIALES. Editorial COLEX Madrid, 2007. Pág. 95.

66 IBIDEM. Op. Cit. Pág. 96.

67 PALACIO, Lino. Op. Cit. Tomo VII. Pág. 50.

68 BRUGI, Biagio. *Instituciones de derecho civil*. Citado por Hinostrza Mínguez, Alberto. *Procesos Civiles Relacionados con la Propiedad y la Posesión*.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- EL LENGUAJE JURÍDICO
Cesáreo Rodríguez – Aguilera
- 2.- ÉTICA DE LA ABOGACÍA Y DEONTOLOGÍA FORENSE
Carlos Ferdinand Cuadros Villena
- 3.- EL PROCESO JURISDICCIONAL
Martín Agudelo Ramírez
- 4.- TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
Ugo Rocco.
- 5.- DERECHOS FUNDAMENTALES y PROCESO JUSTO
Reynaldo Bustamante Alarcón.
- 6.- LA FORMACIÓN DEL PROCESO CIVIL
Juan F. Monroy Gálvez.
- 7.- FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL
Eduardo Couture.
- 8.- TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
Osvaldo A. Gozaíni
- 9.- LAS CONDICIONES DE LA ACCIÓN Y EL CÓDIGO CIVIL
Víctor Ticona Postigo

LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DELITO

Mg. OSCAR O. GALVÁN OVIEDO *

Como es conocido, en los últimos 150 años, el planeta ha cambiado, la estructura de su atmósfera e hidrósfera han padecido más cambios que en el tiempo de existencia que lleva.

Se sabe con frecuencia inútil caer en la interminable enumeración de problemas y catástrofes ambientales que soporta nuestro planeta. Describir calamidades no es agradable ni para el que lo cuenta, no para el que escucha o lee, pero únicamente la información y la concientización podría corregir situaciones equivocadas y mitigar sus consecuencias.

Ante este proceso de expoliación y degradación de los recursos naturales, los grupos sociales se impusieron controlar en cierto grado su comportamiento frente a la utilización de diferentes bienes ambientales, a fin de ordenar y armonizar las actividades con el propósito teleológico y subyacente de reconsiderar la importancia del sistema natural como soporte indispensable y determinante de la vida de todos los seres en la tierra.

Se considera contaminación ambiental a la presencia en el medio ambiente, de uno o más contaminantes en cantidades superiores a los límites tolerados por el ser humano, de tal manera que causan un desequilibrio ecológico y dañan la salud y el bienestar del ser humano. La contaminación ambiental se origina generalmente como consecuencia del crecimiento desarticulado, incontrolado de centros de población, áreas turísticas y centros industriales, con el correlativo incremento de las fuentes de contaminación, el deterioro de los recursos naturales y el impacto de algunos fenómenos del mismo tipo, como erupciones volcánicas, tolvánicas, fuga de tóxicos, entre otros problemas.

Por otro lado la industria minera es uno de los sectores económicos más cuestionados en

todo el mundo, por ser uno de los principales causantes del deterioro ambiental, por ello la ciudadanía común y normal obliga a cuestionar su validez, dado que las huellas dejadas son extremadamente visibles, se observa inmensas excavaciones, procesos de subsistencia, contaminación de acuíferos, destrucción de suelos en general.

También el Perú no es sólo un país minero por excelencia, sino tiene una importante actividad pesquera; la inmensa biota que existe en el mar hace que sea uno de los primeros países exportadores a nivel mundial, así la industria pesquera en su proceso de producción produce un alto grado de contaminación en el mar contaminando el medio ambiente del planeta.

Por ello el Estado debe preocuparse del problema de la contaminación, dando leyes severas controlando su cumplimiento y sancionando a los infractores o transgresores, entendiendo que el problema ambiental es un problema que afecta al bien común y a la calidad de vida del ser humano; consecuentemente no puede quedar al libre albedrío de las personas; el bien común es una responsabilidad del Estado como representante del bienestar de todos los ciudadanos, correspondiendo también dicha responsabilidad a los diversos organismos públicos y privados.

En este contexto, desde la perspectiva de la contaminación ambiental como delito, se puede precisar que la preocupación por el ambiente es relativamente reciente, apenas un promedio de 30 a 40 años y su proceso para ser reconocido como Derechos Humanos todavía no ha concluido.

La doctrina especializada hace ya algún tiempo viene señalando que el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho humano y propone su reconocimiento formal tanto en el ámbito

*Decano, Docente Principal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNSCH, Ex Magistrado del Ministerio Público y del Poder Judicial, Magister en Docencia Universitaria, Estudios de Doctorado en Derecho.

internacional y nacional; por eso las figuras delictivas que contiene el actual Código Penal, las normas de carácter administrativo, más la creación del Ministerio del Ambiente, dichas tipicidades fundamentalmente a nivel de delitos resultan sumamente benignas en cuanto se refieren a las sanciones. A consecuencia de ello, vemos con estupor como inmensas zonas forestales, mineras y zonas pesqueras en nuestro territorio nacional vienen siendo dramáticamente depredadas por actividades mal llamadas formales e informales, lucrando indebidamente con los bienes comunes que pertenecen a toda la nación.

Ahora el comportamiento ilícito se ha ido perfeccionando con el tiempo, el hombre se vale de instituciones, organizaciones, de actividades, como son las empresas, las fábricas, que impulsados por una pasión lucrativa y ostentación de un status social provocan alteraciones irreversibles al ambiente, pues se dice o justifican, que son costos inevitables del progreso; por consiguiente uno de los principales agentes de riesgo para los bienes jurídicos, no solamente ambiental, sino también personales como la vida y la salud de nuestros días es la empresa.

Esta es en realidad una organización generadora de riesgos, que se producen en tres momentos inevitables, como es en el propio proceso de producción, con los bienes de producción y con los desechos industriales.

El delito de contaminación ambiental y en general todos los delitos ambientales, no sólo representan un problema jurídico-penal, sino que es algo más que la simple hipótesis típica, es ante todo un problema multidisciplinario, que exige soluciones de corte político y social, desde que las actividades contaminantes son en principio actividades socialmente útiles y apreciables, caracterizada por una constante e inevitable acciones de intereses en conflicto; así solo una mediación constante y regular podría resolver el conflicto.

Por otra parte, los desequilibrios ecológicos provocados por el desarrollo son alarmantes; así los países ricos pretenden limitar el aprovechamiento por parte de los países en

desarrollo de sus propios recursos; es el caso por ejemplo del Brasil obligado a salvaguardar sus selvas inmensas y reducir su aprovechamiento para resguardar el equilibrio climático mundial.

Mientras los países más ricos y más contaminantes pretenden seguir produciendo a casi el mismo nivel a costa del sacrificio de los más pobres, pero menos ecológicamente esquilados; por ello es importante señalar, que la hipocresía ambientalista de los países desarrollados no deja de sorprender si tenemos en cuenta que en ellos sus opiniones públicas exigen medidas de protección del entorno, algunas de las cuales en efecto se han puesto en marcha. Así los EEUU, tan avanzados en protección interna del medio ambiente, no dejan de ser los mayores despilfarradores de los recursos naturales del planeta.

De igual forma concatenando nuestra realidad con el contexto internacional, observamos que la globalización que debiera ser la llave de una planetaria protección de los recursos naturales y del ambiente, se convierte en cambio en una de sus principales amenazas, pues a escala mundial no existen suficientes mecanismos para la preservación de dichos recursos. La globalización económica se extiende de la mano de las multinacionales y éstas prefieren menos protección al medio ambiente, en definitiva la globalización desalienta las políticas ambientales rigurosas.

La criminalización de los delitos ambientales despertó en la ciudadanía la conciencia y valoración acerca de la importancia a fin de proteger nuestro entorno, produciendo una especie de asunción de los valores ambientales, tal como actualmente al menos se pregona la prevención general positiva.

Por estas razones el Derecho Penal Ambiental sumamente benigno, sumado a ello que en el Perú actualmente todavía no se tiene organismos ni profesionales expertos en la materia, como también la falta de conocimientos técnicos en la policía, jueces, fiscales, investigaciones, que en su aplicación casi siempre acaban en absoluciones y condenas de bagatela.

EL DELITO DE OMISION DE FUNCIONES

Por Emilio A. Montes de Oca Begazo*

Nuestro Código Penal de 1991 contiene una serie de figuras delictivas que son aplicadas a toda persona que en forma consciente y voluntaria, las infringe realizando distintas acciones que constituyen un actuar o una abstención, las que están dirigidas a lesionar o poner en peligro el interés jurídico protegido por la norma penal.

Entre el conjunto de conductas que contiene nuestro ordenamiento penal y que atenta contra un determinado bien jurídico, se legisla el delito de omisión de funciones dentro del rubro de los delitos contra la Administración Pública, Capítulo II, Sección Primera, referido a los delitos cometidos por funcionarios públicos. Es sabido que todo funcionario o servidor público está en la obligación ineludible de cumplir con sus funciones y atribuciones que le señala taxativamente la ley y la Constitución. En caso de inobservar la prescripción que se acaba de señalar y de demostrar manifiestamente una actuación contraria a la normatividad correspondiente, estará incurriendo en el delito de omisión de funciones contemplado y previsto en el artículo 377^o de nuestro ordenamiento penal.

El delito de omisión de funciones, entre otras exigencias, para los efectos de su configuración exige que no se trate de cualquier tipo de omisión funcional, sino que la actuación debe ser importante y sobretodo debe afectar el verdadero desempeño de la función que se le ha encomendado, o como dice Sebastián Soler en su obra "Derecho Penal Argentino", Tomo V, página 190: «Debe tratarse de una conducta omisiva ilegal, y debe actuarse en el conocimiento de esa ilegalidad; es decir, la omisión ha de ser maliciosa ».

Esta clase de figuras delictivas comprenden

dos tipos: a. la omisión simple; y b. la comisión por omisión, que al decir de Frago, citado por Amadeo Ezaine Chavez (Diccionario de Derecho Penal, Tomo I, página 305): «La omisión consiste en un *non facere quod debetur*, y surge frente a una orden de obrar, originando dos especies de delitos omisivos: los omisivos puros, en los cuales la omisión estriba en la transgresión pura y simple de un mandato que establece un deber de actuar, y los omisivos impropios o "comisivos por omisión", en los que la omisión consiste en la transgresión de un deber de impedir el resultado». o, como sostiene Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre en su obra "Derecho Penal. Parte Especial" Tomo V, página 232: «Así como se penalizan las conductas prohibidas, también son incluidas en el ámbito de punición, las omisiones, cuando la ley exige a determinadas personas la realización de una cierta acción, orientada a salvaguardar la intangibilidad del bien jurídico. Es decir, la normativa obliga al individuo a emprender una determinada conducta, que resulta indispensable para evitar la causación de un resultado lesivo». Un ejemplo claro y evidente de la figura delictiva que es materia de este artículo, vendrá a ser lo prescrito por el artículo 407^o del Código Penal.

El delito de omisión de funciones, que a veces se confunde con el delito de abuso de autoridad, en muchos casos ha sido materia de procesamiento sin antes hacerse un análisis jurídico y doctrinal, y sobre todo, sin tener en cuenta que para su configuración se exigen una serie de requisitos sin los cuales es imposible jurídicamente que se investigue o aperture cualquier instrucción penal; en suma, son características que deben observarse obligatoriamente para el inicio de toda investigación penal.

*Juez Supremo Titular © de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ex - Presidente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ex Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Catedrático universitario

Así tenemos por ejemplo que se requiere: i. *Conocimiento del funcionario público de la ilegalidad del acto omisivo*; ii. *Aceptación por este del hecho ilegal*; iii. *Intervención dolosa del funcionario público de no actuar frente al acto ilegal*, y iv. *Causar un perjuicio*. A pesar de las exigencias antes advertidas y que son de cumplimiento obligatorio se dio curso a muchas denuncias sin tener en cuenta además que el delito de omisión de funciones consiste en retardar, rehusar u omitir por parte del funcionario público el cumplimiento o la ejecución de un acto propio de su cargo.

El artículo 377^o del Código Penal y cuya fuente legislativa ha sido el Código Penal italiano, establece claramente que: «El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa».

Como se ve, la norma penal que se acaba de citar y que recoge todas las exigencias antes mencionadas, señala taxativamente que la omisión al cumplimiento de una obligación al cargo que se ejerce debe ser ilegal o arbitraria, tal como lo sostiene también el profesor Manzini; a lo que se agrega, que este delito debe cometerse en forma dolosa o intencional. Así lo tiene establecido no solo nuestra legislación sino también la legislación extranjera, especialmente, la argentina e italiana que nos sirvió de fuente.

Tan cierto es lo que afirmo, que el propio Sebastián Soler (Derecho Penal Argentino, Tomo 5, página 189) señala que, «(...) se comete este delito cuando esa omisión es maliciosa» y agrega, «la omisión - al cumplimiento de su función debe ser ilegalmente cometida».

En suma, debe tratarse de una conducta omisiva ilegal y, debe actuarse con el conocimiento de esa ilegalidad; es decir, la omisión ha de ser maliciosa.

En igual sentido, el profesor Francisco Chirinos Soto, (Comentarios al Nuevo Código Penal Peruano, Tomo III, Página 302), sostiene que: «La infracción contenida en el artículo 377^o del Código Penal consiste en una abstención arbitraria».

Entonces, para que un funcionario público sea comprendido en las prescripciones de la norma penal antes señalada, este debe omitir, rehusar o retardar intencionalmente un acto propio de su cargo, es decir, al que este obligado por ley. *Omitir* es dejar de hacer el acto al que está obligado por ley el funcionario o hacerlo dolosamente en forma no debida. *Rehusar* supone una actividad en sentido negativo, o como dice Fidel Rojas Vargas en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, «(...) significa manifestar a quien ha requerido el acto en voluntad de no cumplirlo». Y, en cuanto al *retardo*, se tratará de un cumplimiento diferido del acto debido sin justificación alguna.

Como se ve pues, para la tipificación del delito de omisión de funciones o incumplimiento de obligaciones, o también llamado delito de comisión por omisión, el funcionario público deberá actuar omisivamente, sabiendo que está infringiendo las prescripciones establecidas en la ley de la materia que fijan el comportamiento del agente en el ejercicio de la función pública encomendada.

LA IMPORTANCIA DEL ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES DENTRO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Por Mag. Carlos R. Huamán De La Cruz*

Actualmente, la sociedad afronta cambios dinámicos que alcanzan todas las esferas, llámese social, económica, tecnológica y la masificación de la comunicación, desarrollo que trae consigo el surgimiento de nuevas formas delictivas que incrementan la inseguridad ciudadana¹. Estos hechos a su vez imponen la necesidad de cambios necesarios dentro del sistema de justicia penal, requiriéndose de un derecho penal nuevo que resuelva los conflictos con las garantías que exige un derecho punitivo constitucional y que resuelva los conflictos mediante mecanismos alternativos de solución inter-partes, respetando los derechos y garantías de las partes involucradas. Además, permita solucionar el problema que se arrastra, desde hace muchos lustros, como viene a ser la excesiva carga procesal, la prolongación indefinida de los procesos, la falta de predicibilidad de las resoluciones y corrupción, que la deslegitima ante la sociedad.

La puesta en vigencia parcial del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Ayacucho, supone la implementación de un modelo procesal restaurativo frente a una justicia penal retributiva; la simple conceptualización de ambos sistemas, permite afirmar que no solo afrontamos la puesta en marcha de un nuevo modelo procesal, sino, también la instauración de todo un sistema, con ideología y estructura diferente a la existente.

Tal sucedió en otros distritos judiciales, el tiempo de vigencia del modelo procesal en nuestro medio, permite advertir en la

colectividad cierta desconfianza por la falta de resultados inmediatos, creando la percepción de que el nuevo modelo procesal no funciona y alienta la impunidad².

La sustitución del proceso penal de fuerte razgo inquisitivo y predominantemente escrito, por uno de tendencia acusatoria con rasgo adversarial, involucra innegablemente la dificultad en su adaptación, funcionalidad y, esencialmente en el rol de los sujetos que la instrumentalizan. La propuesta de una nueva estructura procesal, implica la existencia real y efectiva del equilibrio entre los sujetos procesales; por ello, la definición clara de las funciones de los sujetos intervinientes, es esencial para el éxito del proceso, particularmente las de la fiscalía y del imputado, aunados a una actuación eficiente e imparcial del órgano jurisdiccional. Consecuentemente, las opiniones de que el nuevo sistema penal no funciona o propugna la impunidad, no son nada ciertos, dado que el nuevo proceso penal confiere a todos los sujetos procesales herramientas necesarias y suficientes para desarrollar una adecuada labor indagatoria; **por lo que, el éxito del proceso** dependerá primordialmente de la labor que desempeñan los sujetos procesales, fundamentalmente el ente persecutor, a quién la Constitución Política del Estado y el modelo procesal le otorgan la titularidad del ejercicio público de la acción penal y legitimidad para hacer prevalecer el *ius puniendi* del Estado.³

En el modelo procesal (Código de Procedimientos Penales -1940) aún vigente en

* Juez Penal del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

1 MULLER SOLON, Hugo, La delincuencia en el Perú, "Los modos de operar de la delincuencia hoy en día son más frecuentes, nadie está seguro en la calle, ni incluso en su propia casa son las violentos, una señora e hijos al retornar a su vivienda, no se percataron que en el interior habían tres sujetos agazapados, quienes los maniataron y utilizando su propio vehículo se llevaron todas sus pertenencias, a los pocos días recibió un llamada telefónica, informando que habían hallado su vehículo y si deseaba recuperarlo debería pagar tres mil dólares".

2 "el Nuevo Código Procesal Penal, lo único que está garantizando es la impunidad de los delincuentes de saco y corbata que corrompen el país, porque no está cumpliendo con su función de sancionar a ningún denunciado por actos de corrupción, por el contrario los procesados van a salir en el más breve tiempo de sus investigaciones porque la prueba para condenarlos, se hace difícil hallarlos, mientras los plazos avanzan, el acusado termina libre"

3 ORE GUARDIA Arsenio, Manual del Derecho Procesal Penal, Editora Reforma, Lima 2011. "El Ministerio Público, al ser órgano constitucionalmente encargado de la persecución del delito, como titular del ejercicio público de la acción penal, está legitimado para hacer prevalecer el *ius puniendi* del Estado, las bases de la legitimidad se hallan en las cartas políticas de 1979 y 1993, en las que se configuran las atribuciones funcionales de este ente ante el ámbito penal".

nuestro medio, el Juez ostenta potestades jurisdiccionales amplias, pues en él reposa la responsabilidad de investigar, elegir, admitir y actuar medios de prueba, que luego las valora y finalmente impondrá penas bajo el simulado concepto del criterio de conciencia. La descripción citada, hace de la persecución penal un proceso incuestionablemente inconstitucional, pues, en la determinación de la responsabilidad penal y materialización del *ius puniendi*, se observa la actuación de una autoridad con demasiadas prerrogativas, entre ellas la de privar diversos derechos fundamentales⁴.

Este proceder marcadamente ilegítimo, cambia trascendentalmente con la implementación del nuevo modelo procesal penal, pues se releva de la función del Juez, el papel de investigador y recopilador de medios de prueba, asignándole la responsabilidad de juzgar e imponer sanciones mediante el pronunciamiento de fallos definitivos; entonces, la labor del Juez, en este nuevo modelo, se centra en garantizar los derechos procesales de las partes, mas no materializarlos, pues esta última es exclusiva responsabilidad de los sujetos procesales.

Consecuentemente, la materialización del *ius puniendi* y la posterior satisfacción de la colectividad a reconocerles la tutela de sus bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, no dependerá exclusivamente de la actuación del Juez Penal, sino, obedecerá a la preparada, eficiente y adecuada actividad de los sujetos procesales, constituidos por el Ministerio Público, (a quién la ley procesal le confiere especial responsabilidad, para cuyo efecto le otorga suficientes herramientas procesales, en mayor magnitud que a los demás sujetos procesales (*para cumplir su labor tiene el apoyo de todo el aparato estatal*) la parte agraviada constituida por el Actor Civil,

quién asume un papel más activo y protagónico, y finalmente el imputado, quién a través de una adecuada y responsable defensa técnica, tiene todos los instrumentos y garantías para enfrentar la persecución estatal.

EL MINISTERIO PÚBLICO.

La Constitución Política del Estado de 1979 en su artículo 250, confirió la carta de autonomía a este órgano estatal, encargándole específicas funciones, entre las que destacan, la actividad persecutoria del delito, manifestada en las atribuciones de intervención en la investigación desde su inicio, la vigilancia de la actuación policial y el monopolio del ejercicio de la acción penal. La Constitución de 1993 incrementó sus atribuciones, pues no sólo debe cumplir el papel de coordinación y vigilancia de la labor de la Policía Nacional, sino, también se le encarga la conducción de la investigación del delito (Artículo 159 .4) y la conducción jurídica de la actividad policial, rol que es ratificado por la ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. Nro. 052) y con mayor énfasis por el Código Procesal Penal del año 2004.⁵

La evolución producida operada tras las reformas constitucionales, permite advertir que el Ministerio Público, se encuentra fuera de la clásica división de poderes; pero, la Norma Fundamental le concede una regulación especial, otorgándole plena autonomía respecto a los demás poderes del Estado y, desde esta posición, tiene una función especial y trascendente en la persecución del delito, la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; esta actuación, tiene importancia especial, que se verifica en su actuación en la investigación y en el plano de la acusación, donde su actuación resulta ser

4 ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas Procesales, Justicia Penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*, MARCIAL PONS EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES, Madrid 2012. "Es sistema continental – sistema mixto- o por decirlo mejor, el original sistema acusatorio ha sido objeto reiterado de críticas, entre ellos la falta de imparcialidad del órgano encargado de la investigación, y tratar a los ciudadanos como objetos de la investigación en lugar de sujetos de cómo sujetos de derechos".

5 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso, *Manual de Derecho Procesal Penal. Ediciones Legales, 3era Edición, Lima, Abril 2011.* "La aparición de la institución del Ministerio Público, obedece fundamentalmente a la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal, cuando el viraje, propuesto por el modelo mixto, supuso desarraigar al juez de las tareas acusatorias, introduciendo así un funcionario estatal, independiente y ajeno del poder judicante, cuyas labores se enmarcan en su posición como titular de la acción, por lo que solo a él le compete ahora, promover la persecución penal ante la jurisdicción penal, no en representación de la víctima como acusador privado, sino de la sociedad, en virtud de la naturaleza pública de los bienes jurídicos que son objetos de tutela por el derecho penal material".

imprescindible y determinante⁶.

La redacción del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, determina hechos trascendentes en la labor del Fiscal, pues al otorgarle la posición de director de la investigación, lo hace responsable de la obtención de elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, y la identificación de los autores o partícipes en su comisión. Este cambio sustancial, fuerza al fiscal a diseñar una estrategia de investigación adecuada al caso, que le permitirá programar y coordinar, con quienes corresponda, el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de su estrategia, que finalmente le permita satisfacer sus fines investigatorios y llevar ante el Juez una causa debidamente desarrollada, dentro del cual cautela la armonización de la eficacia y garantía; *contrario sensu*, de no actuarse así y de no asumir responsablemente los nuevos retos que demanda este nuevo proceso, sólo, le permitirá marchar sobre terrenos ya conocidos, donde el común denominador es la improvisación, la arbitrariedad y la vulneración de derechos fundamentales, que repercute en la insatisfacción de la sociedad y, fundamentalmente, en el reconocimiento del derechos de las víctimas.

EL ACTOR CIVIL.

Bajo la óptica del modelo procesal mixto con preeminencia inquisitiva, la víctima como sujeto lesionado por el hecho ilícito, no sólo fue relegado a cumplir un papel marginal dentro del proceso, sino, fue sometido a sufrir doble victimización, pues muy a pesar de padecer la acción directa de la comisión del delito, al ingresar en contacto con el sistema procesal, era sometido a un nuevo

padecimiento, propio de un sistema de investigación tedioso y formalista, que además le implicaba pérdida de tiempo y menoscabo patrimonial adicional, hecho que constituía un trance más perjudicial que el propio acontecimiento delictivo. Entonces, siguiendo, postulados expresados por las Naciones Unidas⁷, que reconoce en la víctima a ser tratado con respeto a su dignidad y a tener derecho a la pronta reparación del daño que ha sufrido, el nuevo modelo procesal le ofrece mecanismos procesales que no sólo le permite obtener reparaciones prontas, sino, también garantías para su seguridad, que se traducen en el reconocimiento de su condición de víctima otorgándole protagonismo dentro del proceso, como el derecho a recibir información sobre la marcha del proceso y derecho a hallarse presente y tomar parte del proceso decisorio.

A diferencia de otros modelos procesales, el nuevo modelo procesal ha reservado para el agraviado, dos capítulos que contienen herramientas suficientes para la materialización de sus derechos (Art. 94 Derechos del Agraviado/Art. 104 Facultades del Actor Civil), pero, además le exige que no solo acredite legitimidad para actuar dentro del proceso, sino, también acreditar interés en el logro de los fines del proceso y posterior satisfacción de su derecho afectado. Entonces, a la persona lesionada o víctima del delito, la ley procesal le asigna cualidades de sujeto procesal (agraviado) y la facultad de adquirir la condición de parte (actor civil)⁸.

EL IMPUTADO.

El imputado dentro del nuevo modelo procesal ocupa una posición jurídica relevante, pues se le reputa sujeto poseedor de derechos y protección para no ser tratado como objeto

6 LOPEZ VIÑALS, Pablo, *Garantías del Imputado*, RUBINZAL – CULZONI Editores, Buenos Aires, Diciembre, 2007. "El advenimiento del Ministerio Público en su nuevo rol protagónico no solo promete un incremento cualitativo en relación a la imparcialidad del juzgamiento, lo que por sí produce un vuelco de proporciones mayúsculas

7 ROSAS YATACO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacífico Editores, Lima, Enero 2013. "La Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y abuso de poder, aprobado por las Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, reconoce a la víctima a ser tratada con respeto a su dignidad y tendrán derecho a la pronta reparación del daño que hayan sufrido, de manera que se reforzaran los mecanismos judiciales y administrativos que les permita obtener reparaciones, inclusive del Estado cuando el agresor es un funcionario."

8 NUÑEZ VASQUEZ, Cristóbal, *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2009. "La víctima es la persona natural o jurídica a quién la ley considera como ofendida por el delito y a la cual le otorga la cualidad de sujeto de la relación procesal, aunque no ejerza la acción penal o civil mediante la correspondiente querrela o demanda. Adquiere además, la condición de parte si interviene en el proceso criminal como querrelante o actor civil ejerciendo los derechos que al respecto le confiere la ley".

pasivo⁹ del proceso, pues el imputado es por siempre un ser humano con dignidad, sentimientos y, sobre todo sujeto de derecho, de modo que no puede recibir tratamiento arbitrario e indigno, máxime si tiene la condición de inocente, mientras no se demuestre lo contrario.

En el texto "*De los delitos y de la pena*", BECCARIA, se explicitó: *que nadie puede ser llamado reo antes de la sentencia del Juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida*¹⁰; los cánones académicos – jurídicos dentro del cual fue formado el abogado, impiden ver al imputado como un sujeto de derecho, pues basta con la sola atribución de haber cometido un delito cualquiera, para ser considerado culpable y responsable penal, desde allí se le imprime un trato casi siempre indigno; a este afán contribuye la colectividad en general, en especial los medios de comunicación masiva, que olvidan o desconocen que al imputado le asiste el derecho a la defensa. Si luego de ese vía crucis que implica el proceso penal, se demuestra que es inocente, *¿quién va a reponer la integridad moral y biopsíquica del que fuera imputado?, ¿quién responderá si el imputado perdió a su familia, su trabajo a raíz de la imputación hecha?*. De allí que resulta la necesaria seriedad y capacidad profesional en la toma de decisiones con relación al imputado, pues no se ha de olvidar nunca que le asiste una serie de derechos que deben respetarse y cumplirse¹¹.

El nuevo modelo procesal, utiliza el término de *imputado* para designar a la persona inmersa en un proceso penal, pues considera que es lo más adecuado, por ser un término de mayor amplitud que abarca los actos de investigación hasta la finalización del proceso, mas no es necesario que las autoridades expidan alguna resolución suficiente para que se asuma esta condición, siendo necesario el simple emplazamiento de la autoridad, para que de el

surjan una serie de derechos y principalmente el derecho a saber qué condiciona en toda su extensión el derecho a la defensa.

El ordenamiento procesal, reconoce al imputado, como el sujeto conceptualmente más débil de la relación jurídica procesal, una serie de derechos y obligaciones, los cuales se hallan plasmados en el artículo 71 que se traduce en el *derecho a la defensa; conocer los cargos formulados en su contra; comunicación de su detención; a ser asistido por un abogado de su libre elección desde el inicio de la investigación; derecho al silencio; respeto de su integridad física; y ser examinado por un médico legista*; lineamientos que no sólo están dirigidos a la protección de los derechos fundamentales explicitados en la Constitución Política (artículos 1 y 2), sino para procurar un proceso penal más humanizado¹².

EL JUEZ

El Juez, como la máxima autoridad dentro del proceso penal, asume un papel activo desde el inicio del proceso, *y a él tendrán que recurrir el Fiscal, el defensor del imputado y el actor civil* por tener el papel del juez de garantías; su figura se fortalece a través del desarrollo de las audiencias públicas, espacio natural dirigido a limitar el ejercicio de sus funciones, para evitar que funja de juez y parte; su labor se desarrolla en dos espacios definidos:

El Juez de Garantías o Juez de la Investigación Preparatoria, interviene en la etapa previa al juicio oral, resguardando el derecho del imputado y de la víctima: *sólo actúa a petición de parte*. A excepción del Ministerio Público, que tiene también la condición de parte, la defensa de los demás sujetos procesales pueden solicitar la actuación del Juez de Garantías, cuando se presenten acciones que limiten el ejercicio del derecho a la defensa o cuando se limiten sus derechos fundamentales.

9 CATAORA GONZALES, Manuel, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial RODHAS, Lima 1996. "*El tercer sujeto procesal considerado en el proyecto es el imputado, es decir el sujeto activo del delito se convierte en sujeto pasivo del proceso*"

10 BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Atalaya, Barcelona, 1997.

11 ROSAS YATACO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacífico Editores, Lima, Enero 2013, "*Esta reflexión nos lleva a señalar que nuestra Constitución Política del Estado, en el artículo 139, establece principios y derechos de la función jurisdiccional, muchos de los cuales involucran al imputado*".

12 ALVA FLORIAN, César, *Cuestiones referidas a la tutela de derechos y control de plazos en el Nuevo Código Procesal Penal*. GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Gaceta Jurídica S.A., Lima Noviembre 2010.

El Juez de Conocimiento o Juez de Juzgamiento, es aquél que dirige el juicio oral, es quién debe determinar sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del imputado. En algunos casos funciona como órgano colegiado o unipersonal, dependiendo de la gravedad de los ilícitos.

ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES.

El ideal actual de toda sociedad en desarrollo, se encuentra encaminada a facilitar y mejorar los procesos por hecho criminales, con el objeto de lograr la prevención y reducción de la criminalidad; pero lograr tal aspiración, requiere como fundamento esencial la constitucionalización del proceso, el otorgamiento de herramientas y elementos necesarios a los responsables de su persecución, la diferenciación de roles y el otorgamiento de iguales derechos y obligaciones a las partes; las conceptualizaciones plasmadas, permiten afirmar que el nuevo modelo procesal penal, otorga condiciones más que necesarios para lograr tales ideales, pues entre sus postulados prevé la esencial separación de funciones del Juez y el Ministerio Público, otorga y garantiza a los demás sujetos procesales (agraviado, imputado, tercero civilmente responsable y personas jurídicas) iguales derechos y obligaciones que los del ente persecutor; consecuentemente, todos los sujetos procesales gozan de igualdad de condiciones dentro del proceso de investigación, para finalmente acudir ante el Juez, cuando inquieten su pronunciamiento.

El modelo de orientación acusatoria, no es un modelo unilateral, sino dialógico, en el cual la confianza no se deposita únicamente en la capacidad reflexiva del Juez, sino, en la discusión dentro de un marco formalizado por reglas que garantizan la transparencia, donde los sujetos procesales son protagonistas del proceso¹³; sin embargo, en el contexto actual,

la aplicación del modelo procesal corre cierto riesgo porque tiende a ser deslegitimizado ante el conglomerado social, por razones no atribuibles al modelo procesal, sino básicamente al rol que cumplen los sujetos procesales, inconveniente que requiere de una atención y urgente corrección.

El proceso penal está dirigido a buscar la verdad, pero este valor se sustenta en el deber del Juez de exponer una afirmación verdadera. Este requerimiento propio del principio acusatorio, se sustenta en que los acusadores lo convenzan de la verdad de su acusación¹⁴; pero dicho cometido no se está efectuando, dado que el tiempo nos permite advertir problemas de diversa óptica procesal, como la carencia de proposición adecuada del caso, carencia de identificación y aplicación de estrategias de investigación, circunstancias de indeterminación de la imputación penal, problemas de aplicación de temas relacionados a la Teoría del Delito, como también se advierte ligereza en la defensa de los derechos de los imputados y agraviados; requiriéndose una necesaria y apremiante política de capacitación, que permita a la partes reconocer y materializar sus verdaderas funciones y obligaciones.

No obstante ello, el problema anotado no sólo debe ser observado desde la óptica del rol que cumplen los sujetos procesales y los órganos jurisdiccionales; sino, también desde la óptica de la adecuada implementación con recursos técnicos, humanos y tecnología que comprenden un punto de vista más general que vislumbre el rol que desempeñan las Universidades, Colegios Profesionales, Gobierno Regional, Gobiernos Locales y sociedad organizada, pues en los momentos actuales donde se vive la globalización de todos los sistemas, el asunto de justicia, básicamente penal, ya no es sola atribución o responsabilidad del Ministerio Público, Policía Nacional y el

13 ROSAS YATACO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacífico Editores, Lima, Enero 2013.

14 MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del Caso, Colección Litigación y Enjuiciamiento Penal Adversarial – Director Alberto Binder, Ediciones Didot, Argentina Mayo 2012.* "El Juez debe hacer una afirmación verdadera, sobre los hechos y sobre la pertinencia del derecho, nace de dicha obligación la exigencia del principio acusatorio, es decir el Juez debe exigir a los acusadores que lo convenzan de la verdad de su acusación. Esta es tarea de los acusadores y una de las grandes garantías del proceso penal; esta exigencia es irrenunciable, porque la clave del proceso penal, reside en la carga de la prueba de los acusadores. No obstante ser proclamado por todos este principio, la práctica lo deja de lado permanentemente dado que la mala presentación del caso de parte de los acusadores, es suplida por los jueces que no quieren pagar el costo de las absoluciones".

PENALIZACIÓN DE DAÑOS CONTRA LA ECOLOGÍA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA

Por Hugo Ipurre Maldonado*

1. GENERALIDADES.

El desarrollo de l Derecho penal ambiental en Latinoamérica se encuentra aun incipiente. La presencia de una legislación especialmente orientada a la protección del medio ambiente, y la ecología o el ecosistema tiene una tradición relativamente corta, cuya evolución ha sido, muchas veces, continuamente permeable a la legislación penal española, sin embargo, mantiene con ella rasgos de similitud relevantes, aun cuando dicha influencia, haya venido de manifiesto la ausencia de delimitación de objetivos político criminales que justifiquen la intervención penal.

La penalización de las conductas que causan daño contra la ecología, en el ámbito latinoamericano, se orientan más a la regulación de tipos penales de protección de actos especialmente peligrosos, aunque prevé sistemas punitivos vinculados a la sanción de conductas imprudentes, tales como los referidos a actos de contaminación o manipulación de desechos, orientada a evitar su internación en el ámbito del territorio nacional de cada Estado.

Por su parte, la legislación medioambientalista latinoamericana, instaura una protección más integral a la estabilidad del ecosistema, mediante la descripción de bienes jurídicos objetos de protección en los tipos penales y una amplia descripción de formas de configuración de afectación de conductas criminales y contravencionales y meras infracciones de contaminación o deterioro del

medio ambiente.

La legislación del medio ambiente, en algunos casos, ofrece mayores posibilidades de acción para la realización del objetivo de prevención general, dado que la penalización, salvo en supuestos especiales de tipos de resultado de lesión grave o muerte, donde es difícil establecer la imputabilidad objetiva, permiten la imposición de medidas alternativas a la privativa de libertad.

Lejos de los posibles aciertos de la ley del medio ambiente, los códigos penales, se limitaron a reproducir aspectos menos relevantes de la ley ambiental, y se orienta mas a la tutela del bien jurídico de la salud pública y el peligro común orientada a evitar los efectos ambientales de la contaminación y la manipulación de desechos, características de la criminalización de la puesta en peligro del "equilibrio ambiental" en los supuestos de internamiento en el ámbito territorial los de desechos o residuos y la responsabilidad funcional. Supuesto que, sin embargo parece obedecer a la influencia de la ley del medio ambiente y la observancia del "Convenio de Brasilia sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación"(22 Marzo de 1989), que le sirvió de fuente referencial.

Ahora bien, el tratamiento de los delitos ambientales, comparte, en su mayor parte, la influencia de la codificación penal española de 1980 y 1995, y parte de la ley alemana, Decimoctava ley de reforma del StGB de 28 marzo de 1980, la denominada "Ley para la Represión de la Criminalidad ambiental"¹, considerada como la normativa más completa

*Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga.

¹ El Str.And Gesetz Zur Becampftmg der UmweltkriniinalitaCSrtG8. Aliemana del 28 de marzo de 1980. criminalizó la contaminación del agua (art.324), la contaminación del aire el (art.325) la eliminación de residuos peligrosos para el ambiente (art. 326) el funcionamiento no autorizado de instalaciones (art.327) la manipulación no autorizada de combustible nuclear (ArL328,) la puesta en peligro de zonas necesitadas de protección (art328), la grave puesta en peligro del ambiente(art. 329) y la grave puesta en peligro a través de la emisión de veneno(Art. 330).Vid. CARO CORIA Carlos La protección penal del ambiente, pp. 370-376.Benitez. Mercado & Ugaz Abogados. Serie: Tesis seleccionadas N°2, Lima 533pp.

de la legislación comparada europea, que no obstante, fue fuente directa en el ley penal peruana, que también se extendió en su recepción en los códigos penales de Latinoamérica, que justifican los sistemas de criminalización que, a su vez, se complementa mediante normas ambientales sectoriales, como mecanismos de protección referidos a realidades que tiene que ver con los atentados contra los especies fáunicos (vicuña guanaco y sus híbridos), y recursos de la flora.

En resumen la tendencia codificadora evidencia un inconveniente desarrollo de orden intrasistemático o propiamente penal, que toma distancia de la dimensión interdisciplinaria, especialmente en la determinación de medios instrumentación de las relaciones entre el ordenamiento penal y las previsiones del derecho administrativo en la configuración punible.

2. DELITOS AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL LATINOAMERICANA

La opción de legislar los delitos ambientales, prescindiendo de otras propuestas doctrinales como las desarrolladas junto con las normas administrativas o de la ley especial, no ha respondido a consideraciones doctrinales como la sostenida en el marco de la ley alemana del SrtGB, relativas a instrumentalización de los efectos educativos preventivo generales, y la uniformización de criterios de tipificación. El Legislador de Latinoamérica, obedeció más bien a la motivación de instaurar una reforma penal integral, que dejara de lado el uso de leyes especiales, como la desarrollada por la Ley penal Ambiental Venezolana de 1992, de modo que la normativa del Código Penal incorpore

todos los ilícitos ambientales.

Sin embargo, la sistemática de los códigos penales, de México² Argentina³, Panamá⁴, Venezuela⁵, Ecuador⁶, Guatemala⁷ Chile, Colombia⁸ y Perú⁹, entre los sistemas jurídicos más importantes, reflejan un importante grado de autonomía en el tratamiento de los delitos ambientales, y de acuerdo a ello, los ilícitos están regulados en un Título propio de su Parte Especial, lo que evita confundirlos como sucede en algunos casos de la legislación comparada y en algunos proyectos, con los delitos contra la seguridad pública, los delitos económicos o contra la salud pública.

La autonomía sistemática de dicha legislación ambiental comparada en el ámbito de Latinoamérica se infiere en buena cuenta del carácter especial del bien jurídico-penal, lo que concuerda plenamente con los postulados y preceptos constitucionales en cada caso, en el marco de un sistema de Estado de Derecho Constitucional.

La parte especial regulatoria de los ilícitos ambientales en el Código penal de la legislación comparada, como bien puede apreciarse en los códigos: Ecuador, Panamá, Colombia, México, entre otros, se contemplan bajo el rótulo de los denominados "Delitos Contra el medio Ambiente y recursos Naturales", y otras de calificación redundante de "Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente" o "Delitos contra los recursos ecológicos", y a veces, con la impropia denominación, como el caso del Código Penal peruano de 1991, de "Delitos contra la ecología"¹⁰ cuyo significado puede entorpecer la labor interpretativa.

2 El Código Penal Federal de México, regula los delitos ambientales en sus artículos 415° al 419°.

3 El Código Penal de Argentina regula. en sus artículos, 158° y Ss. donde se aprecia una escasa tipificación, incorporado dentro del Título de los delitos Ccontra la seguridad Ppublica que no reconoce la autonomía del bien jurídico ambiental, en un capítulo separado.

4 Código Penal de Panamá, regula e sus artículos 394° al 405°

5 La Ley penal Ambiental de la República Venezolana, regula en sus artículos: 28° al 42°

6 El Código Penal Ecuador, regula en sus Artículos: 437° y 437°-A al 437°-I

7 El Código Penal de Guatemala. Artículos: 343° al 347°.

8 El Código Penal de Colombia. Artículos: 154°. 238°. y 329 al 338°.

9 El legislador del Código Penal Peruano de 1991, la sistematizó, en su Título XIII. Bajo el rótulo plasmando los delitos ambientales (artículos 304° al 313°). erróneamente rotulada bajo el epígrafe de Delitos con la ecología", cuyo contenido refleja el bien jurídico autónomo» pero que no ilustra en términos concretos, el interés jurídico definido con alcance objetivo, al estar principalmente valorada solo en los aspectos relacionados al ambiente natural.

10 La "Ecología", término acuñado por el Biólogo Ernst Haeckel, en 1869, desde mediados del siglo XIX, designa la disciplina que estudia las relaciones entre el hombre y el medio ambiente, ciencia a la que no es posible pensar en criminalizar. Desde esta perspectiva el Derecho no puede regular la ecología, que discurre conforme a las leyes de la naturaleza, a las que el hombre puede modificar variando su sustrato o sus componentes y/o causando irreversibles efectos de funcionamiento sistémico, acciones a las sí, y no puede soslayar labores de criminalización en el ámbito del Derecho, en protección de la calidad de los interés colectivos.

Del estudio de título de la parte especial relativo a los ilícitos penales específicos que contempla la ley penal comparada, de modo relativamente común entre los que se consideran más importantes, incluyen la criminalización de actos de:

- 1) contaminación del Medio Ambiente y sus diversas modalidades.
- 2) Incumplimiento de normas sanitarias y del medio ambiente.
- 3) Ingreso y manipulación ilegal de residuos o desechos tóxicos o peligrosos en territorio Nacional;
- 4) Depredación y o destrucción de los recursos de la flora y especies fáunicos;
- 5) Destrucción y/o depredación del recurso forestal, bosques y vegetación legalmente protegidas,
- 6) Extracción y aprovechamiento prohibidos de especies acuáticas flora y fauna,
- 7) Manipulación de organismos vivos, que incluye la manipulación genética de especies y los organismos transgénicos,
- 8) Uso indebido de tierras agrícolas con fines ilícitos o urbanísticos¹¹; que incluye la autorización ilícita de proyecto urbanístico;
- 9) Emisiones sustancias radiactivas e ionizantes superiores a límites permisibles, y,
- 10) Responsabilidad funcional de actos u omisión de suministro inexacto de información establecida en los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA).

Cabe una observación en relación al tipo penal de "uso indebido de tierras agrícolas o áreas intangibles", en los que el bien jurídico

protegido está directamente vinculado a la ordenación territorial o urbano, en especial el uso del suelo, los cuales, siguiendo el modelo del Código Penal español (1995), fuente relativamente directa, en el tratamiento sistemático de ilícitos ambientales en la legislación latinoamericana sobre la base de criterios de la relación existente entre los componentes del ambiente natural y el impacto ambiental.

Los tipos referidos a la expansión urbanística o intangible, justifica su tratamiento conjunto, dentro del mismo título de los delitos ambientales y los delitos de ordenación territorial- los que podría tener proyectada un capítulo independiente, por ejemplo bajo la denominación de "delitos Urbanísticos"-.

Sin duda la técnica legislativa diversa utilizada recomienda, en estos ilícitos, la necesaria autonomía de criminalización en apartados (capítulos) separados; aunque sin dejar de lado, como lo hace el texto punitivo español, de institucionalizar un apartado independiente para los delitos contra la flora y fauna, de la misma forma que es imprescindible la regulación de las medidas cautelares, las consecuencias accesorias o las previsiones atenuantes en supuestos de reparación voluntaria, cuya naturaleza eminentemente procesal, sirve de soporte instrumental necesaria en la protección del interés jurídico tutelado.

3. EL BIEN JURIDICO-PENAL

El tratamiento autónomo de los delitos ambientales en la legislación ambientalista penal latinoamericana contrasta otros aspectos de su regulación. Se advierte así, un diferente tratamiento valorativo normativo en relación a la connotación de extensión ecológica que ostenta los delitos ambientales y el carácter socioeconómico¹² que le otorga.

11 Los tipos penales de utilización indebida de tierras agrícolas, autorización ilícita de habitación urbana. son a nuestro juicio. ilícitos que específicamente afectan la ordenación territorial, como realidad ajena a la noción de ambiente natural y que solo puede ser incorporada considerando una noción amplia de ambiente.

12 El carácter socioeconómico del bien jurídico atribuye a los delitos ambientales el sentido de considerar "ambiente" a aquel que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. cuya protección es el elemento fundamental de la existencia y supervivencia de mundo, y por tanto, los controles extrapenales y una adecuada regulación de la legislación administrativa deben operar junto al Código Penal. Vid. Item N° 11 de Exposición de Motivos en los proyectos del Código Penal ABANTO VASQUEZ Manuel. Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas, Lima Ideosa 1997. pp. 30-33.

El marcado principio antropocentrista y socioeconómico del bien jurídico-penal, en oposición a los postulados constitucionales que, trasciende hacia una valoración pecuniaria de los recursos naturales, otorgan prioridad en la protección de medio ambiente, desde la perspectiva estructura esencial del bien jurídico, por su función tuitiva de la calidad de vida humana y la biología en general.

La contradicción consiste en haber seguido literalmente la línea doctrinal de Juan Bustos Ramírez¹³, quien le asignó a estos delitos el carácter socioeconómico, orientación que sigue los códigos penales de Latinoamérica; criterio que, en algunos casos, motivó la ubicación de tales ilícitos entre los delitos económicos.

Empero, no todas las conductas criminalizadas en la legislación penal comparada configuran delitos contra el ambiente e su sentido concreto. Así, los delitos de contaminación ambiental, en sus diversas modalidades, sus agravantes, el supuesto de responsabilidad funcional y el tratamiento de los residuos son ilícitos ambientales stricto sensu. A su turno, los delitos que comprometen a las actividades fáunicas o forestales indebidas y el daño forestal, afectan en forma muy especial a los recursos naturales, concepto incluido en la noción de ambiente.

Existen asimismo, otras infracciones vinculadas al interés del Estado en la tarea del desarrollo y planificación del crecimiento urbano, o de protección de áreas intangibles, los cuales, por supuesto, sin vulnerar otras áreas ambientales valiosas, son delitos contra la ordenación territorial que se concreta en tipos penales que contempla actos referidos a la utilización indebida de tierras agrícolas o áreas intangibles.

Del mismo modo reviste carecer delictual el hecho de atentar contra la ordenación territorial y ello incluye los actos contra los recursos

naturales, que caen bajo la sintética formulación del delito de alteración del ambiente natural; así como los relacionados a conductas que afectan el paisaje urbano o rural o la modificación de los elementos de los recursos de la flora y fauna.

En suma, el nomenclatura jurídica que estructura los referidos delitos, pese a su redundancia, se vincula en orden a la protección el ambiente natural, en donde la ordenación urbanística solo encuentra tutela por su función ambiental mas no como un fin en sí mismo.

Sin embargo, existen consideraciones dudosas en el establecimientos de tipos penales, en especial con los tipos referidos a actos de "manipulación", "aprovechamiento o "eliminación" de "desechos" como delito ambiental, pues la clausula normativa de calificación valorativa de "desechos domésticos" o "normas sanitarias" o "residuos peligrosos" en el tipo básico, configura mayor prioridad de protección por tutelar la salud pública que la estabilidad del ecosistema.

Similar análisis puede apreciarse en los tipos penales que criminaliza actos contra el "hurto, robo y abigeato" de "especies de fáunicas" (vicuña, guanaco y sus híbridos). De este modo dejan de ser objetos de tutela las actividades fáunicas indebidas y muestra su separada regulación por la legislación sectorial, en orden a que en la determinación del bien jurídico-penal se pretende proteger el objeto ambiental, penalizando conductas propias de la criminalidad patrimonial.

De otro lado, tomando como criterio el principio de las normas penales en blanco y demás elementos normativos, se colige que, si bien se otorga protección elemental a favor de los componentes bióticos y abióticos del ambiente natural que condicionan la estabilidad del ecosistema, rigen también, aunque en menor intensidad para determinados realidades del

13 BUSTOS Ramírez, Juan, Manual de derecho Penal Parte Especial 1 ed. Barcelona: Ariel 1986, p.352. a partir de la 2ª ed. De septiembre 1991, el autor considera al ambiente como un bien jurídico referido a la seguridad común Vid.p. 260

ambiente urbanístico. Aspecto que, a diferencia de la ley penal española de 1995 se tutela la ordenación territorial especialmente por su relevancia ambiental, como es el caso de del "uso agrícola" de tierras y demás elementos conexos, con la atingencia que el recurso "suelo" es protegido en cuanto objeto ambiental y su valor ambiental-urbanístico; al igual que el patrimonio histórico cuya protección revela su valor urbanístico-histórico.

De todo ello debemos concluir que la estabilidad del ecosistema no puede ser objeto de confusión con la tutela del orden socioeconómico, la salud pública o la conservación del valor patrimonial de determinadas especies, sino que debe entenderse única y exclusivamente, en función de la labor de interpretación de relevancia ambiental de los citados delitos. Extremo que en el ámbito de la doctrina peruana, BRAMONT—Arias Torres y GARCIA Cantizano¹⁴ explica que los delitos ambientales debe interpretarse desde la perspectiva del concepto físico de ambiente que engloba la realidad en la que opera la norma penal, aferrándose a una visión natural del ambiente en su noción de "concepto amplio"(...), valiéndose, para ello, de la influencia de Enrique Bacigalupo, sostenida en 1982, que la doctrina española identifica como "concepto intermedio" (...) y no como el concepto amplio que comprende y abarca el valor patrimonial histórico y la ordenación urbanística.

En todo caso, debemos resaltar que, ni la fundamentación de la estabilidad el ecosistema, como criterio rector orientador en la delimitación del bien jurídico-penal colectivo y autónomo en los delitos ambientales, ofrecen garantía en la labor interpretativa adecuada del bien jurídico concreto objeto de protección en cada caso, por estar en contraste con la política criminal plasmada en el derecho positivo. Tales inconvenientes superan la problemática del objeto de protección, en cuyo contexto, el uso

de distintos términos, como "medio Ambiente", "Recursos naturales", "equilibrio ambiental", "ambiente natural", entre otras, terminologías no dejan de añadir una dificultad a la hora de la interpretación referidos al objeto material del delito.

4. TÉCNICA LEGISLATIVA AMBIENTAL.

4.1. TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN: LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA AMBIENTAL.

Las características y aspectos más importantes de la técnica legislativa, en la legislación penal latinoamericana ambiental, se concreta en el denominado principio de la accesoriadad administrativa y la descripción del disvalor del resultado en función de tipos de peligro concreto y los tipos de lesión.

La regulación de los delitos ambientales establecidos en la legislación ambiental latinoamericana se imprime en el marco del Derecho penal relativamente dependiente o derivado en el Derecho administrativo. Se advierte, en este contexto, el desorientado recurso de las formas de accesoriadad administrativa, a saber:

- 1).- la accesoriadad normativa-conceptual caracterizada en elementos normativos típicos;
- 2).- la accesoriadad de derecho canalizada mediante tipos penales en blanco; y,
- 3).- la accesoriadad de acto concretizada en el tipo en ausencia de autorización administrativa o la infracción de un acto o disposición de la autoridad pública, incluyendo, finalmente,
- 4).- la utilización del método de accesoriadad basado en elementos de valoración global.

La legislación ambiental latinoamericana, se caracteriza por la existencia de vacíos legales y la concurrente ausencia de competencia delimitada, de normas genéricas, tales como se expresan en la profusa legislación del medio

14 BRAMONT ARJÁS TORRES, Luis Alberto. María del Carmen GARCIA CANTIZANO. Manual de derecho Penal Parte especial cit., pp.581-582. cuya argumentación en el sentido que el bien jurídico penal de ambiente natural es de tutela en su aspecto físico, pierde fuerza debido a que, el ambiente natural apenas ofrece la noción de objeto material del delito que, de por sí, no tiene identidad con el bien jurídico penal, cuya definición se elabora en función de su valor normativo. En buena cuenta Bacigalupo, ayudó en el intento en la delimitación del objeto del delito orientados hacia a la concepción normativa del bien jurídico-penal en su mas alto nivel de funcionalización representado incluso, en una extensa regulación administrativa, de la actividades de utilización del entorno natural.

ambiente, la leyes de la actividad fáunica y de la flora, y una extensa regulación sectorial a través de leyes especiales (leyes, Decretos leyes, Decretos supremos, Ordenanzas Municipales, regionales, Ordenaciones Federales, Resoluciones ministeriales, y en general de decisiones administrativas) que, en función del principio de Jerarquía normativa, deberían sujetarse a los postulados constitucionales y demás normas del ordenamiento internacional, en especial en materia de derecho internacional de los derechos humanos vinculados a la tutela ambiental.

Sin embargo, la profusa legislación regulatoria del tema ambiental, constituye una limitación para la regulación de las relaciones penal-administrativas, en tanto la regulación administrativa no es idónea para la satisfacción de las funciones de garantía e indiciaria del riesgo permitido. En tal sentido es necesaria la construcción de tipos penales que describan con la mayor certeza posible las normas complementarias o los de remisión, donde los elementos normativos y valorativos que exige una labor especializada, cuidadosa y técnica, puede tornar a los comportamientos prohibidos, en una tarea muy gravosa, deficiente y muchas veces antinómica por la dispersión de normas administrativas que pueden convertir en susceptibles de error y dificultar la eficacia de la facultad persecutoria penal estatal.

Situación que no permite apreciar una instrumentación coherente sobre la base del criterio de la accesoriedad administrativa, realidad que se hace patente, como explica FOY VALENCIA en el recurso de las leyes penales en blanco¹⁵, donde sólo algunos tipos penales recurren a dicho recurso, situación que se agrava aun, dada la heterogeneidad o vaguedad de las formulaciones terminológicas con las que se pretende identificar a las normas de remisión no penales, contexto que a guisa de ejemplo se pone de manifiesto en el tipo

básico de contaminación, en las que se exige la condición objetiva de punibilidad, que consiste en que la conducta contaminante conlleve, en principio "la infracción de las normas sobre protección del medio ambiente", para luego precisar que en dicho acto sean ostensibles, vía norma administrativa, mediante los denominados "límites establecidos" o "estándares permisibles" que el vertido contaminante debe superar los límites tolerables contemplados en la regulación extrapenal. De este modo no queda claro si la expresión "normas sobre protección ambiental" comprende toda norma ambiental, sin importar su jerarquía o el órgano emisor, mas aún si se criminaliza la responsabilidad funcional; contexto donde se infiere que las normas complementarias del tipo penal en blanco, parece limitar la remisión sólo a "leyes y Reglamentos sobre protección del medio ambiente".

De similar forma se aprecia, en el tipo de criminalización de la manipulación de desechos que, aun desde la lógica mas vinculada a la tutela de la salud pública, la ley en blanco, parece evidente referirse a la infracción de "las normas sanitarias y de protección del medio ambiente"; y finamente la situación es más problemática en el caso de la formulación genérica y agravada bajo al terminología de "infracción de leyes y reglamentos o disposiciones establecidas". En todo caso la genérica remisión al recurso de tipos penales en blanco parece insuficiente al mediar la exigencia de obligatoriedad, ante la conducta típica, de vulneración de los límites de tolerabilidad escasamente definidos en la ley extrapenal, lo que determina una alta probabilidad de inaplicación del tipo penal en cuestión.

Otra dificultad similar se advierte en el caso de la configuración del tipo de internamiento de desechos y demás conductas prevé un elemento de valoración global cuando se establece que la conducta prohibitiva debe

15 FOY VALENCIA, Pierre En Busca de Derecho Ambiental (1), En Derecho Y ambiente. Lima IDEA-PUCP, 1997, pp., 60 y ss.

consumarse "ilegalmente", "indebidamente" o en "contravención de las normas de la materia"; es decir, en contradicción con cualquier norma del sistema jurídico del que se trate, lo que obliga al interprete, ante la exigencia típica, confrontar la acción incluso con las normas relativas a las causas de justificación de carácter penal, pese al cual, se ha dejado, en contados casos, al margen de la prohibición prevista, con el recurso de utilizar a la propia remisión a la norma penal en blanco, aunque no para definir los elementos técnicos de la conducta punible, sino con fines específicamente de efecto descriminalizador. Dicho situación también se aprecia en cuanto a casos de la responsabilidad funcional, y la manipulación o aprovechamiento de residuos, sean industriales o domésticos, cuyo tipo penal viene instrumentalizada con la presencia de una condición negativa del objeto material del delito, pues la prohibición se relaciona con "desechos calificados como peligrosos o tóxicos por los dispositivos legales". Terminologías o expresiones como "legislación especial sobre la materia" o "dispositivos legales", ponen en cuestionamiento la relevancia elemental del principio de legalidad Penal, en especial el principio de la "prohibición de aplicación las leyes penales imprecisas e indeterminadas" que como refiere CLAUS ROXIN¹⁶ todos estos tipos penales se tornarían en inconstitucionales.

De modo semejante la legislación penal comparada que venimos analizando instaura tipos penales en blanco, donde pone de manifiesto elementos normativos de intangibilidad del objeto material del delito como se aprecia en la configuración de delitos contra "especies de flora y fauna que están legalmente protegidos" formulación genérica que es similar cuando se refiere a " especies raras o en peligro de extinción";, técnica legislativa que es también es evidente en el tratamiento de daño forestal que tiene por objeto los bosques y formaciones vegetales "legalmente protegidos" del mismo modo que

califica a las "áreas agrícolas intangibles" o "suelos de patrimonio cultural de la Nación", formulaciones en las que no media elementos normativos que definan la absoluta protección de interés jurídico protegido sino mas bien condiciona su explotación o utilización racional, sancionando la extracción de especies " u "organismos" en "épocas, cantidades y zonas prohibidas o vedadas". Hipótesis que es similar cuando se refiere a la responsabilidad funcional cuando se trata de la autorización de proyectos urbanísticos desarrollada para una "actividad no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales".

En los casos referidos es fácil identificar la regulación en la vía normativa extrapenal si se establecen cuales son las especies protegidas, las áreas intangibles, o los procedimientos de pesca o su aprovechamiento o explotación económicas, extremo que no requiere mayores críticas, pero que su extrema administrativización-penal convertiría en criminalizar asuntos o casos de mera ilicitud administrativa.

Finalmente, la última forma que la legislación penal comparada a establecido las relaciones jurídico penal- administrativas, es mediante la referencia a las disposiciones de la autoridad pública o administrativa, esto es, en función de la denominada "accesoriedad de acto" o también denominado "accesoriedad con respecto a un acto administrativo" que propiamente se advierte en el tipo penal de manipulación de desechos cuando establece como sede de ocurrencia delictual los "lugares no autorizados", situación en que la autorización aparece como condición negativa para encuadramiento típico y en sentido amplio abarca algo no permitido por la autoridad o por lo establecido en los disposiciones legales; pese a que específicamente, según regulación de leyes ambientales, dichos actos(desechos) deben depositarse en lugares destinados expresamente por la ley o lo dispuesto por la autoridad pública competente.

¹⁶ CLAUS ROXIN. Derecho Penal Parte General, Torno I Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, quien explica que la una ley indeterminada o imprecisa o poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad. porque permite al juez efectuar cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo contraria al principio & división de poderes y la autolimitación de la facultad del ius puniendi estatal. La indeterminación de normas penales son, por tanto. inconstitucionales y nulas por vulnerar el principio de legalidad. Vid pp. 169-175.

Asimismo, tipos penales que tienen por objeto del delito "tierras cuyo uso o disposición o administración son destinadas por la autoridad competente" ya sean para "uso agrícolas" o el "mejoramiento" o "reflotamiento" o "de protección intangible"; como cuando ocurre también tratándose de la sanción de "alteración del ambiente natural" o del "paisaje", cuando contraviene "las disposiciones de la autoridad competente", son, en sentido estricto, de condición positiva del tipo desde que no se aprecia la remisión a normas jurídicas que reúnan las exigencias de generalidad y abstracción, sino a actos de la autoridad o actos de la administración pública, a quien se desplaza la facultad sancionadora de conductas que a través del tipo penal en cuestión corresponde al legislador. La ventaja es que dicho acto de autorización permite individualizar en cada caso concreto el límite de la protección penal ambiental. Y la desventaja estriba, en que, si bien la administración ambiental es suficientemente comprometida con la defensa ambiental y respetuosa de la legalidad, también podría infringir el propio ordenamiento jurídico-administrativo, razón por la cual, la ley penal establece tipos penales criminalizando supuestos de actuación ilícita de funcionarios públicos que ex ante, requiere ser sometida a calificación legal relevante y evitar las consecuencias penales, que a su vez, debe estar sometida a la exigencia de la manifiesta vulneración del objeto ambiental, y a evitar la penalización de una simple ilicitud administrativa.

En suma, la denominada instrumentalización de la accesoriedad administrativa en el ámbito de los delitos ambientales de la legislación penal comparada, no satisface suficientemente las exigencias del principio de certeza y precisión en el establecimiento de tipos penales ambientales, y en determinados casos parece criminalizar la mera ilicitud administrativa; del mismo modo en que ocurre el desarrollo regulatorio administrativo e incoherente y profusa legislación en la que

parece ser usual la pluralidad de técnicas legislativas, que van desde la técnica del recurso de la ley penal en blanco hasta la remisión a simples decisiones o actos administrativos que no satisfacen las elementales garantías necesarias para la eficaz penalización ambiental.

4. EL DESVALOR DE RESULTADO

Aunque no existe detallados estudios doctrinales en la determinación del disvalor de resultado en el terreno de los delitos ambientales en el ámbito del derecho penal comparado latinoamericano, interesa ahora el tratamiento de tipos penales que adoptan formulas de peligro concreto y de resultado lesivo, en tanto que, como explica CARO CORIA¹⁷, los tipos de peligro concreto concuerda plenamente con el principio de prevención del daño ambiental establecidos en las leyes del medio ambiente.

En tal sentido, si la imposición de la sanción penal sólo se justifica como medio de protección de bienes jurídicos (medio ambientales) entonces no se colige la criminalización de comportamientos que se sospecha o se presume que podrían originar un peligro real. Así, la instauración, en la legislación penal comparada (...), de la fórmula del peligro abstracto, en la que solo basta la realización de la conducta típica para admitir la puesta en peligro del bien jurídico-que se considera importante en la afectación directa o indirecta del interés ambiental- se constituyen en función de tipos penales sobre la base de la presunción iure et de iure de la causación del peligro, siendo suficiente demostrar la consumación de la acción típica para admitir la existencia del peligro.

El problema en la defensa de la noción de peligro abstracto opuesta a un derecho penal de lesividad, ya no es facilitar la evasión de medios probatorios en función de las presunciones, sino evitar la realización de

¹⁷ CARO CORIA, Carlos, La protección Penal del Ambiente., pp. 271-272.

hechos punibles que, desde la perspectiva ex-ante, se valoren como peligrosos para el bien jurídico-penal, de modo que no será suficiente verificar la realización del comportamiento sino que debe demostrarse su idoneidad para crear un peligro efectivo y real.

Otra problemática presente en la defensa del peligro abstracto, es que al criminalizarse tipos penales que describen con claridad la puesta en peligro o lesión de bienes ambientales (tales como el agua, el aire, el suelo, la flora y fauna), pierde fuerza la adopción de la fórmula del peligro abstracto en tipos penales en donde no tiene fundamento político criminal la tipificación de la abstracta puesta en peligro del ambiente, sino la lesión o puesta en concreto peligro de los objetos ambientales, técnica con la que se evita fundar el común argumento de que la eficaz protección de los bienes colectivos requiere de la instrumentación de tipos penales de peligro abstracto.

Bajo esta lógica formulaciones normativas que contempla en distinta intensidad y gravedad el disvalor de resultado bajo la expresión de lesión que ("causan perjuicio" "alteraciones") y formulas de peligro concreto adoptadas en el elemento normativo del tipo que está inmerso en los denominados tipos de lesión ("puedan causar perjuicio o alteraciones" de la flora y fauna y los recursos hidrobiológicos"); formulaciones que limita aun mas el alcance criminalizador del tipo penal de lesión y el peligro que opera simultáneamente-y no de modo alternativo- los bienes jurídicos de de la flora, fauna y recursos hidrobiológicos; simultaneidad que no exigen algunos tipos dada la alternativa afectación de dichos bienes ambientales, los que se extiende a los disvalor de resultado como la creación de tipos de concreto "peligro para [a salud de las personas y sus bienes]", pero que en algunos casos se recurre a formulas difusas como cuando se refiere a "perjuicio o alteración de carácter catastrófico" o la "afectación de "recursos naturales que constituyen la base de la actividad económica", y que difícilmente

permite las exigencias de determinación o certeza de la acción típica.

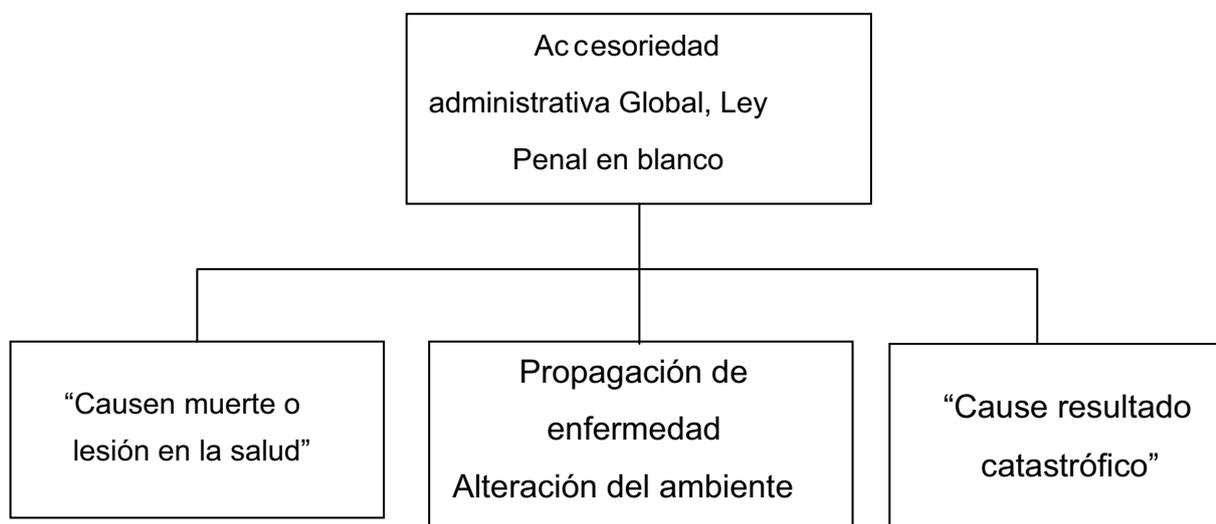
Similar criterio se aprecia en tipos de resultado de un mayor disvalor, de resultados de lesiones graves donde es necesaria verificar un mayor peligro para el bien jurídico como cuando se está ante fórmulas de "lesiones graves y/o muerte", tipos en los que se exigen aun la concurrencia del dolo o culpa cuando la formulación de que disvalor determina que la lesión "sean consecuencia directa de la acción culposa o dolosa"; cláusula que reduce aun más el ámbito de calificación penal, y desplaza como es lógico, el recurso a favor de la imposición penal atenuada o las reglas de concurso de delitos.

De otro lado, un tipo de peligro concreto en los que se exige la creación de un riesgo en los delitos relativos a "actividades forestales o faunicas indebidas", "daño forestal" o "uso indebido de tierras agrícolas" y "alteraciones de paisaje" y el "equilibrio ambiental", o de especies de vicuñas, guanacos, sus híbridos y sus derivados", se observa que son tipos de lesión de objetos ambientales específicos.

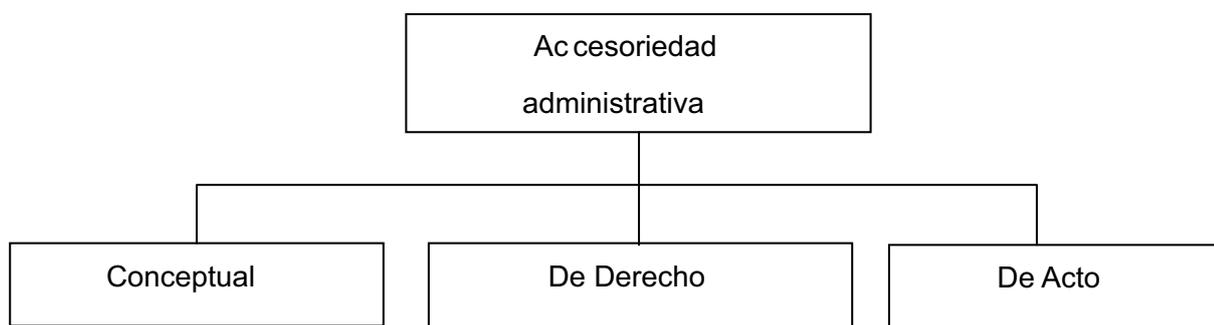
Los tipos de mera actividad en los que se aprecia la mera realización de una conducta de peligro abstracto, y no la creación de un peligro concreto, o lesión de algún objeto ambiental, se presenta también en la legislación penal comparada, en especial, en supuestos de responsabilidad funcional como cuando se trata del "otorgamiento ilegal por parte del funcionario público de una licencia de funcionamiento", "la autorización ilícita de un proyecto urbanístico" "inobservancia de requisitos formales"; del mismo modo que ocurre en lo relativo a delitos de manipulación de desechos industriales o domésticos en los que tipos que sanciona la "eliminación o comercio en lugares no autorizados o violando las normas sanitarias o de protección del medio ambiente", o de ingreso en el territorio nacional de productos calificados por las normas respectivas como tóxicos o peligrosos" o "La oferta o venta pública disposición o

DELITOS AMBIENTALES		CODIGO PENAL ARTÍCULOS							
Nº	TIPOS PENALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	PERU	ECUADOR	COLOMBIA	MÉXICO	PANAMÁ	CHILE	VENEZUELA Ley Penal Amb. 1992	
A	Contaminación del medio ambiente	304°, 305°	437°-A, 437-C 437 - D		420, V, VII	394°, 396°		28-31°, 35-38	
B	Incumplimiento de normas sanitarias y del medio ambiente	370°, 307°-A	437°-B			394°			
C	Ingreso y Manipulación ilegal de residuos tóxicos o peligrosos en territorio nac.	307°-A	437°-A, 437°-F			396°		62, 63, 42-43° 45, 46	
D	Depredación de flora y fauna	308°	437°-A		420 quetr.420	398°		48-54 55-58	
E	Depredación de recurso forestal (bosque)	310°	437°-A, 437°-H		320°	402°		49-50, 57, 58	
F	Extracción prohibida de especies acuáticas, flora y fauna	309°	437°-F, 347°-G		320°	397°, 398, 39°, 400°			
G	Uso indebido de tierras agrícolas con fines urbanísticos u otros.	311°	437°H			402, 403°		42 – 43°	
H	Autorización ilícita de proyecto urbanístico	312°	437°-I, 437°-J			408°			
I	Alteración del ambiente natural	313°							
J	Responsabilidad funcional	306°	437°-E, 437°-I						
K	Suministro de información inexacta o incumpla normas en los EIA Y EL PAMA				420°quater.	404°, 405° 406°			
L	Manipulación organismo modificado				420Ter.				
M	Emisión radiactiva e ionizante							45 - 46	

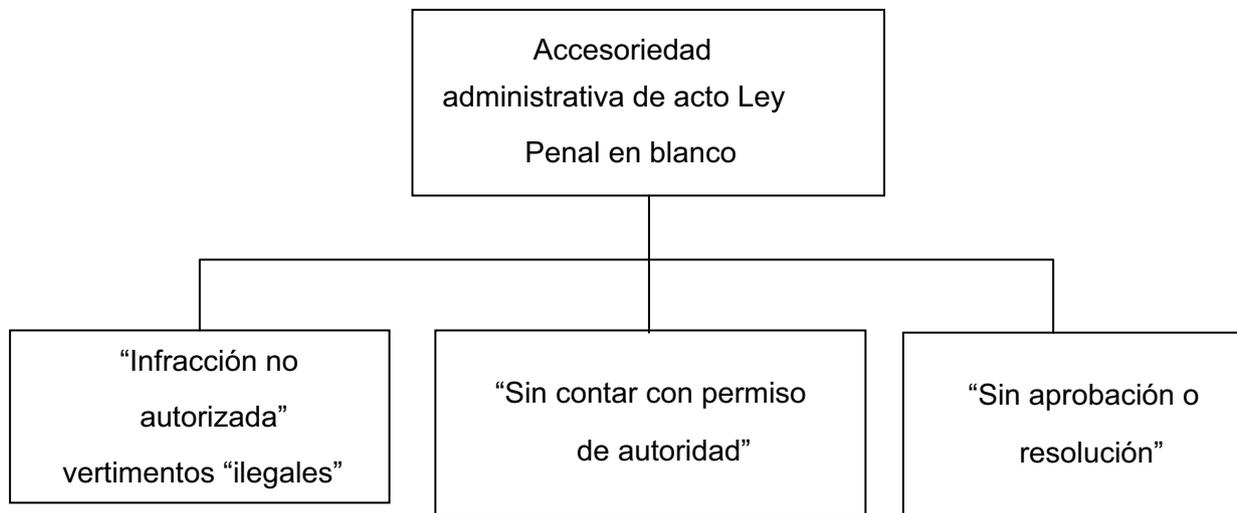
TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN AMBIENTAL



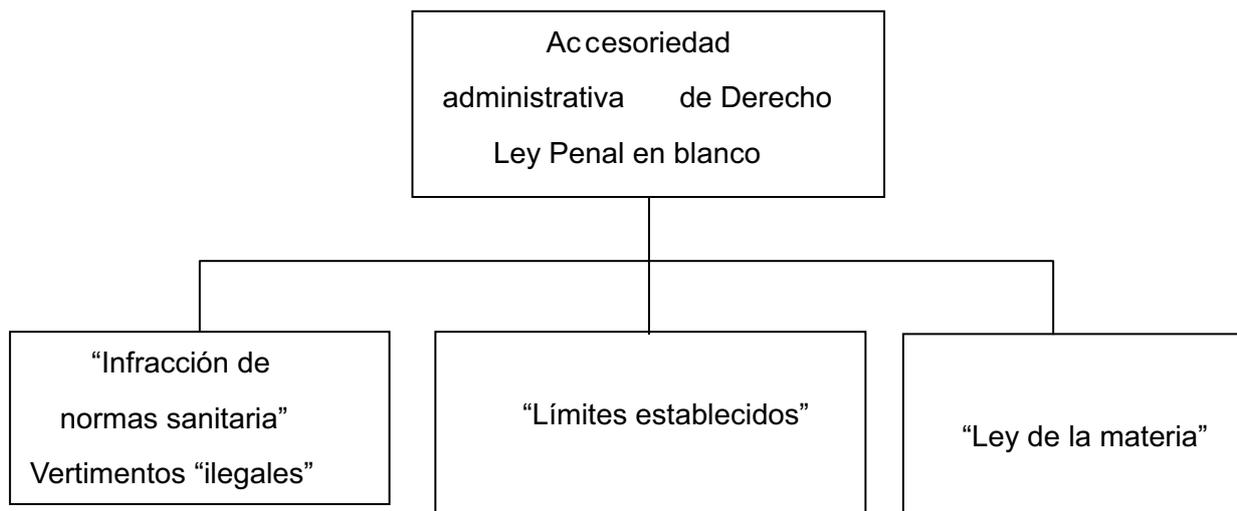
TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN AMBIENTAL



TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN AMBIENTAL



TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN AMBIENTAL



ALGUNOS RETOS PARA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Por Ana Sylvie Ventura Caverro*

SUMARIO

1. Introducción, 2. La Propiedad Industrial, 2.1 Conceptos enunciativos, 2.2 Conceptos que centran su atención en el origen de la invención, 2.3 Conceptos que vinculan los elementos creación humana y derechos patrimoniales, 3. Ámbito de protección, 4. La Propiedad Industrial y los Conocimientos Tradicionales (Traditional Knowledge), 5. La Propiedad Industrial y los Recursos Genéticos (Genetic Resources), 6. Conclusiones, 7. Referencias Bibliográficas.

1. Introducción

Desde los albores de la historia, el hombre ha creado objetos que le permitan mayor comodidad en la satisfacción de sus necesidades, por ejemplo utensilios para comer, pescar, cazar, entre otros; sin embargo, la titularidad de la creación de dichos "inventos" pasó desapercibida.

En las grandes civilizaciones del mundo antiguo, existieron hombres de mentes privilegiadas, cuyas creaciones fueron respetadas y divulgadas por sus discípulos; pero no se tiene conocimiento que alguna norma positiva protegiera las mismas.

En 1710, surge en Inglaterra The Statute of Anne, promulgado por la Reina Ana de Inglaterra, que de acuerdo a la Intellectual Property Office de Inglaterra, introduce dos nuevos conceptos: - Un autor es el dueño del copyright, entendido como derechos del autor. - El inicio de un plazo fijo para la protección de las obras publicadas.

Posterior a la emisión de dicho cuerpo normativo, se generan disposiciones legislativas en diversos países del mundo y con ello el interés por la protección de la propiedad intelectual y la propiedad industrial.

Es de este modo que en 1967 se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, cuya secretaría se encuentra en la ciudad de Ginebra en Suiza, quienes refieren que la propiedad intelectual se divide esencialmente en dos ramas, a saber: la propiedad industrial y el derecho de autor.

Referente a la propiedad industrial, existen diversas formas de cómo es entendida. Por lo general se asume que tiene importancia para la industria y el comercio; sin embargo ¿es posible que también pueda tener relevancia para manifestaciones culturales, conocimientos tradicionales de nuestros pueblos, e incluso para que pueda hacer frente a fenómenos actuales como la biopiratería?

2. La Propiedad Industrial

Diversos autores han brindado sendos conceptos sobre la propiedad industrial. A fin de analizarlos, los hemos clasificado de la siguiente manera:

2.1 Conceptos "enunciativos"

Constituyen listados, que hacen referencia al mismo contenido de la propiedad industrial, entre ellos se tiene el vertido por Rangel Medina (1991) que señala a la propiedad industrial como el "*conjunto de normas reguladoras de dos grupos de*

* Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga.

- h. Las marcas colectivas;
- i. Las marcas de certificación;
- j. Los nombres comerciales;
- k. Los lemas comerciales; y
- l. Las denominaciones de origen.

El artículo 14 de la Decisión 486, Régimen Común sobre la Propiedad Industrial, establece que se otorgarán patentes, cuando las invenciones sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial. Esta exigencia constituye una "barrera" para que los conocimientos tradicionales de los pueblos, uso de recursos genéticos, sean patentados como tales y por ende no sean protegidos por estas disposiciones legales; sin embargo en nuestro país se vienen estudiando propuestas a fin de vincular los conceptos de propiedad industrial, conocimientos tradicionales y uso de recursos genéticos.

4. La Propiedad Industrial Y Los Conocimientos Tradicionales (Traditional Knowledge)

La propiedad industrial tiene mucha relevancia dentro del campo de la industria y el comercio; sin embargo como lo menciona el Convenio de París en el artículo 1.3 implica también el dominio de las industrias agrícolas y extractivas. Ello permitiría la protección de la forma, el procedimiento, los instrumentos que los propios agricultores utilizan, que además involucran habilidades, prácticas que se desarrollan, mantienen y transmiten de generación en generación dentro de una comunidad y que forman parte de su identidad cultural o espiritual.

De acuerdo a UNESCO (2013), el conocimiento local e indígena alude a los cuerpos de conocimientos, prácticas y representaciones, de naturaleza acumulativa y compleja, preservados y desarrollados por pueblos con extensas historias de interacción con el medio ambiente natural. Estos sistemas

cognitivos conforman un conjunto que también incluye la lengua, el apego a un lugar, la espiritualidad y la visión de mundo.

Cabe señalar que en el Perú contamos con una ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, Ley 27811, promulgada el 8 de agosto de 2002, que constituye la primera norma de protección de conocimientos tradicionales asociados a la diversidad, a través de la cual se establece un sistema de registro de patentes de invención relacionada con productos o procesos obtenidos a partir del conocimiento colectivo. Sin embargo, y tal como lo refiere la OMC (2005) es una de las preocupaciones del Perú y varios otros países (entre ellos el Grupo de Países Mega diversos afines), el hecho que el sistema de patentes tal como opera en la actualidad da lugar en muchos casos a situaciones en las cuales invenciones generadas, de manera directa o indirecta, de recursos genéticos de origen peruano o conocimientos tradicionales de sus comunidades, pasen los exámenes de novedad o altura inventiva cuando no deberían hacerlo.

5. La Propiedad Industrial y los Recursos Genéticos (Genetic Resources)

Tal como lo refiere Gómez Lee (2004) en el siglo XXI, la economía global está encaminada hacia la así llamada "industria de la vida" y esta se dedica a la búsqueda de especies desconocidas y nuevas formas de vida que, en su mayoría, se encuentran en los países en vías de desarrollo, ricos en biodiversidad. Por ende, es necesario dotar de mecanismos de protección a nuestros recursos genéticos (Genetic Resources) (entendidos como material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de herencia; por ejemplo plantas medicinales, cultivos agrícolas y razas animales), ya que se viene presentando el

fenómeno denominado "biopiratería"¹.

La biopiratería según Apte (2006) puede incluir uno (o ambos) de los siguientes aspectos:

a) Obtención de derechos de propiedad intelectual para tener el control monopólico sobre los recursos biológicos, los conocimientos tradicionales conexos, o productos comerciales basados en estos recursos o conocimientos sin el consentimiento, ni los beneficios que se dirigen a los titulares originales de los recursos / conocimientos.

b) Explotar comercialmente los recursos biológicos o conocimientos tradicionales asociados sin el consentimiento, ni los beneficios que se dirigen a los titulares originales de los recursos/conocimientos.

En nuestro país, desde el año 1994 se viene trabajando en diversas propuestas para proteger nuestros recursos genéticos y vincular, de alguna manera, el sistema de patentes con el régimen de acceso a los recursos genéticos. Es así, que el primer antecedente normativo a nivel mundial donde se establece una vinculación directa y explícita entre la propiedad intelectual y el acceso a los recursos genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales, se encuentra en el Reglamento de Protección de Variedades Vegetales del Perú, aprobado por el Decreto Supremo 008-96-ITINCI. Actualmente tenemos el Decreto Supremo N° 035-2011-PCM que aprueba el Reglamento de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.

En este marco de protección, también es necesario referirnos a la Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería que fue creada a través de la Ley 28216 en el año 2004.

6. Conclusiones

1. La propiedad industrial puede ser considerada desde diversos puntos de vista; entre ellos se destacan los conceptos que vinculan las creaciones humanas con los derechos patrimoniales que estas originan; en ese sentido se podría entender que los conocimientos tradicionales de los pueblos y el uso de sus recursos genéticos pueden ser considerados como parte de la propiedad industrial.

2. Si bien es cierto la Decisión 486 Régimen Común de Propiedad Industrial, concordante con el Decreto Legislativo 1075, establece que las patentes deben contar con requisitos de novedad, nivel inventivo; estos requisitos son objeto de estudio ya que para las patentes de conocimientos tradicionales y uso de recursos genéticos no deberían ser exigibles, por tener éstos características especiales.

3. El Perú, parte del grupo de los países megadiversos, es uno de los pioneros en la protección de los conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos; sin embargo es necesario continuar con la implementación de políticas públicas y emisión de normas jurídicas que permitan su desarrollo.

7. Referencias Bibliográficas

- Apte, T. (2006). *A simple guide to Intellectual Property Rights, biodiversity and traditional knowledge*. New Delhi: GRAIN IIED Kalpavriksh.
- Gómez Lee, M. I. (2004). *Protección de los Conocimientos Tradicionales en la negociaciones TLC* (Vol. Número 1 de CEREC Serie Mujeres). (G. y. Facultad de Finanzas, Ed.) Colombia.
- Llobregat Hurtado, M. L. (2007). *Temas de Propiedad Industrial*. Madrid, España: La Ley.
- Moreno Baldivieso, R. (2000). *Temas de Propiedad Intelectual*.
- OMC. (2005). *Biodiversidad, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: Posición del Perú en relación a la divulgación de origen y procedencia legal*. Organización Mundial de Comercio.

¹ Entendemos por biopiratería la apropiación ilegítima y la mercantilización de los recursos biológicos y de los conocimientos tradicionales de las comunidades locales e indígenas. Con el objetivo de lucrar, los biopiratas utilizan productos naturales libremente disponibles (las plantas, semillas, hojas, etc.), copiando así las técnicas de las comunidades que las usan cotidianamente y desde generaciones, para alimentarse o curarse. Son principalmente firmas farmacéuticas, agroalimentarias o cosméticas que explotan la biodiversidad para elaborar productos presuntamente "innovadores", los cuales son monopolizados gracias al sistema de patentes. La mayoría de las veces, esos productos se inspiran íntegramente en las técnicas y conocimientos de las comunidades locales los cuales son compartidos de manera colectiva desde tiempos inmemoriales.
Extractado de http://www.biopiraterie.org/sites/default/files/etudes/Livret_Es_310512.pdf

EFICACIA Y CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*

Por José Martín Bonilla Leonardo**

Sumario

1. Derecho Penal del Enemigo; 1.1. La expansión del Derecho Penal; 1.2. Derecho Penal del Enemigo: una aproximación inicial; 1.3. La Solución de Jakobs frente a los "enemigos"; 1.4. Características del Derecho Penal del Enemigo; 2. La recepción de la teoría en la Doctrina Penal; 2.1. Derecho Penal del Enemigo como Derecho Penal de Autor; 2.2. La eficacia del Derecho Penal del Enemigo; 3. Derecho Penal del Enemigo y los Derechos Fundamentales; 3.1. Supresión del estatus de persona; 3.2. La desproporcionalidad del Derecho Penal del Enemigo; 3.3. Reflexión Final; y, 4. Bibliografía.

"Una ley rigurosa produce muchas veces los mayores crímenes". **Voltaire**¹.

"No es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, el principal freno a los delitos". **C. Beccaria**²

1. Derecho Penal del Enemigo.

1.1. La expansión del Derecho penal.

En los últimos años, quizá de modo más agudo en Perú, somos testigos de un crecimiento en los índices de criminalidad y el esfuerzo de los Estados para disminuir este fenómeno acudiendo, con mayor incidencia, al Derecho penal³. Pues no sólo se generan nuevos tipos penales, por parte del legislador, sino que nosotros mismos muchas veces, o nuestros familiares, hemos sido víctimas de algún delito. Es este panorama el que genera un ambiente general de inseguridad, frente al cual los Estados se encuentran en la obligación de elaborar y aplicar políticas que puedan remediar esta situación. Es así que, a nivel internacional, desde el Derecho penal se busca una respuesta para hacer frente a este crecimiento de la delincuencia acudiendo para ello al Derecho penal de modo más constante. Esto en doctrina se ha denominado como la expansión del Derecho penal⁴ o simplemente la búsqueda de un sistema represivo

apropiado⁵. Y este fenómeno expansivo ha tenido sus vertientes más saltantes en lo que se ha denominado el Derecho penal simbólico y Derecho penal punitivista⁶, esto quiere decir que los Estados buscan solucionar el fenómeno de la criminalidad a través del establecimiento de nuevos delitos (Simbolismo) y además por medio de la elevación de penas en los delitos ya existentes (Punitivismo).

1.2. Derecho Penal del Enemigo: una aproximación inicial.

En su obra "*Derecho Penal del Enemigo*", publicada en el 2003⁷, el profesor Günther Jakobs señala que, no es el primero en plantear la existencia de los "*enemigos*" de la sociedad, a quienes no hay que regular con el Derecho, sino a quienes hay que combatir

* Ensayo con el cual el autor obtuvo el primer puesto en el concurso de ponencias estudiantiles del XXIV Congreso Latinoamericano; XVI Congreso Iberoamericano; y, IV Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología (Machala - 2012). En aquella ocasión el ensayo se tituló: "Los Derechos Fundamentales y los enemigos de la sociedad".

** Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga – Ayacucho – Perú. Integrante del Área de Investigación de Derecho Penal del Círculo de Investigación Jurídica *Iter Veritas*.

1 VOLTAIRE, "Comentario" al tratado de Beccaria, en C. Beccaria, De los delitos y de las penas edición de J.A. Delval, Alianza, Madrid, 1968, pág. 147.

2 FERRAJOLI, Luigi: "Derecho Penal y Estado de Derecho", en Gaceta Penal Num. 20 – Febrero de 2011, pág. 45.

3 Al menos eso es lo que el legislador nos informa al generar nuevos tipos delictivos de manera constante, recordemos que sólo en el año 2012, se han generado numerosos tipos penales como por ejemplo el delito de "*marcaje*", así como los nuevos delitos de peligro abstracto que sancionarán a los presos que posean aparatos electrónicos o de telecomunicación. Delitos sancionados hasta con 15 años de pena privativa de libertad.

4 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo". J.M Bosch editor, Barcelona, 1992, pág. 14 y ss.

5 HURTADO POZO, José: "Derecho Penal-Parte General", 3ra. edición, editorial Grijley, Lima, 2005. Pág. 81

6 JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho Penal del Enemigo", Thomson-Civitas editor, Madrid, 2003, pág. 62.

7 Para un bien documentado e idóneo análisis de la evolución de este pensamiento desde su proclamación en 1985, hasta sus recientes re-plantamientos véase POLAINO-ORTS, Miguel: "Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un concepto", editorial jurídica Grijley, Lima, 2006.

representan un peligro, mediante la coacción¹⁷ y no regularlos mediante el Derecho, como se haría con cualquier persona. Pero la argumentación de Jakobs no queda allí, pues propone que estos mecanismos deben ser aplicados contra estos enemigos antes de que destruyan el ordenamiento jurídico, esto es, el enemigo es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad¹⁸.

1.4. Características del Derecho Penal del Enemigo.

En el sentido expuesto, tres serían las características que Jakobs propone para el Derecho penal del enemigo:

1. La punibilidad del Derecho Penal es respecto a hechos futuros;
2. Las penas son desproporcionalmente altas;
3. Garantías Procesales son relativizadas e incluso suprimidas¹⁹. A estas características Cancio Meliá agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por JAKOBS) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales²⁰. Asimismo, el profesor Luis Gracia Martín señala una característica más en determinadas regulaciones del Derecho penitenciario que endurecen las condiciones de clasificación de los internos²¹, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional²². Por ello, se destaca la naturaleza del Derecho penal del enemigo, la cual nos lleva a intuir que este mecanismo puede estar siendo empleado inclusive en nuestra propia

legislación en materia penal²³.

2. La recepción de la teoría en la doctrina penal.

2.1. Derecho Penal del Enemigo como Derecho Penal de Autor²⁴.

Antes de emprendernos en el presente trabajo, estábamos convencidos de que ya había quedado atrás el Derecho penal de *autor*, en tanto este sistema de sanción penal se basa en el criterio del **tipo de autor**, en función del cual se sanciona a determinadas personas por ciertos rasgos personales o psicológicos que le hacen proclive a ser considerado "socialmente peligroso" (v.gr. tipo criminológico de violador, estafador, asesino, reincidente, etc.)²⁵. Es decir en este sistema penal no se te sanciona por la acción que has cometido y en tanto haz lesionado un bien jurídico, sino se te sanciona por la personalidad especialmente peligrosa que representas, y es por ello que el Derecho penal de autor, alarmantemente, no han quedado en el pasado.

Por ello, no le falta razón a Cancio Meliá cuando señala que el Derecho Penal del Enemigo es el resurgimiento de un Derecho penal de autor en tanto la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos -los "enemigos"- más que en la definición de un "hecho"²⁶; en el mismo sentido se expresa Demetrio Crespo para quien el llamado "Derecho Penal del enemigo", fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandonando el principio básico del Derecho Penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias

17 Ibid. Pág. 25-26

18 Ibid., pág. 43.

19 JAKOBS, Günther. "Estudios de Derecho Judicial" Pág. 20, en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. (...) Ob. Cit., pág. 80-81.

20 GARCÍA CAVERO, Percy. "¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?", Inédito, pág. 4-5.

21 FARALDO (dir.) y BRANDARIZ/Puente (coords.), "Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 310, en Vid., GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"», *RECPC* 07-02 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>, pág. 11.

22 FARALDO (dir.) y BRANDARIZ/Puente (coords.), "Nuevos retos (...) Ob. Cit., pág. 11

23 ALCOCER POVIS, Eduardo: "El Derecho Penal del Enemigo, ¿Realización de una opción político criminal de una criminal política de Estado?, asimismo, en su artículo "Más sobre Derecho penal del enemigo. Repaso a sus manifestaciones en el Perú", Lima, 2006; en el mismo sentido GARCÍA CAVERO, Percy. "¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?", pág. 7 y ss.

24 Recordemos que nuestro ordenamiento jurídico penal se adscribe al sistema del Derecho Penal de Hecho o de acto y no al de autor, por ello el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal se establece: "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)".

25 POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Introducción al Derecho Penal", editorial jurídica Grijley, Lima, 2008, pág. 208.

26 JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. (...) Ob. Cit., pág. 101.

del ya históricamente conocido como "derecho penal de autor"²⁷.

Con todo lo expuesto en este apartado, desde Cancio Meliá, el Derecho penal del enemigo no sólo cruza la frontera hacia un Derecho penal de autor, sino que no es una solución idónea pues, la mayor desautorización que puede corresponder a los enemigos es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor²⁸.

En ese sentido, la idea expuesta por el penalista Cancio Meliá es brillante, pues, si se aplicasen sanciones tan severas que implicaran una despersonalización de algunos tipos de delincuentes, el efecto que se lograría sería darle un mayor impacto a su delito y otorgarle un mayor estatus delictual, si cabe el término, en tanto se reconocería que sus acciones son tan peligrosas que ponen en peligro elementos esenciales de la configuración social, por tanto lo correcto sería afirmar que su actuar no es un atentado que destruirá la sociedad – pues tal vez esa es la finalidad de su accionar, por ejemplo cuando se trata de "terroristas" – sino sólo dar a conocer su comisión como un delito que debe ser sancionado conforme al derecho penal y con ello actuar conforme al Derecho penal de Hecho que se encuentra acorde con el Estado de Derecho²⁹.

2.2. La eficacia del Derecho Penal del enemigo.

El discurso del derecho penal del enemigo, como un *corsi e ricorsi*³⁰, propugna la severidad –o incluso la crueldad- de la actuación del Estado, a tal punto que se profesa suprimir la categoría de personas a determinados individuos en razón al peligro que representan. Pero esta idea –como lo señala Jakobs – no es reciente en la historia de la humanidad, pues debemos recordar el periodo precedente a la Ilustración, donde el Derecho penal era tan duro que se imponía la pena de muerte incluso para el delito de hurto³¹. Claro que, esto no ha quedado atrás pues la pena de muerte sigue vigente y se aplica por ejemplo en Estados Unidos. Pero frente a ello, cabe preguntarnos, ¿realmente se soluciona el crecimiento de la delincuencia acudiendo a estas y otras soluciones?

No es la primera vez que se acude a manifestaciones como el Derecho Penal del Enemigo, y por ello, tenemos el dato histórico de que este tipo de acciones no son la solución al crecimiento de la criminalidad, pues ya desde la Ilustración conocemos que en los países donde las penas son leves, éstas impresionan el espíritu del ciudadano del mismo modo que las graves en otros lugares³². Es decir que, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, el principal freno a los delitos³³.

En ese sentido, este recrudescimiento del Derecho Penal no sólo fue ineficaz en la antigüedad, sino que también lo es en nuestros tiempos, pues los estudios empíricos actuales demuestran que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad³⁴. Por ello,

27 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "El Derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein!- Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", pág. 99, este artículo ha sido publicado en: CANCIO Meliá, Manuel y GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (cords.), "Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión", Buenos Aires-Montevideo, Vol. 1, Edisofer, 2006, pp. 473-509.

28 JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. (...) Ob. Cit., pág. 98.

29 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "El Derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein! (...) Ob. Cit., pág. 88

30 JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. "Corsi e ricorsi: La vuelta de Von Litz", en VON LITZ, Franz. "La idea de fin en el Derecho Penal", Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Valparaíso de Chile, México, 1992. En esta obra Jiménez de Azúa nos dice que los planteamientos del Derecho Penal no se extinguen sino que tienen un giro cíclico, es decir vuelven a estar vigentes luego de un tiempo: *corsi e ricorsi*.

31 PRIETO SANCHÍS, Luis: "La Filosofía Penal de la Ilustración". Editorial Palestra, Lima, 2007, pág. 282.

32 MONTESQUIEU: (1748) "Del espíritu de las leyes", prólogo de E. Tierno Galván, trad. De M. Blásquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972. Pág. 105.

33 FERRAJOLI, Luigi: "Derecho Penal y Estado de Derecho", en Gaceta Penal Num. 20 – Febrero de 2011, pág. 45.

34 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política criminal. Madrid, 2001, p. 40: "Paradigmático es el caso de la pena de muerte en los estados Unidos, donde su mayor adopción e n diversos Estados no ha significado un descenso de las tasas de criminalidad. Tal parece, que a la Sociedad norteamericana tal pena le produce un efecto simbólico de mayor seguridad". GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de criminología. 2ª edición, Valencia, 1999, p.224: "La supuesta eficacia preventivo-general de la pena, tal y como se formula para los juristas y teóricos de la prevención, no deja de ser probablemente más que una pálida e ingenua imagen de la realidad, a la luz de los conocimientos empíricos actuales". HASSEMER. Winfried. "El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho penal 'eficaz'". Inédito. Sostiene que "Las experiencias habidas con los 'déficits de funcionamiento' del moderno Derecho, penal y con el llamado "Derecho penal simbólico" enseñan que una mayor contundencia de los instrumentos jurídico penales ("more of the same") no siempre ha mejorado su idoneidad en la solución de los problemas. Ello quizás podría deberse a que la subsidiariedad del Derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o sociales, no sólo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado: los medios jurídico penales sólo son idóneos para resolver muy pocos problemas", todo en ALCOCER POVIS, Eduardo: "El Derecho Penal del (...) Ob. Cit. Pág. 17.

consideramos que tampoco es la solución en nuestro país, más aún si el endurecimiento, no sólo de las sanciones, sino de las condiciones penitenciarias es una práctica que se efectúa hace mucho tiempo³⁵ y no vemos que la delincuencia disminuya, sino parece estar en aumento.

Y es frente a este alarmante aumento que – no sólo desde el discurso del ejecutivo, sino a través de modificatorias constantes en el Código Penal – que se ha estado empleando al Derecho Penal como principal instrumento de combate al crimen, esto es agravando penas, recrudesciendo el sistema penitenciario e incluso generando nuevos tipos penales; y, sin embargo, la estadística criminal nos da una señal objetiva de que este mecanismo no ha sido capaz de frenar este crecimiento delictivo, pues el Ministerio Público ha registrado un total 1'088,489 delitos en 30 distritos judiciales entre el 01 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, siendo que en el año 2008 se reportaron 289,338 delitos, incrementándose en el 2009 a 371,527 y en 2010 a 427, 624; es decir, en el 2009 se produjo un incremento de 28.4% en comparación con el 2008, mientras que en el 2010 la incidencia delictiva se incrementó en 15.1% respecto al año anterior³⁶. Y todas estas cifras no hacen sino mostrar la *ineficacia* del Derecho penal del enemigo.

Por las razones expuestas, se evidencia que acudir al Derecho Penal del enemigo no es la mejor de las soluciones y por tanto, al efectuar un análisis económico del Derecho Penal del enemigo se llega a la conclusión de que es inviable su aplicación, en tanto no representa un beneficio, pues a través del análisis económico se traslada al derecho, desde el mundo de los conceptos, a la realidad; simplificando las expectativas de las personas a un razonamiento costo-beneficio. En ese orden de ideas, redactar una ley o preparar una sentencia, son actos, respecto de los cuales, los ciudadanos necesitamos saber cómo

influirán en la sociedad³⁷. Y en el caso del Derecho penal del enemigo, objetivamente, podemos afirmar que no es eficaz frente al crecimiento de la criminalidad.

3. Derechos Fundamentales y Derecho Penal del Enemigo.

3.1. Supresión del Estatus de Persona.

Sabemos que uno de los principales planteamientos por parte del Derecho Penal del enemigo es la supresión del estatus jurídico de persona respecto a algunos individuos que son considerados fuentes de peligros³⁸. En ese sentido cabe preguntarnos, ¿es esto admisible desde la teoría de los Derechos Fundamentales?

Frente a ello, se podría afirmar que no existe mayor problema pues si el Derecho penal del enemigo priva a un individuo de su condición de persona jurídica, no significa por eso sólo que, además, niegue a aquél su condición de hombre³⁹. Sin embargo, la supresión de la condición de persona no se salva por el hecho de que no se profese la supresión del ser humano (aunque a veces sí, con la pena de muerte).

En ese sentido, el reconocimiento del ser humano como persona, implica el presupuesto necesario para que pueda establecerse una relación de Derecho, ya que no considerarlo persona implicaría legitimar que se le pueda tratar con la pura coacción, pues como alguna vez dijera Welzel todo mandato que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto, convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas. Por el contrario, el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un

35 GARCÍA CAVERO, Percy. "¿Existe y debe (...)" Ob. Cit. En esta obra el autor desarrolla las manifestaciones en nuestro país, las cuales son de algunas décadas atrás.

36 MINISTERIO PÚBLICO, "El crimen y la violencia en cifras", Observatorio de Criminalidad, Fiscalía de la Nación, Lima, 2011. Pág. 5

37 BULLARD, Alfredo. Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales. Lima, 2003, pág. 37, en ALCOCER POVIS, Eduardo: "El Derecho Penal del (...)" Ob. Cit. Pág. 15.

38 JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. (...) Ob. Cit., pág. 22.

39 GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"», *RECPC* 07-02 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>, pág. 33.

orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho⁴⁰.

No obstante lo señalado, no se debe considerar como sujeto de imputación penal a la *persona* – error de Jakobs – en tanto en última instancia, como ya indicara Maiwald, en Derecho penal "sujeto de la imputación es el hombre, si y en la medida en que actúa responsablemente"⁴¹. Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también es el hombre y no la persona, tal como lo enfatiza Schünemann al decir que "el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso"⁴². En consecuencia vemos con nítida claridad que el problema no es la supresión del estatus de *persona*, sino que el problema es que la mayor gravedad de la sanción del Estado siempre ha de padecerlo el ser humano.

Sin embargo, reafirmando la tesis inicial del presente apartado, debemos recordar el reconocimiento del hombre como persona, como ser responsable, como ya pusiera de relieve Stratenwerth, es el principio que constituye la directriz de toda regulación de conductas humanas y el que, por ello mismo, se encuentra en el punto de partida del Derecho penal⁴³. Es así que debemos ser conscientes del peligro que implica para los derechos fundamentales la teoría del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs, en tanto la noción funcionalista de persona abandona la **concepción tradicional** de persona en sentido natural, naturalístico, prejurídico u ontológico. Por el contrario, constituye un concepto **eminentemente normativo**, cuya

esencia no proviene de una idea individual de la **dignidad humana** sino del reconocimiento social de ciertas **expectativas normativamente protegibles**⁴⁴. Y es que Jakobs se basa en Hegel quien decía "*trata a los demás como personas para ser tratado como persona*"⁴⁵, por ello trasladando este postulado al Derecho Penal Jakobs propone que, sólo es persona quien cumple su rol y da garantías de que se conducirá conforme al Derecho⁴⁶, lo cual es inadmisibles pues un ser humano es considerado como persona no porque el Derecho lo diga sino porque dicha categoría se sustenta en su misma dignidad y es en ese sentido que el Derecho Penal del Enemigo es ilegítimo en tanto no respeta la dignidad humana⁴⁷.

Por ello afirmamos que el Derecho Penal del Enemigo no respeta la dignidad humana al suprimir el estatus jurídico de persona, y ello también se extrae de los diferentes instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos⁴⁸, en tanto, de ellos se desprende el derecho humano – fundamental – de que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

3.2. La desproporcionalidad del Derecho Penal del Enemigo.

Como lo advertimos en la introducción del presente ensayo, debíamos analizar en la parte final si era viable conforme a la teoría de los derechos fundamentales la introducción de legislación que sea expresión del Derecho Penal del Enemigo en los Estados

40 WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del Derecho Penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista", traducción y notas por José Cerezo Mir, segunda reimpresión, editorial B de F, Buenos Aires, 2004. Pág. 250-251, en GRACIA MARTÍN, «Consideraciones (...) Ob. Cit. Pág. 35 ss.

41 Véase MAIWALD, ZStW, 1966, p. 54; y en el mismo sentido, Hardwig, Die Zurechnung, Crram, de Gruyter, Hamburg, 1957, pp. 117 ss., en GRACIA MARTÍN, «Consideraciones (...) Ob. Cit. Pág. 37.

42 SCHÜNEMANN, La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico penal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, p. 655. En GRACIA MARTÍN, «Consideraciones (...) Ob. Cit. Pág. 37. En el mismo sentido, citado por el mismo autor ZAFFARONI, Eugenio R.: "Derecho Penal Parte General", 2da. Edición, editora Ediar, Buenos Aires, 2002. Pág. 94.

43 CEREZO MIR: "Problemas fundamentales del Derecho penal", Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 56 ss, en GRACIA MARTÍN, «Consideraciones (...) Ob. Cit. Pág. 38.

44 GARCÍA CAVERO, Percy: "Derecho penal económico. Parte General", tomo I, 2da. Edición, Grijely, Lima, 2007, pág. 34, en POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Introducción al Derecho Penal", editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008. Pág. 128 ss.

45 POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Introducción (...) Ob. Cit., pág. 129 y ss.

46 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: "Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal", J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005.

47 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "El Derecho penal del enemigo Darf (...) Ob. Cit. Pág. 92, en el mismo sentido NUÑEZ LEIVA, José Ignacio: "Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignitario".

48 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 6: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"; en el mismo sentido Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 1, inciso 2: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", asimismo, en su artículo 3: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

contemporáneos y en concreto en el Estado peruano. Aunque consideramos que la estadística criminal, ya nos ha demostrado su inviabilidad; sin embargo, consideramos de suma importancia que el problema debe ser abordado también desde el ámbito constitucional.

Por ello, debemos recordar que desde el momento en que pasan a considerarse parte del Derecho positivo, los derechos fundamentales adquieren un doble carácter o una doble naturaleza. Por un lado aparecen en su vertiente clásica de garantía de posiciones subjetivas; por otro se convierten en normas, y estas normas irradian todo el ordenamiento normativo⁴⁹. Siendo así, y a efectos del Derecho Penal, precisamos que el primer antecedente histórico de la relación entre constitución y derecho penal lo encontramos en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se establecen los límites del accionar del Estado al ejercer su poder punitivo⁵⁰, y desde aquel antecedente histórico las legislaciones penales deberían haber ido respetando la proporcionalidad en tres momentos:

1. Al momento de la creación de la Ley Penal;
2. Al momento de aplicación de la Ley Penal; y,
3. Al momento de ejecución de la Ley Penal⁵¹.

En ese sentido, la importancia de que el Derecho Penal respete la proporcionalidad en estos tres momentos se encuentra en que debemos procurar desde la legislación misma el Estado de Derecho, pues no todo Estado es Estado de Derecho (no basta con un Estado administrativo de Derecho), sino que el Estado de Derecho supone la institucionalización jurídica de la democracia política, que encuentra en los Derechos Humanos su verdadera razón de ser⁵². Por ello, los

Derechos Humanos han de ser también el vínculo irrenunciable entre el ser y el deber ser del Derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la barrera infranqueable a toda pretensión político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática⁵³. Y es por ello que, propugnamos un Derecho Penal que respete la proporcionalidad en los tres momentos ya señalados, lo cual no se cumple en una legislación del Derecho Penal del enemigo, en tanto esta criminaliza acciones que aún no han lesionado un bien jurídico concreto, sino sólo en el campo hipotético, lo cual implica un adelantamiento o anticipación de las barreras de protección penal, donde se sanciona con penas altísimas por ejemplo, la sola pertenencia a una organización delictiva, o el sólo hecho de colaborar con alguna de ellas como es el caso del tráfico de drogas⁵⁴.

Es decir, se establecen sanciones en razón a las consecuencias futuras del hecho y se castiga a las personas en un momento previo a la lesión de un bien jurídico, y ello es incorrecto, en tanto la proporción en Derecho penal ha de predicarse entre la **gravedad de la pena y gravedad del delito ya cometido (retrospectivamente)**, por exigencias del **principio de hecho**, pero no entre **gravedad de la pena y peligrosidad futura** del sujeto (**prospectivamente**)⁵⁵.

Por tanto, consideramos que, el problema no es el simple adelantamiento *excepcional* de las barreras de protección como propone Caro Jhon⁵⁶, sino que la discusión en esta parte debe centrarse en las transgresiones fundamentales que acarrea este tipo de prácticas en relación a la proporcionalidad penal. Y, no obstante la evidente transgresión del principio de proporcionalidad por el Derecho Penal del Enemigo, nuestro Tribunal Constitucional, hace algunos años, permitió la introducción de

49 DEL CARMEN BARRANCO, María: "Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales", Palestra editores, Lima, 2008, pág. 31

50 AGUADO CORREA, Teresa: "El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal Peruano", Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional Num. 8, Obra Colectiva, Palestra editores, Lima, 2010. Pág. 261.

51 AGUADO CORREA, Teresa: "El Principio de Proporcionalidad (...) Ob. Cit. Pág. 268., la autora pone de relieve que en nuestro país las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional deben ser consideradas la primera manifestación de Proporcionalidad en el Derecho peruano: 003-2005-PI/TC, 0012-2006-PI/TC, 0014-2006-PI/TC y finalmente la más importante Sentencia 010-2002-AI/TC en la cual se estudia la compatibilidad de la cadena perpetua con el principio de proporcionalidad

52 BETEGÓN Carrillo, Jerónimo, DE PÁRAMO Argüelles, Juan Ramón, LAPORTA San Miguel, Francisco Javier y PRIETO Sanchis, Luis (Edt.), "Constitución y Derechos Fundamentales", 2004, pp. 235 ss., en DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "El Derecho penal del enemigo Darf (...) Ob. Cit. Pág. 111.

53 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "El Derecho penal del enemigo Darf (...) Ob. Cit. Pág. 111

54 GARCÍA CAVERO, Percy. "¿Existe y debe existir un (...) Ob. Cit., pág. 7-8.

55 POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Introducción al (...) Ob. Cit., pág. 144.

56 CARO JOHN, José Antonio: "Comentarios a la ponencia de Eduardo Demetrio Crespo: Crítica al funcionalismo normativista", pág. 165, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo/ SCHÜNEMANN, Bernd/ DONNINI, Massimo/ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura/ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "Críticas al Funcionalismo Normativista y otros temas actuales del Derecho Penal-Jornadas Internacionales de Derecho Penal", editorial Palestra, Lima, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUADO CORREA, Teresa: "El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal Peruano", Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional Num. 8, Obra Colectiva, Palestra editores, Lima, 2010.
2. BETEGÓN Carrillo, Jerónimo, DE PÁRAMO Argüelles, Juan Ramón, LAPORTA San Miguel, Francisco Javier y PRIETO Sanchís, Luis (Edt.), "Constitución y Derechos Fundamentales", 2004.
3. CEREZO MIR, José: "Problemas fundamentales del Derecho penal", Ed. Tecnos, Madrid, 1982.
4. DEL CARMEN BARRANCO, María: "Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales", Palestra editores, Lima, 2008.
5. DEMETRIO CRESPO – "El Derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein!", artículo publicado en: CANCIO Meliá, Manuel y GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (cords.), "Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión", Buenos Aires-Montevideo, Vol.1, Edisofer, 2006.
6. DEMETRIO CRESPO, Eduardo / SCHÜNEMANN, Bernd/ DONNINI, Massino/ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura/ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "Críticas al Funcionalismo Normativista y otros temas actuales del Derecho Penal-Jornadas Internacionales de Derecho Penal", editorial Palestra, Lima, 2011.
7. DEMETRIO CRESPO: "Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo", en Revista de derecho penal y criminología, ISSN 1132-9955, Nº 14, 2004.
8. E. DÍAZ. "Estado de Derecho y Derechos Humanos". En BETEGÓN, Jerónimo; Juan Ramón DE PÁRAMO; Francisco Javier LAPORTA y LUIS PRIETO SANCHÍS (Coordinadores). "Constitución y Derechos Fundamentales". Madrid: 2004.
9. EDUARDO ALCOCER POVIS: "El Derecho Penal del Enemigo, ¿Realización de una opción político criminal de una criminal política de Estado?", en materiales de trabajo del curso denominado "Derecho Penal del Enemigo", expuesto por el Dr. Eduardo Alcócer Povich, organizado por la revista jurídica "El Portal del Derecho", en Ayacucho el año 2007.
10. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS SUAREZ GONZALEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ: "Un Nuevo Sistema de Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs", editorial Grijley, Lima, Perú, 1998.
11. FERRAJOLI, L.: "El Derecho Penal del enemigo y la disolución del Derecho Penal", En *Nuevo Foro Penal* 69. 2006.
12. FERRAJOLI, Luigi: "Derecho Penal y Estado de Derecho", en Gaceta Penal Num. 20 – Febrero de 2011.
13. GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho penal económico. Parte General", tomo I, 2da. Edición, Grijely, Lima, 2007.
14. GARCÍA CAVERO, Percy. "Lecciones de Derecho Penal-Parte General", editorial Grijley, Lima, 2008.
15. GERMAN ALLER: "El Derecho Penal del Enemigo y la Sociedad del Conflicto", en: http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/derecho-penal-del-enemigo_aller.pdf.
16. GÓMEZ-DARADÍEZ, Carlos: "Normatividad del Ciudadano versus Facticidad del enemigo: Crítica al fundamento científico del Derecho Penal del Enemigo", en Gaceta Penal, Num. 14, Lima, 2010.
17. GRACIA MARTÍN, Luis. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo", RECPC 07-02 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc>.
18. HURTADO POZO, José: "Derecho Penal-Parte General", tercera edición, editorial Grijley, Lima, 2005.
19. IGLESIAS SKULJ, Agustina: "Derecho Penal del Enemigo en el ámbito del cambio de paradigmas de control", Gaceta Penal, Num. 21, Lima, 2011.
20. JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho Penal del Enemigo", Thomson-Civitas editor, Madrid, 2003.

21. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. "Corsi e ricorsi: La vuelta de Von Litz", en VON LIZT, Franz. "La idea de fin en el Derecho Penal", Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Valparaíso de Chile, México, 1992.

22. JOSÉ IGNACIO NUÑEZ LEIVA: "Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario", en: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v4n8/art03.pdf>

23. KAI AMBOS: "Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal", Palestra Editores, Lima, 2010.

24. MINISTERIO PÚBLICO, "El crimen y la violencia en cifras", Observatorio de Criminalidad, Fiscalía de la Nación, Lima, 2011.

25. MONTESQUIEU: (1748) "Del espíritu de las leyes", prólogo de E. Tierno Galván, trad. De M. Blásquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972.

26. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: "Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal", J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005.

27. POLAINO-ORTS, Miguel: "Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un concepto", editorial jurídica Grijley, Lima, 2006.

28. POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Introducción al Derecho Penal", editorial jurídica Grijley, Lima, 2008.

29. PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos, "Derecho Penal del Enemigo: ¿Postulado inconstitucional o garante de los derechos humanos?": <http://www.derechocambiosocial.com/revisata019/derecho%20penal%20del%20enemigo.htm>

30. PRIETO SANCHÍS, Luis: "La Filosofía Penal de la Ilustración". Editorial Palestra, Lima, 2007.

31. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y DEMETRIO CRESPO, Eduardo: "Del Estado de Derecho al Estado Preventivo", en Gaceta Penal, Num. 12, Lima, 2010.

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Diez libros de Derecho Penal", Indret, en http://www.indret.com/pdf/211_es.pdf, 28 de mayo de 2012.

33. VÍQUEZ, Karolina. "Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?". Polít. Crim. n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>].

34. WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del Derecho Penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista", traducción y notas por José Cerezo Mir, segunda reimpresión, editorial B de F, Buenos Aires, 2004.

35. ZAFFARONI, Eugenio R.: "Derecho Penal Parte General", 2da. Edición, editora Ediar, Buenos Aires, 2002.

LOS MODERNOS LÍMITES DOGMÁTICOS A LA INTERVENCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO*

"Una Especial Referencia al Principio de Confianza y su Aplicación en la Participación Delictiva".

Por Walter Alex Chuchón Prado**

"Los terráqueos, deben saberlo ustedes, sienten una necesidad irresistible de atribuir todo lo que les sucede, bueno o malo, a alguien, a quien poder alabar o maldecir, premiar o castigar (...)".

Joseph Du Puit.

RESUMEN:

El presente Ensayo pretende demostrar, la influencia que ha tenido la Teoría de la Imputación Objetiva en el Tipo Penal Moderno, desarrollando particularmente el Principio de Confianza en la Participación Delictiva, para hacer notar que éste, junto a otros elementos normativos, constituyen los modernos límites dogmáticos a la intervención Punitiva del Estado.

SUMARIO

I. Introducción II. La Dogmática Penal y la Teoría del Delito. III.- El Tipo Penal Moderno. IV. La Teoría de la Imputación Objetiva 1.- Creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado. 2.- El Principio de Confianza. A.- Concepto. B.- Alcances. C.- El Principio de Confianza en la Participación Delictiva. V. Conclusiones. VI. Recomendaciones. VII. Referencia Bibliográfica. VIII. Referencia Jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN:

En nuestra convivencia social, algunas personas suelen ocasionar lesiones a los intereses más valiosos de otras personas, a veces de forma dolosa y otras de manera culposa; en dicho contexto, los medios de comunicación o personas profanas, que presencian o averiguan la ocurrencia de dichos sucesos, suelen descargar imputaciones de todo calibre; tal es así, que a una persona que causó la muerte de otra, casi inmediatamente la califican de homicida y a quién sustrajo un bien de otro, lo califican de ladrón, exigiendo a los Jueces que los castiguen con toda severidad o que es lo mismo, exigiendo la

intervención punitiva del Estado.

Desde luego, nadie puede estar en contra de que se investiguen sucesos donde existen indicios de ilicitud Penal, pero tampoco debemos estar de acuerdo, con la intervención Punitiva del Estado en sucesos que si bien pueden estar descritos en el Tipo Penal, no están prohibidos penalmente. Es decir, que para calificar un hecho como Delito, no basta realizar una adecuación Típica tradicional, consistente en verificar si el hecho o comportamiento acaecido en la realidad, se encuadra en alguna de las normas penales de la parte especial del Código Penal; pues si

* Ponencia con cual el autor ganó el **PRIMER PUESTO** de las Ponencias de Post Grado en el X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología (CONADEPC), realizado en la ciudad de Iquitos – Perú, del 06 al 09 de noviembre de 2013.

** Estudiante del XII ciclo (6to año) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga (UNSCH). Email, a.lexprado@hotmail.com, RPM, #955807080.

otro. Es así que, bajo esta concepción, podríamos incluso responder positivamente a la interrogante planteada al inicio del presente artículo, afirmando ¡Los delitos sí se pueden ver!

No obstante, el Tipo Penal contiene también elementos normativos, que requieren de valoración, tal como fue planteado inicialmente por Ernest Mayer en 1915⁴, quién sostuvo que las normas penales contenidas en la parte especial del Código Penal, contienen también elementos normativos que no son susceptibles de verificación mediante los sentidos, sino que necesitan ser valorados.

Por ejemplo, en el delito de Hurto Simple (art. 185 CP) no es suficiente verificar que un hombre sustrajo un bien de otro, ya que también es necesario determinar la ajenidad del bien; es decir, es necesario determinar si el agente es o no propietario del bien que sustrajo, lo requiere de una valoración del hecho, mediante las normas extra-penales sobre Propiedad reguladas en la rama del Derecho Civil.

Sin embargo, dicha noción de Tipo Penal también ha evolucionado, ya que actualmente bajo la noción de Tipo Penal Moderno, no solo se deben considerar los elementos normativos previstos en la norma, sino también los elementos normativos que se desprenden de la interpretación teleológica realizada del Tipo Penal como categoría del delito; es así que, modernamente debe entenderse al Tipo Penal como "(...) el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma⁵".

En tal sentido, debe abandonarse la idea de que el Tipo Penal es una simple descripción legal del comportamiento prohibido; pues como se dijo, existen elementos normativos que sin estar descritos en las normas penales, deben ser utilizados en el juicio de valoración de los hechos; a este conjunto sistemático de elementos normativos, se le ha denominado

Teoría de la Imputación Objetiva.

IV. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Cuando los estudiantes de la Facultad de Derecho, nos iniciamos en el estudio del Derecho Penal, los profesores de la materia suelen dejar muy en claro que, el Derecho Penal no interviene en el pensamiento de las personas y por ende los pensamientos no son sancionables penalmente, pese a que puedan estar cargados de malas intenciones; además, justifican dicha afirmación, indicando que lo verdaderamente relevante para el Derecho Penal y que justifica la intervención punitiva del Estado, es el comportamiento como vehículo del dolo o la culpa y que debe encuadrarse en una norma Penal especial.

Sin embargo, la Teoría de la Imputación Objetiva, nos demuestra que no todos los comportamientos que se encuadran en una norma Penal especial, ya sea de manera dolosa o imprudente, son relevantes para el Derecho Penal a nivel del Tipo objetivo.

Por Ejemplo: No es típica, la conducta de un cirujano que cumpliendo con la *lex artis*, en una intervención quirúrgica, corta con un bisturí la piel de su paciente para poder operarlo. Puesto que, si bien dicha conducta puede encuadrarse en la descripción típica del art. 121 o 122 del Código Penal, su conducta no es típicamente objetiva, por estar cubierta por el Riesgo Permitido⁶.

En tal sentido, no solamente los pensamientos sino también los comportamientos que están excluidos por los elementos normativos de la imputación objetiva, están fuera del ámbito de la intervención del Derecho Penal y por ende dichos elementos normativos constituyen los modernos límites dogmáticos a la intervención Punitiva del Estado.

Por lo que, se puede definir a la Teoría de la

4 Por primera vez en su obra *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*.

5 BACIGALUPO, Enrique, "Manual de Derecho Penal Parte General". editorial TEMIS S.A., 3ra reimpresión, Santa Fe Bogotá – Colombia, 1996, p. 80.

6 De manera similar, Jurisprudencialmente se ha establecido que "El acto médico no se puede penalizar, pues no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo (...) por tanto, el acto médico constituye —como afirma un sector de la doctrina penalista nacional— una causal genérica de atipicidad". R.N. N° 1062-2004-Lima, Precedente vinculante, Ej. Supr., 22 dic. 2004, en: SAN MARTÍN CASTRO, César, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p. 134.

Imputación Objetiva como *"un instrumento conceptual que sirve para determinar la tipicidad objetiva en los delitos (...)"*⁷; para lo cual, se debe valorar *"(...) dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado (...)"*⁸.

A. CREACIÓN DE UN RIESGO JURIDICAMENTE DESAPROBADO.

El primer paso, antes de valorar si un comportamiento constituye o no, un riesgo jurídicamente desaprobado, es establecer la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado típico; es decir, se debe realizar un juicio empírico, para ello *"se opera con el paradigma causal de la equivalencia de las condiciones, sin que penetren aun consideraciones teleológicas"*⁹. Es así que, en aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones *"(...) todas las condiciones que concurren en un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Una condición es causa del resultado, si suprimiéndola mentalmente, el resultado no se hubiera producido"*¹⁰.

Ejemplo: Una persona "A" apuñala a otra "B" ocasionándole la muerte. El apuñalamiento es una condición de la muerte de "B", ya que si mentalmente se elimina el apuñalamiento, "B" hipotéticamente seguiría con vida. Por lo que "A" sería penalmente responsable por la comisión del delito de Lesiones (art. 121 o 122 del CP).

Pero como ya hemos señalado precedentemente, ello no es suficiente; por lo que, en el segundo paso, se deben valorar todas las causas que fueron condiciones para producir el resultado descrito en el tipo, a través de los elementos normativos que provee la Teoría de la Imputación Objetiva, a nivel del comportamiento, como son: el Riesgo Permitido, Disminución del Riesgo, Riesgo

Insignificante, Prohibición de Regreso, Principio de Confianza e Imputación a La Víctima.

De ahí que, complementando el ejemplo anterior: Si un sujeto "C" fue quién vendió el cuchillo a la persona "A", objeto con que "A" apuñala a "B". El comportamiento de vender el cuchillo, pese a que puede ingresar dentro de la cadena causal, como un aporte, que ocasionó la muerte de "B", no es penalmente relevante ya que el comportamiento de "C", está excluido del tipo por aplicación del criterio normativo de Prohibición de Regreso.

En tal sentido, *"hay determinadas actividades que no pueden estar prohibidas a pesar de que parezcan, en un principio, subsumibles dentro del tipo penal"*¹¹; la tarea de definir cuáles son esas actividades, le corresponde a los elementos normativos antes citados; sin embargo, es preciso aclarar que dichos elementos, sirven para determinar el desvalor de la conducta, por lo que para determinar si la conducta ya desvalorada, además es condición normativa del resultado, *"(...) es necesario comprobar si el resultado es la realización efectiva del riesgo inherente a la conducta del autor"*¹², ello se logra valorando el nexo entre comportamiento desvalorado y resultado, a partir de los siguientes elementos normativos: desviaciones del curso causal, comportamientos alternativos conformes a derecho y el fin de protección de la norma de cuidado.

Por lo que, los elementos normativos que provee la Teoría de la Imputación Objetiva, para el análisis del desvalor del comportamiento y del nexo entre éste y el resultado, constituyen los modernos límites a la intervención Punitiva Estatal.

B. PRINCIPIO DE CONFIANZA.

1. CONCEPTO.

¿En cuántas personas, desde el inicio de

7 GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal, Parte General". 2da edición, Lima – Perú: Editorial Jurista Editores, marzo 2012, p. 406.

8 REYES ALVARADO, Yesid. "Fundamentos Teóricos de la Imputación Objetiva". ADPCP, T.XLV, Fasc. III, septiembre-diciembre 1992, p. 963.

9 TORIO LOPEZ, Ángel. "Naturaleza y Ámbito de la Teoría de la Imputación Objetiva" ADPCP, T.XXXIX, Fasc. I, enero-abril 1986, p. 35.

10 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Derecho Penal Parte General". 2da reimpresión, Lima – Perú: Editorial Grijley, agosto de 2009, p. 318.

11 MARAVER GÓMEZ, Mario. "Riesgo permitido por legitimación histórica" En: El Funcionalismo en el Derecho Penal, Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs, Tomo II: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2003, p. 217.

12 PÉREZ ALONSO, Esteban, ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín, RAMOS TAPIA, M. Inmaculada. "Manual sobre Fundamentos de Derecho Penal, Parte General". 4ta Edición, Valencia – España: Editorial, Tirant Lo Blanch, 2010. p.244.

nuestra vida en sociedad, hemos podido depositar nuestra Confianza?, desde luego que es un número muy reducido a diferencia de la gran cantidad de personas con las que hemos interactuado alguna vez en sociedad. Es por eso que, el Principio de Confianza no se funda en una confianza personal, sino se refiere a que *"Uno puede confiar en que otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas ya que ello está garantizado por el derecho, a no ser que tenga ya evidencias de lo contrario"*¹³; de ahí que, el Principio de Confianza, hace que la convivencia social sea posible.

Por ejemplo: El conductor que atraviesa un cruce cuando el semáforo está en luz verde, debe confiar en que los conductores que están frente a la luz roja, se detendrán permitiendo su libre tránsito. De otra forma, la inseguridad en el tráfico rodado, haría desaparecer dicha actividad. Sin embargo, puede que la confianza del citado conductor sea defraudada constantemente en la realidad; pero no por ello, se debe dejar de confiar en que las personas adecuarán su comportamiento a las normas, ya que el Principio de Confianza *"(...) no tiene nada que ver con probabilidades fundamentadas de manera estadística o con reglas de experiencia (...)"*¹⁴; sino con la confianza normativa de saber que si confiamos en que el resto respetará las normas, no seremos responsables de las consecuencias de quienes defrauden dichas las normas.

Retomando el ejemplo anterior: Si el conductor que debía parar, por situarse frente a la luz roja, continúa la marcha y ocasiona un accidente de tránsito, donde el vehículo que circulaba en luz verde mata a una persona que viajaba en el vehículo infractor, el chofer causante de la muerte, no será responsable por el delito de Homicidio Culposo (art. 111 del CP) al estar amparado por el Principio de Confianza.

Otro ejemplo: Un conductor que, a media noche, transitando por debajo del límite máximo de velocidad, atropella a una persona

que sorpresivamente intentó cruzar la pista, ocasionándole la muerte. En dicho caso el conductor, no incurre en el ilícito penal de Homicidio Culposo (art. 111 del CP), ya que se reconoce al conductor el derecho de confiar en que los peatones, aun siendo de noche, respetarán las normas de tránsito.

Es decir que, no importa si estadísticamente la mayor cantidad de muertes a consecuencia de atropellos se realiza por la noche o que exista una probabilidad elevada de que los peatones se comportan descuidadamente durante la noche; ello en sí mismo, no supone que un conductor deba responder penalmente por conducir confiando y atropellar a un peatón nocturno que no respeta el Reglamento General de Tránsito.

2. ALCANCES.

Pero el Principio de Confianza *"no solo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos"*¹⁵; es decir, el principio de confianza además de aplicarse en el ámbito del tráfico rodado, también se aplica en la división del trabajo, donde puede existir un reparto funcional de labores entre las personas, ya sea de manera horizontal o vertical.

Por ejemplo: El médico que infecta a su paciente con instrumental que no fue esterilizado. No comete el delito de Lesiones (art.121 o 122 del CP), ya que realizó la intervención médica, confiando en que la enfermera cuya función era la de esterilizar dicho instrumental lo había hecho, aunque no haya sucedido así.

C. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.

Pero el Principio de Confianza también puede

13 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, "Imputación Objetiva en Derecho Penal", Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima – Perú: Editorial Grijley, enero de 2002, p. 296.

14 JAKOBS, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". 1ra edición, Lima – Perú: Editorial Rodhas, agosto de 2000, p. 183.

15 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, Op. Cit., pp. 300-301.

ser utilizado para excluir la participación delictiva; es decir, puede servir para quitar el carácter de complicidad a las aportaciones o contribuciones realizadas al autor en la comisión del Ilícito Penal. Es sobre este punto que intentaremos exponer todas las consideraciones que entraña el Principio de Confianza.

Para tal efecto, es necesario indicar que el Principio de Confianza, tiene como fundamento al principio de autorresponsabilidad, que según Hegel consiste en que *"(...) cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás"*¹⁶; ello implica la necesidad de determinar ámbitos de responsabilidad en sucesos donde intervienen varias personas a fin de evitar la responsabilidad por hechos ajenos.

También resulta importante aclarar que, en la participación delictiva *"(...) ha de reconocerse que quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho. Sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes"*¹⁷; es decir que, se sanciona la complicidad incluso cuando la aportación se realiza antes de la fase de ejecución, no porque el aporte en sí mismo constituya un delito, sino porque dicha contribución se torna delictuosa a raíz de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado ejecutado por el autor.

Es así que, sobre la base de lo anterior, se puede entender mejor la premisa de que *"no es deber de una persona preocuparse de todo resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas (...)"*; es decir, no cualquier actividad que por ser parte de la cadena causal, llega a significar una aportación a título de complicidad al hecho ilícito del autor; toda vez que, quién realiza la aportación puede confiar en que el autor no se

valdrá de su aporte, para cometer un Delito y si así fuera no tiene por qué ser responsable del actuar delictivo de otra persona que ejecuta un delito.

Por ejemplo: Una persona "A" enseña a otra "B" a disparar un arma de fuego y posteriormente "B" utiliza dicho conocimiento para matar a balazos a "C".

Así también, por ejemplo: el Taxista que ayuda a cargar a su vehículo los objetos que están siendo hurtados por un grupo de maleantes, para trasladarlo a otro lugar. No es responsable penalmente como cómplice por el delito de Hurto Agravado (art. 186 del CP), pues tiene derecho a confiar en que las personas que lo contrataron no estaban actuando de manera contraria al Derecho¹⁸.

Sin embargo, no siempre se debe mantener la confianza y por ende es posible responder penalmente por el comportamiento defraudatorio de la norma realizado por terceros, ello es así cuando *"existen motivos objetivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona"*. Es así que, por ejemplo: en el ámbito del tráfico rodado, es penalmente responsable el chofer que atropella a una persona lisiada, cuando mantiene la marcha, pese a observar que el indicado peatón, contrariando la norma de tránsito, intenta alcanzar el otro lado de la berma. Dado que en dicho caso, el Principio de Confianza decae.

Así también, retomando el ejemplo del taxista: éste no puede alegar el Principio de Confianza, si su comportamiento se ha dado en un contexto marcadamente delictivo, es decir donde existen elementos objetivos que evidencian que se está cometiendo un ilícito penal. De otra forma, dicho principio podría servir de "tapadera" de aportaciones delictivas. Es por ello que no comparto, la Teoría de los Roles Sociales, desarrollada por Jackobs, ya que como sostiene Roxín *"(...) no hay acciones*

16 Dicha afirmación es recogida en REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit., p. 935.

17 JAKOBS, Gunther. "La imputación Objetiva en el Derecho Penal". 1ra reimpresión, Buenos Aires – Argentina: Editorial Ad-Hoc, septiembre de 1997, p. 76.

18 Así, en la Jurisprudencia se ha indicado que *"(...) tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro; habiendo quedado acreditado que el imputado se limitó a desempeñar su rol de taxista (...)"* (R.N. Nº 4166-99, Ej. Supr., 7 mar. 2001, en: CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, p. 92).

*cotidianas per se sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve*¹⁹ o por el contexto objetivo; es decir, no porque una persona desempeña el rol de taxista, debe necesariamente salvarse en todo momento de ser considerado como cómplice, pues su libre aportación en un contexto claramente delictivo, debe ser calificado como complicidad.

En tal sentido, se plantea que es un presupuesto característico para la aplicación del principio de confianza "(...) *la inexistencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero*"²⁰; pues en dicho supuesto la confianza decae, es decir que, ya no está permitido confiar en que los demás se comportarán conforme a las normas, sí es que de su comportamiento se puede evidenciar que están actuando en contra del Derecho.

Además, el Principio de Confianza decae, cuando concurre la conducta de terceros que son personas incapaces, ya que no se puede confiar en que las personas afectadas de anomalía psíquica, niños u otros incapaces puedan actuar conforme a Derecho, tampoco se aplica el Principio de Confianza, cuando normativamente se está excluido del derecho de confiar; es decir, cuando se está en posición de garante, por lo que inevitablemente existe el deber de responsabilizarse²¹.

V. CONCLUSIONES:

A. La selección de comportamientos relevantes para el Derecho Penal que justifiquen dogmáticamente la Intervención Punitiva del Estado, se debe realizar a través la noción del Tipo Penal Moderno, que contiene los elementos normativos de la Teoría de la Imputación Objetiva.

B. Los elementos normativos que provee la Teoría de la Imputación Objetiva, que surgen

de la interpretación teleológica del Tipo Penal Moderno, sirven para determinar la Tipicidad Objetiva del comportamiento, a través de la determinación de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su realización en el resultado típico.

C. No solo el pensamiento, sino también los comportamientos que lesionan bienes jurídicos de las personas, pero que están excluidas por la Teoría de la Imputación Objetiva, están fuera del ámbito de la intervención Punitiva del Estado.

D. El Principio de Confianza, como elemento normativo de la Teoría de la Imputación Objetiva, sirve para determinar la tipicidad objetiva de los comportamientos en el marco del tráfico rodado, la división del trabajo y la participación delictiva.

E. El Principio de Confianza, presenta límites en su aplicación como la existencia de elementos objetivos de ilicitud o el contexto objetivamente delictivo, la falta de capacidad o responsabilidad y la posición de garante.

VI. RECOMENDACIONES.

1. El Estado no solamente debe implementar para los operadores del Derecho, cursos de capacitación en el Nuevo Modelo Procesal Penal, sino también debe capacitar a dicho personal en las modernas Teorías de Imputación Penal, como la Teoría de la Imputación Objetiva.

2. Las Facultades de Derecho deben poner mayor énfasis en la enseñanza de las modernas creaciones dogmáticas como la Teoría de la Imputación Objetiva.

VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA:

19 ROXIN, Claus. "Teoría del Delito en la Discusión Actual". Lima – Perú: Editorial Grijley, enero de 2007, p. 559.

20 MARAVER GÓMEZ, Mario. "El Principio de Confianza en Derecho Penal" En: "Imputación Objetiva", coordinadores José Urquiza Olaechea y Nelson Salazar Sánchez: Editorial Idemsa, Lima-Perú, abril de 2012, p. 167.

21 Para mayor información ver: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, Op. Cit., pp. 317-328.

1. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. 2004 "¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber?, Apuntes sobre el Concepto Material del Delito". 1era edición, Lima – Perú: Editorial Grijley.

2. BACIGALUPO, Enrique, 1996 "Manual de Derecho Penal Parte General", editorial TEMIS S.A., 3ra reimpresión, Santa Fe Bogotá – Colombia.

3. ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín, PÉREZ ALONSO, Esteban, RAMOS TAPIA, M. Inmaculada (Autores). 2010. "Manual sobre Fundamentos de Derecho Penal, Parte General". 4ta Edición, Valencia – España: Editorial, Tirant Lo Blanch, 2010.

4. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. 2002 "Imputación Objetiva en Derecho Penal", Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima – Perú: Editorial Grijley.

5. GARCÍA CAVERO, Percy. 2012 "Derecho Penal, Parte General". 2da edición, Lima – Perú: Editorial Jurista Editores.

6. JAKOBS, Gunther. 2000 "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". 1ra edición, Lima – Perú: Editorial Rodhas.

7. JAKOBS, Gunther. 1997 "La imputación Objetiva en el Derecho Penal". 1ra reimpresión, Buenos Aires – Argentina: Editorial Ad-Hoc.

8. MARAVER GÓMEZ, Mario. 2003 "Riesgo permitido por legitimación histórica" En: El Funcionalismo en el Derecho Penal, Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs, Tomo II: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

9. MARAVER GÓMEZ, Mario. 2012 "El Principio de Confianza en Derecho Penal" En: "Imputación Objetiva", (coordinadores) José Urquiza Olaechea y Nelson Salazar Sánchez: Editorial Idemsa, Lima-Perú.

10. REYES ALVARADO, Yesid. 1992 "Fundamentos Teóricos de la Imputación Objetiva". ADPCP, T.XLV, Fasc. III.

11. ROXIN, Claus. 2007 "Teoría del Delito en la

Discusión Actual". Lima – Perú: Editorial Grijley.

12. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Crisis del Sistema Dogmático del Delito?". Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 40: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

13. TORIO LOPEZ, Ángel. 1986 "Naturaleza y Ámbito de la Teoría de la Imputación Objetiva" ADPCP, T.XXXIX, Fasc. I.

14. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. 2009 "Derecho Penal Parte General". 2da reimpresión, Lima – Perú: Editorial Grijley.

VIII. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL.

1. R.N. N° 4166-99, Ej. Supr., 7 mar. 2001, en: CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.

2. R.N. N° 1062-2004-Lima, Precedente vinculante, Ej. Supr., 22 dic. 2004, en: SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006.

"Ley Antauro": Entre el vaivén de los beneficios penitenciarios y la incierta política criminal en el país

Por Mario Escriba Tineo*

I. SITUACIÓN DE ESTUDIO

Sendos pronunciamientos del TC y del PJ han precisado que en materia de beneficios penitenciarios se rigen bajo el principio *tempus regis actum*¹, esto es que la ley aplicable será aquel que se encuentre vigente al momento de presentada la solicitud por el interno/a; sin embargo, la Ley N° 30101 se aparta de este criterio.

Sin embargo, el pasado sábado 02 de noviembre del año en curso se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 30101, norma que varía fundamentalmente el **régimen de aplicación de beneficios penitenciarios** objetando el criterio unitario seguida por el TC y el PJ, y consecuentemente precisando que las reglas sobre beneficios penitenciarios establecidas por las Leyes N° 30054², 30068³, 30076⁴ y 30077⁵ serán de aplicación a los condenados por los delitos que se cometan actos ilícitos **a partir de la vigencia de dichas leyes**.

II. ACTUAL SITUACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL PERÚ

Realmente el actual panorama de los beneficios penitenciarios, en particular, y el de la Política Criminal en el país, en general, son bastante sombríos. Para mejor comprender la importancia que tiene la política criminal⁶ en la

sociedad, diré que ésta comparte como sustrato base, el de ser una **política pública**⁷ referida a un ámbito determinado del conflicto social y opera cuando el Estado decide otorgarle a un fenómeno concreto la calidad de delito y a la persona que lo comete, la calificación de delincuente.

En consecuencia el Estado debe desarrollar otras estrategias para su vencimiento, sea mediante **lineamientos de políticas generales** (mega políticas públicas) dirigidas a los sistemas educativos, de salud, de vivienda, de empleo, etcétera, o mediante **lineamientos específicos** para el caso dado y particular (política pública referida a un rubro). En el primero de ellos, (en los casos de las directrices generales, sistémicas y abstractas) están dirigidas a la sociedad en su conjunto como manifestación confirmada del poder público, y en el segundo, sólo a acciones asiladas con las mismas características, pero enfocadas por el Estado para un caso específico y determinado. Así la política pública, comprende a la política criminal y la circunscribe al orden de los fenómenos criminales. En suma, la política criminal no únicamente tiene por finalidad el controlar el delito sino la de prevenir la comisión de comportamientos delictivos y minimizar los daños. Así para enfrentar el delito de tráfico ilícito de drogas en el Vraem, no resulta el

*Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Comisionado encargado de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo – Oficina Defensorial de Ayacucho. Estudiante de la Maestría con mención en Ciencias Penales.

1 Véase por ejemplo sentencias: N°2196-2002-HC/TC, N° 1594-2003-HC/TC, N.° 05216-2011-PHC/TC, N° 02387-2010-PHC/TC, N° 04059-2010-PHC/TC, entre otras

2 Publicado en el diario oficial "El Peruano", de fecha 30 de junio del 2013

3 Publicado en el diario oficial "El Peruano", de fecha 18 de julio del 2013

4 Publicado en el diario oficial "El Peruano", de fecha 18 de agosto del 2013

5 Publicado en el diario oficial "El Peruano", de fecha 20 de agosto del 2013

6 A criterio de Armando Juárez Bribiesca, la política pública debe entenderse como : " (...) la actividad, enfocada en definir y diseñar la intervención del Estado frente a cuestiones socialmente problematizadas, orientada por las directrices de la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común, para procurar la convivencia social pacífica". En: *Política Criminal (México y Chile)*. Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2013, p. 170

7 JUÁREZ BRIBIESCA, Armando. *Política Criminal (México y Chile)*. Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2013. pp. 168-169

camino adecuada de lucha contra la delincuencia el endurecer las penas sino que debemos de contar con un amplio "catálogo de sanciones" (V.gr.: arresto domiciliario, tratamiento o terapias, penas de multa, etc) así como también es necesario que desde el Estado se planifique un programa de política pública en materia de trabajo, salud, educación y otros.

Pero enfocándonos tan sólo en aquel medio utilizado por el Estado para sancionar las conductas ilícitas, es decir el sistema penal, la Ley N° 30101, varia fundamentalmente el **régimen de aplicación de beneficios penitenciarios** disponiendo que los delitos regulados por las Leyes N° 30054, 30068, 30076 y 30077 serán de aplicación a los condenados que cometan actos ilícitos a **partir de la vigencia de dichas leyes**.

En los efectos prácticos, sucederá que por ejemplo, Eduardo J. P. (27), interno del E. P. de Ayacucho, que fuera sentenciado el 05/04/2011 a 12 años de pena privativa de libertad por el delito de homicidio calificado en agravio de L.P.C., bajo la aplicación de la Ley N° 30054 (publicada el 30/06/2013) **no** podría acceder al beneficio penitenciario de semi libertad (u otro) por haber sido condenado por el delito de homicidio calificado (artículos 108 del CP). Ya que conforme al criterio del TC y del PJ el referido interno si hubiese presentado su solicitud de beneficio penitenciario de semi libertad el día 01/07/2013 no podría ser favorecido con dicho beneficio; en cambio, conforme a los alcances de la Ley N° 30101, luego de verificarse si el delito se cometió antes de la vigencia de la Ley N° 30054 su pedido presentado el 01/07/2013 podría ser atendida por el órgano jurisdiccional.

Ahora bien es menester saber que hasta junio el año en curso, según información del Institución Nacional Penitenciario del Perú (en adelante INPE) existían en el país un total de 65,181 internos e internas y de ellos el 16% de la población penitenciaria se encontraba

legalmente impedida de acceder a los beneficios penitenciarios debido a las restricción que diversos cuerpos normativos impedían, y a partir de la dación de las leyes N° 30054, 30068, 30076 y 30077, ese porcentaje se incrementó al **73%**. Esta situación además de generar una inestabilidad jurídica en materia de ejecución penal, trae consigo malestar y grave preocupación en los privados de libertad, así pues por un lado se quiebra todo el trabajo de tratamiento penitenciario realizado por los especialistas del INPE que tiene por finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; y por otro lado, una sensación de frustración en los/as internos/as que lleva la latente posibilidad de amotinamientos generalizados o protestas de toda índole.

Realidad similar se refleja en el Establecimiento Penitenciario de Ayacucho, cuya población penitenciaria a agosto del presente año fue de 2264⁸. Y los delitos de mayor incidencia son:

CUADRO N° 01
Ranking por Tipo de Delito

N°	Tipo de Delito	Total Gnral	Procesado			Sentenciados		
			Total	HOM	MUJ	Total	HOM	MUJ
	Totales	2264						
1	TID	1119	428	358	70	691	594	97
2	Viol. Sexl	399	159	158	1	240	239	1
3	Robo agrav	278	147	142	5	131	130	1
4	Homicidio	111	48	48	--	63	59	4
5	Hom. Agrv	76	39	37	2	37	36	1
6	T.I. Armas	41	19	19	--	22	22	--
7	Secuestro	35	19	16	3	16	16	--

Fuente:elaboración Propia Estadística del 2013 - Establecimiento Penitenciario de Ayacucho
Total de Población penitenciario: 2264

Justamente estos delitos de mayor incidencia son aquellos que a la fecha ya no permiten acceder a los sentenciados a los diferentes beneficios penitenciarios, incrementado así el hacinamiento y debilitando el tratamiento penitenciario. Ya como se podrá visualizar en el siguiente cuadro del total de internos/as el 56.1% se encuentran sentenciados, por lo que las expectativas de acceder a un mecanismo

8 Estadística del Establecimiento Penitenciario de Ayacucho. agosto del 2013. Total población penitenciario en el E.P-Ayacucho: 2264

que permita egresar de forma anticipada es inmensa.



Fuente: elaboración Propia Estadística del 2013 - Establecimiento Penitenciario de Ayacucho
Total de Población penitenciario: 2264

Todos sabemos que en cuanto a la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 02700-2006-PHC/TC, caso Víctor Alfredo Polay Campos, que "(...) en estricto, **los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el derecho de ejecución penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno**".

Esto es importante resaltar, debido a que la ansiada **resocialización** presenta dos fases: una, **tiene lugar con el inicio del tratamiento integral al que se somete el interno**; y la otra, con la **presentación de la solicitud para obtención de un beneficios penitenciario**. Por lo que como lo ha sostenido el TC en la sentencia N° 2928-2002-HC/TC, "(...) el derecho al procedimiento preestablecido por la ley no protege al sometido a un procedimiento por cualquier transgresión de ese procedimiento, **sino sólo vela porque las normas de procedimiento con las que se inició su investigación, no sean alteradas o modificadas con posterioridad**." Es decir, iniciada el procedimiento cualquier modificación realizada a la norma aplicable al procedimiento no de ser inmediatamente aplicada al caso, conforme lo dispone el

artículo 139º.3 de la Constitución Política del Estado.

En efecto, los últimos cambios en materia de ejecución penal se circunscriben en el marco de un cambio más amplio. Recordemos que el Código Penal de 1991 propugno un derecho penal mínimo, garantista y respetuoso de derechos. Y hoy pasado 22 años la realidad es diametralmente diferente, ya que ahora tenemos una Parte General que antaño cuestionábamos (con endurecimiento de conceptos como reincidencia, habitualidad, sumatoria de penas, etc.) y todo eso es también reflejo de una legislación extranjera invasiva Vivimos en una sociedad más conflictiva y violenta, de pronto escenario que el derecho penal no proveyó, y es este tipo de escenario en la que pociones como la de Günther Jakobs o el mal llamado "*derecho penal del enemigo*" nos hayan hecho volver a viejas formas autoritarias de combate a la criminalidad.

III. CONCLUSIÓN

Es claro que el debate es más amplio e involucra a la pregunta de ¿cómo podemos hacer frente a la criminalidad? La salida fácil de aumento de penas no sirve, y eso creo lo saben todos, pero es lo único que da una tranquilidad temporal, pero al igual que todo droga se requieren dosis cada vez más fuertes y constantes. Antes estas medidas eran ocasionales, hoy son una constante y pareciera que ya no hay más por aumentar. El repensar un sistema penitenciario en dicho contexto es complejo: la resocialización nunca funcionó para todos los internos (por diversos factores), pero hoy debemos impedir que se abandone dicha categoría a riesgo de implantar un sistema meramente retributivo. En su mínima expresión el término debe ser utilizado para garantizar el respeto de derechos básicos del ciudadano privado de libertad.

¿Es discrecional o arbitrario las decisiones de las entidades públicas que omiten motivar la no renovación de los contratos CAS?

Por Xavier Mochcco Flores*

I. INTRODUCCIÓN

Junio de 2008 es un mes no muy grato para miles de trabajadores del Perú, pues aquella fecha, mediante la aprobación y promulgación del Decreto Legislativo N° 1057, reglamenta posteriormente a través del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado con Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, se instauró en el país el régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS). Desde su dación ya se avizoraba que este régimen de contratación se encaminaba a generar problemas vinculados a la vulneración de derechos fundamentales.

En efecto, a pesar que de su contenido se apreciaba todos los elementos que configuraban una verdadera relación laboral, la indicada ley en un inicio negaba tal condición. Asimismo, establecía abiertamente un trato diferenciado injustificado entre personas que desempeñaban una misma labor y para el mismo empleador (Estado), en este caso entre los trabajadores contratados bajo el régimen CAS y aquellos trabajadores sujetos a los decretos legislativos 276 y 728, régimen laboral de la actividad pública y privada respectivamente, consistiendo el trato diferenciado en el sentido que los contratados por el CAS, a diferencia de los trabajadores de la 276 y 728, sólo gozaban de algunos beneficios laborales, excluyéndoseles por ejemplo de los siguientes derechos: gratificaciones, vacaciones por 30 días, estabilidad laboral, jubilación, etc; indudable diferencia que se traducía en una flagrante vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

Respecto del primer punto, el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 00002-2010-PI/TC del 07 de septiembre de 2010, vía sentencia interpretativa, estableció que efectivamente los contratos administrativos de servicios constituyen en estricto contratos laborales, al señalar en el fundamento 47 de la sentencia " (...)que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado "contrato administrativo de servicios", deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen "especial" de contratación laboral para el sector público (...)" . Con relación a la afectación del derecho a la igualdad, sorprendentemente y contra todo pronóstico jurídico de los más renombrados constitucionalistas y laboristas del país, el supremo intérprete de la Constitución, en la misma sentencia, concluyó que no se advertía tal afectación. Sin embargo, dada la evidente desigualdad, mediante Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057, entre otros aspectos, se incorpora algunos derechos laborales, al tiempo de reconocer al Contrato Administrativo de Servicios una modalidad especial de contratación laboral.

En apariencia con estas modificatorias, a priori, se podría entender que la normatividad del CAS ya no representa un problema para los trabajadores contratados bajo su alcance; no es así, entre otros aspectos, subsiste el problema vinculado a la renovación de los contratos. Conforme al artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057¹ y el artículo 5.1 de su Reglamento² los contratos administrativos de

*Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Comisionado de la Defensoría del Pueblo - Oficina Defensorial de Ayacucho.

1 Decreto Legislativo N° 1057. Artículo 5°. "El contrato administrativo se celebra a plazo determinado y es renovable".

2 Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Artículo 5.1. "El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado".

servicios son de carácter temporal y pueden ser renovados, presentándose los problemas cuando las entidades públicas, sin justificación alguna, deciden no renovar estos contratos. Esta situación plantea la siguiente interrogante. *¿El carácter temporal de este régimen especial de contratación laboral, exime la obligación de las autoridades públicas de justificar sus decisiones de no renovar los contratos CAS?* Esta incógnita es la que me motivó desarrollar el presente trabajo.

II. INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

Una cualidad inherente del Estado constitucional es el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y un escenario favorable para ello es la procura de un orden democrático. En esta búsqueda quedan proscritas las decisiones arbitrarias, autoritarias, propio de los estados absolutistas y dictatoriales, gozando únicamente de legitimidad las decisiones fundadas en la razón. Robert Alexi, citado por Sánchez Gil, sostiene que efectivamente *"Al estado constitucional son inherentes las prohibiciones de arbitrariedad y de exceso, que conducen a un ejercicio razonable – en sentido amplio y estricto – del poder público, promovido en todo ámbito social a través del orden jurídico"*³. Caracterizándose el ejercicio arbitrario de la autoridad como *"un poder que no tiene otro sustento que la mera voluntad o el simple capricho de quién lo detenta, que se ejerce, por tanto, al margen y con independencia de toda razón susceptible de prestarle la imprescindible justificación"*⁴.

En esta línea, la Constitución de España de 1978, reconoce la prohibición de la arbitrariedad como principio constitucional, precisando en su Artículo 9°. 3 que *"La constitución garantiza (...) la interdicción de la*

arbitrariedad de los poderes públicos". En el Perú, si bien no está reconocido taxativamente en la Constitución, merced al artículo 3° se deduce su reconocimiento implícito por fundarse en el Estado democrático de derecho⁵, de modo que dicha prohibición vincula a todos los poderes del Estado.

III. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD

El poder Público puede ser reglado o discrecional. El ejercicio de las potestades *regladas* reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo los que la propia Ley ha determinado. Hay aquí un proceso aplicativo de la ley que no deja resquicio a juicio subjetivo. En cambio, el ejercicio de las potestades discrecionales incluye en el proceso aplicativo de la Ley una estimación subjetiva de la administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad⁶, ello debido a que las normas jurídicas que lo regulan directamente no proporcionan los criterios suficientes y necesarios cuando o cómo debe ejercerse en un caso concreto, ni cuál debe ser el resultado que debe obtenerse con su ejercicio, siendo posible derivar estos criterios de los principios generales⁷. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, refiriéndose al ejercicio del poder discrecional ha señalado que *"(...) los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. (...)"*⁸.

Sin embargo, debe quedar claro que discrecionalidad y arbitrariedad son dos conceptos enteramente antagónicos. De ahí

3 Rubén Sánchez Gil. "Principio de proporcionalidad". Editado por el Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. Primera Edición. México – 2007. Pág. 18.

4 Eduardo García de Enterría/Tomas Ramón Fernández. "Curso de Derecho Administrativo". Editores Palestra – Temis. Duodécima edición. Tomo I. Lima – Bogotá 2006. Pág. 518.

5 **Constitución Política del Perú**. Artículo 3.- Otros derechos constitucionales. "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

6 Ob. Cit. Eduardo García de Enterría/Tomas Ramón Fernández. "Curso de Derecho Administrativo". Pág. 491-492.

7 Defensoría del Pueblo. Materiales de Estudio: Curso de Especialización "Transparencia en la Gestión Pública. Octubre y noviembre de 2013. Pág. 39.

8 EXP. N.° 0090-2004-AA/TC del 05 de julio de 2004. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>.

que un cabal entendimiento del primero parte por diferenciarlo del segundo. Así, un aspecto sustantivo que diferencia la discrecionalidad de la arbitrariedad es la **motivación**, el poder discrecional explica y justifica su ejercicio, mientras el poder arbitrario niega tal exigencia, es pura voluntad, se asimila a una actuación despótica o tiránica⁹, contrario a la justicia, razón y las leyes¹⁰; empero cabe precisar que no basta con motivar el acto de cualquier manera, deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión (...)¹¹.

IV. OBLIGACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DE MOTIVAR SUS DECISIONES DE NO RENOVAR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIOS

Conforme al artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057 *"Los contratos administrativos de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable"*. Asimismo, en atención al artículo 4° de esta misma ley uno de los requisitos para la celebración de estos contratos es la *"existencia de disponibilidad presupuestaria"*. Siguiendo este parámetro normativo, su reglamento Decreto Supremo N° 075-2008-PCM establece en su artículo 5.1 que *"El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado (...); sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad en función de sus necesidades"*. De la lectura de estos dispositivos se desprende, de un lado, el carácter temporal de los contratos administrativos de servicios, y de otro lado, que estos contratos pueden de ser renovados, siempre que exista necesidad de servicio y disponibilidad presupuestal. Tomando en cuenta el significado de la palabra *"puede"*, utilizado por el reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, es evidente que esta norma faculta a las entidades públicas a elegir alternativamente entre dos posibilidades, decidir por la renovación del contrato u optar

por la no renovación; sin embargo, la norma no establece los criterios bajo los cuales deben decir por una u otra opción; presentándose los problemas cuando las entidades, sin razón alguna, optan por no renovar los contratos de los trabajadores.

Esta situación da cuenta que nos encontramos frente a un acto no reglado o discrecional; pues la norma faculta en sentido lato a las entidades renovar o no los contratos CAS, sin embargo, no determina que criterios utilizar; situación que habilita a las entidades públicas completar el citado vacío discrecionalmente. No obstante, conforme se ha indicado en los párrafos precedentes, este poder discrecional sólo será legítima en la medida que las entidades motiven y/o justifiquen su ejercicio, y, consecuentemente, sus decisiones amparadas en dicho ejercicio estén debidamente sustentadas; todo lo contrario, devendría en arbitrario.

Considero que existe un criterio válido que las entidades pueden tomar en cuenta en sus decisiones para determinar en qué casos deben optar por la renovación o no de los contratos CAS. Previa acreditación de la necesidad de servicio y disponibilidad presupuestal en la entidad, la variable *"desempeño de funciones"*, representa un elemento objetivo a considerar.

Por ejemplo: procedería la renovación del contrato del trabajador que haya cumplido eficientemente con sus funciones; entre tanto, no procedería de aquellos cuyo desempeño fue deficiente; hecho que debe ser, claro es, demostrado objetivamente por las entidades. Justamente la falta de motivación impide que se tome en cuenta este criterio, configurando, por el contrario, manzanas arbitrariedades e injusticias como no renovar el contrato de aquel trabajador que observó con sus funciones o renovar del que no cumplió.

9 Tomas Ramón Fernández. "De la Arbitrariedad en la Administración". Madrid: Civitas. Pág. 157.

10 Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

11 Ob. Cit. Eduardo García de Enterría/Tomas Ramón Fernández. "Curso de Derecho Administrativo. Pág. 519.

JUSTIFICACIÓN PENAL DE LAS LESIONES Y VIOLENCIAS EN LOS DEPORTES

Por Ricardo Cristian Loayza Gamboa*

Resumen Uno de los múltiples problemas jurídicos que se presenta en la dogmática penal, es sin duda la posibilidad de sancionar conductas deportivas; y en el mismo lado la evaluación de aquellas causas que excluirían tal posibilidad. El tema tiene como causa un hecho deportivo violento donde el afectado, miembro de nuestro equipo de fútbol, es un entrañable compañero de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Este suceso que hemos presenciado y que ha motivado nuestra inquietud, nos condujo a dos interrogantes: ¿es punible toda conducta antideportiva?, ¿cuál es la causa que justifica las lesiones y violencias deportivas?. Cuestiones que hoy plasmamos en el presente estudio jurídico, con la finalidad de explicar con claridad el tema de las violencias deportivas y su relación con el Derecho Penal, para asegurar la vida pacífica de los hombres en sociedad, sin asumir riesgos innecesarios ni cometer injusticias o excesos al momento de sancionarlas.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

Lo permitido en el deporte y algunos problemas doctrinarios sobre el tema.

El presente artículo trata de sostener una explicación racional de su justificación, en otros términos: ¿Por qué se justifican ciertos golpes o lesiones en el deporte mismo?. En la práctica los actos deportivos que infringen el reglamento y provocan lesiones deportivas graves o hasta la muerte, nos conducen a preguntarnos: ¿será esta conducta justificada?, ¿cuál es el límite de la conducta antideportiva?, entre otras interrogantes.

Lo cierto es que la doctrina, se ha dividido en dos grandes grupos en cuanto al tema de la juricidad de las lesiones y violencias deportivas; pues por un lado tenemos a los que sostienen la justificación y por consiguiente la licitud de tal comportamiento deportivo. A esta postura se le conoce con el nombre de Teorías negativas. El otro grupo importante de la dogmática se ha inclinado por considerar las conductas deportivas violentas con resultados graves como delictivas, encuadrables en el tipo penal, son las llamadas Teorías afirmativas.

II.- TEORÍAS QUE INTENTAN RESOLVER EL PROBLEMA DE LAS VIOLENCIAS DEPORTIVAS

1.- Teorías a favor de la sanción penal

Según este sector doctrinario el acto deportivo que produce las lesiones o la muerte no puede salir de la órbita del Derecho Penal, por lo tanto serían actos

que constituyen delito.

A. *Teoría positiva que niegan la justificación de la conducta deportiva*

Para esta teoría, resulta vedada la posibilidad de justificar penalmente las conductas antijurídicas, permaneciendo el injusto. Entre éstos autores tenemos: el italiano Antolisei, Giuliano Vasalli; en Alemania Shonke. Existe un rechazo de la justificación, lo que no puede tener otra consecuencia que la penalidad del resultado deportivo.

B. *Teoría de la determinación de penas graves*

Postula la determinación de severas penas para los casos de resultados graves en ocasiones deportivas. Entre los doctrinarios partidarios de esta teoría positiva, tenemos a Gefer Wondrich o (Weriduch en algunos libros). La base de esta teoría estaría en el aprovechamiento que hace el delincuente de la ocasión deportiva para cometer delitos contra la vida o la integridad.

C. *Teoría radical del ingreso ineludible al Derecho Penal*

Teoría que sostiene que toda conducta que cause lesión ingresa inevitablemente al contexto penal, donde debe ser castigado según la gravedad. El autor de la teoría radical es Giuseppe del Vecchio, quien además de mostrarse indiferente a una justificación de las actividades deportivas, desde una perspectiva criminológica, y ubicándola en la antropología criminal⁴, clasifica a los deportistas en dos importantes grupos: los deportistas delincuentes natos; y los deportistas de ocasión o

*Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Perú, con estudios de Maestría en Docencia Universitaria, Derecho Penal. Actualmente desempeña el cargo de Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Ayacucho.

conscientes.

D. Teoría del delito deportivo de G. Penso.

El penalista italiano G. Penso creó la noción del delito deportivo para referirse a los sucesos con resultado grave en ocasión de un deporte. Se concibe entonces desde esta perspectiva la aparición en la doctrina de una conducta típica y antijurídica en las prácticas deportivas como modalidad muy particular y autónoma de delito. Esta doctrina ha tenido seguidores, y hasta se ha traducido en legislaciones, como en el Código de defensa social cubano de 1936. Entre los seguidores de esta teoría tenemos a Agustín Martínez, L. Severino, Lorenzo Carnelli, G. Fragola, y Jiménez de Asúa, que coinciden con el planteamiento y la denominación.

2.- Teorías a favor de la justificación

Dogmáticamente existen postulados muy variados incluso dentro de la misma teoría negativa, aunque coincidan en la esencia: justificar las lesiones y violencias deportivas. Algunos varían en contenido y otros en el sentido legal o extralegal de su propuesta.

A. Teoría de la adecuación social de Welzel

Hans Welzel, maestro de Derecho Penal alemán, creó la teoría de la adecuación social, y hasta ahora se ha discutido la ubicación de tal teoría, pues un grupo sostiene que la adecuación social es una causa de exclusión de la tipicidad, otros filtro de imputación objetiva y otro sector como causa de exclusión de antijuricidad. Lo cierto es que la adecuación social se basa en "un medio de corrección de la adecuación al tipo, una especie de falsilla o guía que permite determinar que no todas las conductas que formalmente o aparentemente encuadran en el tipo penal resultan típicas, por ser un estado normal de libertad social de acción".

B. Teoría de las normas de cultura

Esta teoría fue propuesta por Max Ernst Mayer, tesis seguida también por el estudioso Arturo Majada Planelles y J. González Bustamante, y defendida también por Ferri y Florián. Según esta teoría, las luchas y los juegos violentos forman parte del acervo cultural de los pueblos civilizados modernos.

C. Teoría del consentimiento

Esta ligada a la filosofía liberal, donde se destaca el papel de los derechos individuales de la persona

humana y por ende la libre disposición sobre sus bienes y derechos. Un código Penal liberal, como la mayoría de los latinoamericanos, admite la eficacia del consentimiento como causa excluyente de responsabilidad penal o al menos atenuante para ciertas situaciones²⁰. El consentimiento se ha vinculado también, al respeto de los reglamentos deportivos.

D. Teoría del riesgo permitido

Teoría que plantea la existencia de una categoría jurídica, donde por el mismo manejo de determinadas herramientas, instrumentos o actividades, llevan siempre aparejadas el riesgo de que se produzcan lesiones sobre bienes jurídicos, y con ello la configuración del injusto penal, el mismo que puede ser también imprudente. Se llaman permitidas, porque la necesidad social y la consecución de determinados fines necesarios y lícitos, mediante estas actividades que justifican su desarrollo. El viaje en avión, el conducir una bicicleta, y los mismos golpes y lesiones reglamentarios en el deporte son ejemplos claros de la existencia de un cierto riesgo permitido por la sociedad y el derecho.

3.- Elaboración de nuestra propia tesis para la justificación de las violencias deportivas

A. Nuestra tesis: acción consciente a riesgo propio.

Partimos de la premisa de que el Derecho Penal debe sancionar lo que realmente sea necesario, es decir aquellas conductas que contravengan la coexistencia pacífica y libre de los ciudadanos, pero como lo señala el mismo Roxin "pero, dado que la Ley penal limita al particular en su libertad de acción, no está permitido prohibir más de lo necesario para conseguir la coexistencia pacífica y libre". Esto se asegura con el carácter de última ratio, por lo que no habría necesidad de acudir al Derecho Penal, sino en los casos donde ya no sea posible con otras alternativas sociales, controlar resultados dañinos. Esto también lo formula magistralmente Roxin cuando afirma que "sin embargo, la tarea penal de asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad está vinculada a un presupuesto limitador: solamente puede conminarse con pena cuando es imposible conseguir este resultado a través de otras medidas menos incisivas".

B. Explicación de nuestra tesis

En este orden de conceptos, nuestra perspectiva para fundamentar la impunidad de las lesiones y violencias deportivas propias de la práctica, se basa en el comportamiento del propio deportista; donde

la configuración de la lesión o violencia, le compete principalmente a la víctima; es decir la auto puesta consciente en riesgo de su integridad. Del mismo modo respecto a la expresión "consciente", no es un pleonismo, pues podría pensarse que la acción de por sí es consciente.

C. *Naturaleza jurídica de la tesis*

El comportamiento del deportista que a sí mismo y de manera consciente se somete a una actividad violenta y por ella arriesgada, es decir a riesgo propio, es considerado en riesgo normal, tanto por el reglamento como por la sociedad. Por ejemplo, cuando vamos a espectar un encuentro de fútbol o un boxeo, admitimos como válidos los golpes y violencias mientras no cause una lesión grave o evidentemente sea una infracción a las reglas de juego. Esta tolerancia del individuo como un autorriesgo y de la sociedad, mientras no contravengan el reglamento y causen consecuencias graves al deportista lesionado. Por lo tanto no son comportamientos que se justifican; sino que en el fondo no encuadrarían en el tipo penal al no realizar ninguna descripción típica.

Bibliografía

ARMAZA GALDÓS, Julio. Elementos negativos del delito. Edit. Jurista editores. Lima. 2002, p. 149.

AZABACHE C., César. Introducción al procedimiento penal. Lima, 1ra Edic. Edit. Palestra, 2003, p. 216.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. Manual de Derecho Penal, Parte General. 2da edic. Lima. edit. Eddili.2002, p. 520.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. 2da Edic. Santa Fé de Bogotá-Colombia. Edit. Temis S.A. 1994, p. 207.

MOLITERNI, C. La aventura olímpica. Comité olímpico internacional. Barcelona: Grijalbo, 1990 p.68.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Tomo I. Madrid-España, Edit. Thomson, 2003. p. 1121.

CLAUS ROXIN. Derecho Penal Alemán. Parte General. Tomo I. Traduc. Luzón Peña; 1997. p. 624.

CLAUS ROXIN. Problemas actuales de dogmática penal. Trad. Manuel Abanto V. 1ra edic. edit. ARA, 2004. p. 243.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Tomo I. "Libro Homenaje al profesor Doctor Don José CERESO MIR", Edit. Tecnos. España, 2003. p. 779.

GOMEZ COLONER, Juan Luis. El proceso Penal en el Estado de Derecho. , Lima. Edit. Palestra, 199. p. 266.

GUNTER JAKOBS. La imputación objetiva en el derecho penal. Trad. por Manuel Cancio Meliá, Perú. 1ra edic. Edit. Grijley. 1998, p. 119.

GUTIERREZ FERREYRA, Carlos V. Psicología criminal. Marsol Perú Editores. 1995, p. 301.

GUTIERREZ FERREYRA, Carlos V. Psiquiatría Forense. Marsol Perú Editores. 1996, p. 303.

HABERMAS, Jurgen. La inclusión del Otro. Buenos Aires, Edit. Paidós. 1999, p. 258.

INGERBORG, Puppe. La imputación del resultado en el Derecho Penal. Trad. Percy García Caverro. Lima, Edit. Ara. 2003, p. 275.

JIMÉNEZ DE ASÚA Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Tercera edic. Buenos Aires: Edit Losada, 1956. p. 950.

LEVENE Ricardo. El delito de Homicidio. Buenos Aires. 1955, p. 102.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal. Parte general Tomo I. 1ra edic. Lima: Edit. Gaceta Jurídica, p. 406.

MARCONE M., Juan "Los caminos del crimen"(1994 Edit. Monterrico. Lima-Perú. Miguel de Cervantes. Don Quijote I. Lima: Edit. EDAF, 2000, parte I, p. 136.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho Penal. 2da edic. Montevideo, Uruguay. Edit. LB de F. 2002. p. 318.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIAARÁN, Mercedes. Derecho Penal parte general. 5ta edición Barcelona: Edit. Tirant to blanch, 2002, p. 628.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Especial. 13ª Edic. edit. Tirant to blanch. Valencia 2001, p. 1039.

ROY FREYRE, Luis E. Derecho penal. Tomo I. 2da edición. Lima-Perú. 1985, p. 305.

TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Edit. Palestra, Lima 2003, p. 217.

TORIBIO PACHECO. Cuestiones constitucionales. Lima, 3ra edic. Edit. Grijley. 1996, p. 133.

TORRES MENDEZ, Miguel. Jurisprudencia literaria y filosófica. 1ra edición. Lima. Edit. Grijley, 2003, p. 266.

WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. 12a edición. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1987, p. 202

LA IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA PARA EL DERECHO Y LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS

Por J. Walter Espinoza Altamirano*

Tema que resulta sumamente importante, especialmente para que los estudiantes de derecho entiendan, que la filosofía es la esencia del derecho, el cimiento, la base, sobre la que se edifica el derecho; sólo así el derecho puede convertirse en un sólido instrumento, que puede resistir el peso del análisis, en el que descansa la normatividad, reguladora de la conducta humana. El mundo, hoy por hoy atraviesa por una serie de dificultades y conflictos; por decir lo menos, los mismos, cada vez más complejos, y en algún momento, inclusive corren el riesgo de colapsar, si no se toman las medidas urgentes, y uno de los graves problemas es el calentamiento global (deben darse las normas legales necesarias y urgentes con la intervención del derecho) y la necesidad de proteger a la especie humana, que es el contenido teleológico de la Filosofía. Dentro de estos elementos fundamentales vemos la necesidad de diferenciar el uno del otro, por que las normas que deben darse, corresponden en todo caso a la corriente positivista cuya característica fundamental es la norma escrita, y el contenido filosófico corresponde a la protección de la especie humana; que será el iusnaturalismo, que tiene pues un componente ético y moral fundamentalmente.

En los últimos tiempos, vemos que los estudiantes le dan mayor importancia a los aspectos puramente normativos; creen que el éxito profesional está en manejar los códigos y las leyes; porque según la perspectiva que tienen, son las más efectivas, además de ser prácticas; ven la necesidad de aprender bien estas normatividades, prescindiendo de los aspectos filosóficos, sociológicos y antropológicos. Esta apreciación podría ser aparentemente lógica cuando analizamos de modo mediático; sin embargo cuando mas allá de la normas buscamos los fundamentos básicos, nos damos cuenta que nuestro saber es mecánico o paporrtero, porque repetir algo, sin antes de entender bien su

contenido, simple y llanamente es erróneo. Se dice *“que nuestros tiempos no están ya para las filosofías, cuando irónicamente, mas necesitamos de ellas”* como sostiene Torchia Estrada en la *“Filosofía del Siglo XX”* (Editorial Atlántida S.A - Buenos Aires Argentina.- 1955.- p-7).

Ninguna disciplina científica puede prescindir del humanismo, porque la ciencia, debe estar siempre al servicio del hombre; y no el hombre al servicio de ella; por cuya razón la ciencia necesariamente para ser tal, debe tener un componente ético y moral; entendido el aspecto ético como la conducta misma de la persona y el aspecto moral, los fundamentos filósofos de dicha conducta, que para simplificar el concepto, bien podemos aseverar que *la ética es la práctica de la moral*. El profesional de nuestro tiempo, si no tiene una formación humanista corre el peligro de convertirse en un *“Profesional fusible”* que cuando cambian las leyes se apaga sus conocimientos, como lo sostiene Ilse Wisotzki (cuatro veces Rectora de la Universidad de Lima, por elección democrática). Ella igualmente dice *que el Estudiante, Abogado, Químico, Medico o Comunicador que no tiene una formación humanista, es casi fusible; tan rápido avanzan los conocimientos hoy, que el que no está bien formado, corre el riesgo de no mantenerse en carrera*.

El derecho debe satisfacer todas nuestras necesidades, cada vez más complejas y la función que cumple desde una perspectiva holística tiene varias dimensiones; tales como la Dikelógica que trata de establecer la equidad y la igualdad; según esta dimensión, nadie es más que nadie; tampoco menos que nadie; en todo caso las condiciones culturales o materiales, pueden ser distintas, pero todos somos iguales ante la ley; luego tenemos la dimensión Deontológica que trata de la ética relacionado con los deberes y obligaciones; la dimensión Axiológica de los principios y valores

*Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Docente de las asignaturas Filosofía del Derecho y Derecho Genético, entre otros.

morales, la dimensión Sociológica, considera al derecho como un constructo o producto social; la dimensión Antropológica; es el hombre frente a la ley, su concepción y la reflexión hacia ella; podemos considerar también la dimensión Teológica, porque estamos en un mundo cristiano; que cuando sentimos aflicciones y desesperanzas, le pedimos a Dios que aquiete nuestro espíritu, dándonos la paz y la tranquilidad. “*Que nada te espante que nada te perturbe, todo pasa, sólo Dios basta*”; cuyo pensamiento se le atribuye a la monja Inés de Santa Cruz; finalmente, para cerrar con broche de oro, como se suele decir, para connotar algo importante, pues tenemos la dimensión Normológica o Normativa, que no es sino toda la legislación que el derecho ha creado, como una garantía especial que protege al ciudadano frente a los excesos del Estado, que como el mostro “Leviatán” de Hobbes, puede fácilmente aplastar al hombre.

Considero que la filosofía es la esencia del derecho, el espíritu, el alma; ya que el derecho, sin la filosofía sería un cuerpo inerte o sin vida y no podría cumplir a cabalidad sus finalidades o propósitos para los que ha sido creado, porque administrar justicia con normas sin valores ni contenidos éticos y morales sería como pretender reemplazar a los jueces con computadores sofisticadas, que luego de ser alimentadas con información pertinente, den sentencias precisas, como las condenatorias; que establezcan penas de tantos años, meses, semanas, días, horas, minutos, talvez hasta segundos; lo cual sería una utopía sin sentido; porque el hombre es producto de su realidad, con carencias y necesidades; acaso ambiciones o sentimientos subalternos también. El filósofo español Ortega y Gasset decía que *el hombre era el producto de sus circunstancias*; de ahí surge la necesidad de diferenciar, que no será igual juzgar a un ladrón que ha asaltado una farmacia, (por necesidad imperiosa) para conseguir un medicamento caro y salvar la vida de su hijo, postrado en estado agonizante, que a un ladrón que ha asaltado un banco, por la ambición de querer tener más dinero.

La corriente Historicista, considera la importancia de los hechos que se dan en el tiempo; los cuales deben ser tomados en consideración, para en lo sucesivo no cometer errores, cuyo

análisis debe tomarse en consideración desde una perspectiva diacrónica y sincrónica. Es diacrónica cuando realizamos el estudio de hechos que se han dado en forma sucesiva (uno tras otro) y es sincrónica, cuando los hechos se dan simultáneamente (todo al mismo tiempo). Sostienen los historicistas que los hechos no se encuentran sueltos, sino interrelacionados en el tiempo, como si estuvieran imbricados unos con otros. Se dice que todo lo que ha sucedido en la Revolución Francesa, aún no ha sido explicada debidamente; sin embargo de ella podemos recoger tres legados fundamentales como son la libertad, la igualdad y confraternidad, que pueden considerarse, como los elementos filosóficos, que cual pilares sostienen toda la estructura del derecho, sobre los que se seguirán construyendo más y más, para satisfacer las múltiples necesidades de la sociedad, que busca la armonía para lograr la felicidad.

Gaspar Rudolf von Ihering, quien tuvo gran trascendencia e influencia en el desarrollo de la doctrina jurídica moderna, observa al Derecho “*como el resultado de la interrelación de los individuos en una sociedad, que está sometida al cambio en el tiempo, por la continua lucha de los sujetos por defender sus intereses, en lo referido al derecho subjetivo; y por eliminar la injusticia, en lo referido al Derecho en su conjunto*”. Esta lucha debe ser permanente en el tiempo, sino queremos que los logros alcanzados sucumban frente a intereses poderosos que indebidamente pretendan sacar ventaja de los demás.

La corriente Ecológica del Derecho, que enarbola el maestro argentino Carlos Cossio, a quien se le llamó “el Hans Kelsen Latinoamericano”, luego del debate eufórico que sostuvo con este jurista austriaco de origen judío; autor de la Teoría Pura del Derecho.

La corriente Ecológica del Derecho, según su autor, es la conducta humana intersubjetiva, en la que se subsumen el valor y la norma. Sostiene Carlos, Cossio que hay seres ecológicos (inteligentes) y seres no ecológicos (no inteligentes). Vista las cosas de este modo, el hombre es el elemento protagónico de la sociedad, autor y arquitecto de su propio destino; un soñador, hay veces iluso y otras veces creador; que siempre

está insatisfecho con lo que hace. En esta línea de pensamiento, Nietzsche sostiene que el hombre es un "vicho insatisfecho", que siempre está buscando el afán motivador de su existencia.

El Tridimensionalismo es otra de las corrientes filosóficas, propuesta por el maestro brasileño Miguel Reale, quien sostiene tres dimensiones en la que debe edificarse el derecho, El hecho, la norma y el valor, cuyo trípode representa la unidad dialéctica del pensamiento humano. Cualquier conducta antijurídica que merezca un juzgamiento, para ser válido tiene que tomar en consideración el hecho, porque el derecho tiene que orientarse a cosas ciertas, tangibles, mas no entelequias imaginativas; el valor es un elemento ético moral consustancial a la norma, las misma que debe ser cumplida. En el Perú esta corriente ha sido enarbolada por el gran maestro Carlos Fernández Sessarego (profesor Emérito de la Universidad Mayor de San Marcos).

No obstante las bondades que tiene el Tridimensionalismo; al parecer no es suficiente, porque en el derecho influyen una serie de factores, como los filosóficos, políticos, sociológicos. El tiempo como un fenómeno jurídico que crea derechos y obligaciones, que también las extingue; en consecuencia el derecho para resolver los múltiples problemas, necesita de todos los elementos que le permitan cumplir a cabalidad sus objetivos; pues no se le puede mezquinar, tampoco ponerle una camisa de fuerza.

Frente a las limitaciones del Tridimensionalismo surge la necesidad de optar con mayores elementos, que a plenitud satisfagan todas las necesidades de la sociedad. Para cubrir esas restricciones surge pues la corriente del Multidimensionalismo, que inicialmente fue considerado por el maestro sanmarquino José Antonio Silva Vallejo, cuya corriente a medida que pasa el tiempo va teniendo mayor importancia, pero el derecho no se agota; muy al contrario, requiere de mayores retos que le permitirán afianzarse y avanzar pujante hacia el logro de sus objetivos. El derecho pareciera un fenómeno estelar, cósmico o planetario, porque todo el mundo quiere ser abogado, de ahí que, en todas las universidades el mayor número de postulantes sea a la Facultad de

Derecho. Este fenómeno genera de suyo una gran interrogante, qué está, pasando?; la respuesta, en todo caso, merece un mayor análisis.

En un breve artículo es casi imposible tratar con amplitud todas las corrientes filosóficas; hay que entender que en todas ellas siempre estarán inmersas, los principio y los valores; así como la ética y la moral; que en su concepción lexicológica todos sabemos su significado, lo cual no es sino una mera conceptualización; lo importante es poner en práctica y aplicarla a la vida real, para que se puedan internalizarse en nuestra conciencia; y aprovecho de esta oportunidad para saludar y felicitarlo al colega, Dr. Mario Almonacid Cisneros, por la incesante labor que viene cumpliendo con la de arborización de toda la Ciudad Universitaria, mas conocida como los Módulos; labor que se traduce en la protección y cuidado del medio ambiente. No dudo que otros colegas; en forma silenciosa, también vayan trabajando a favor de la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

BUNGE, Mario.- "Vigencia de la Filosofía".- Edit. Fondo Universidad Inka Garcilazo de la Vega.- Lima Perú.- 1998.

COSSIO, Carlos.- "La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad".- Editorial Abeledo-Perrot.- Buenos Aires Argentina.- 1944.

DWORKING, Ronald.- "The Philosophy of Law" (Oxford Readings in Philosophy). Ed. New York: Oxford University Press, 1977 (traducido al castellano "La Filosofía del Derecho", F.C.E., México, 1980

HART Herbert Lionel Adolphus.- "Derecho y moral". Contribuciones a su análisis.- Editorial Depalma – Buenos Aires Argentina.- 1961

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm.- "Así habló Zaratustra".- Traducción Andrés Sánchez Pascual.- Editorial Alianza.- Madrid- España.- 2003.

ORTEGA Y GASSET, José.- "Meditaciones del Quijote".- Editorial Alianza (Revista de Occidente).- Edición de Paulino Garagorri.- Madrid.- España.- 1946.

UNAMUNO Y LUGO, Miguel.- "El Sentimiento Trágico de la Vida" Editorial Alianza.- Salamanca- España.- 1913

REALE, Miguel.- "La Teoría Tridimensional de Derecho".- Editorial Tecnos.- Traducción e Introducción por Ángel Mateus.- Madrid España.- 1997

POPPER, Karl Raimund.- "Los problemas fundamentales de la epistemología". Editorial Tecnos. 1998.

TORCHIA ESTRADA, Juan Carlos.- "La Filosofía del Siglo XX".- Editorial ATLANTIDA S.A.- Primera edición (sic).- Buenos Aires Argentina.- 1955.

RECONOCIMIENTO Y REPARACIÓN DEL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

Por Dr. Carlos Fernández Sessarego*

SUMARIO

Introducción

1. La libertad
2. Características del ser libertad
3. Las instancias de la libertad
 - 3.1. La libertad ontológica
 - 3.2. La libertad fenoménica
 - 3.3. La unidad de la libertad
4. El conocimiento de la libertad
 - 4.1. La angustia existencial
 - 4.2. La angustia patológica
 - 4.3. Patencia de la libertad a través de los actos del ser humano
5. La libertad como proyecto
6. El "proyecto de vida" en la concepción de Sartre y Zubiri
7. Un antecedente lejano de la libertad como "proyecto de vida"
8. El "proyecto de vida"
9. De lo que se vale el ser humano para cumplir con su "proyecto de vida"
10. ¿Es posible dañar el "proyecto de vida"?
11. El "daño al proyecto de vida" en el derecho contemporáneo
 - 11.1. Jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana de Derechos humanos
 - 11.2. En el derecho español
 - 11.3. En el derecho argentino
 - 11.4. En el derecho italiano
 - 11.5. En el derecho peruano
 - 11.6. Otras referencias
12. El proyecto "alternativo"
13. El proyecto "sustitutorio"
14. El "proyecto de vida" y los proyectos
15. La libertad ontológica, ¿tiene límites?
16. Libertad, voluntad y proyecto de vida
17. "Proyecto de vida" y valoración
18. La valoración axiológica
19. Los instrumentos con que cuenta la persona para la elección del "proyecto de vida"
20. Los condicionamientos de la libertad
21. La complejidad del "proyecto de vida"
22. El surgimiento del "proyecto de vida"
23. La estructura existencial del ser humano
24. ¿Merece protección jurídica el "proyecto de vida"?
25. Reparación del "daño al proyecto de vida"
26. Apreciaciones de Alpa y Busnelli

*Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Filósofo y Jurista.

Introducción

En las páginas de este trabajo intentamos elaborar un breve resumen de los alcances de la nueva figura del "daño al proyecto de vida" o "daño a la libertad fenoménica" como una de las modalidades o categorías del amplio y genérico concepto de "daño a la persona". Nunca antes en el pasado se había hecho referencia a esta nueva institución, por lo que su absoluta novedad en el panorama del Derecho de Daños obliga a exponerla con la mayor fundamentación y claridad posible, a repensarla permanentemente para afinarla, absolver dudas, rectificar errores, cubrir vacíos, plantear nuevas cuestiones, desarrollarla, en suma.

El propósito cardinal de este trabajo es el de interrogarnos si, en verdad, existe un "proyecto de vida" y, de ser el caso, si es posible dañarlo en cuanto él significa la exteriorización y realización fáctica de la libertad ontológica en que consiste el *ser* del hombre. La libertad fenoménica, constituida por actos o conductas que responden a una decisión libre de la persona, por acción de terceros, ¿puede ser frustrada, menoscabada o retardada en su ejecución? Esta es la cuestión a descifrar no obstante que, desde su creación en 1985, la institución ha sido acogida por la jurisprudencia supranacional americana y por un sector de la jurisprudencia comparada, así como por un cada vez más creciente número de juristas que han respondido afirmativamente a la interrogante que nos formulamos. A ello también nos referiremos en las siguientes páginas de este trabajo.

El tema, por su novedad y trascendencia en cuanto se refiere a la protección preventiva, unitaria e integral de la persona humana, está abierto al más amplio debate.

1. La libertad

La libertad es el *ser* del hombre. La persona humana es un *ser libertad*. La libertad es lo que caracteriza al ser humano, lo que lo hace ser el ente que *es* y no otro. La libertad lo diferencia de los demás entes del mundo, incluyendo a los de su propia especie. Es, por ello, el único ser espiritual. El espíritu es propio de los seres libres y, éstos, son los únicos entes espirituales.

La libertad, en cuanto *ser* del hombre, no se le puede definir. No es "algo", una cosa u objeto que tengamos ante nuestra mirada, que podamos describir en su integridad o plenitud. No es un ente exterior a nosotros mismos, captable por los sentidos. La libertad la sensibiliza, la vivencia, el ser humano.

Pero, a pesar de que la libertad es indefinible, debemos aludirla de alguna manera, explicárnosla de algún modo. Es así que, común y generalmente, a este *ser* que somos, se le suele frecuentemente referir a través de uno de sus más visibles atributos como es el de su capacidad inherente de valorar, adoptar decisiones, preferir y elegir un cierto comportamiento, un determinado acto o conducta, sin límite alguno, entre un abanico de posibilidades, opciones u oportunidades que le ofrecen tanto su mundo interior, sus propias potencialidades, como las provenientes del mundo exterior, de los "otros" y de las cosas. El empleo del indicado atributo para referirnos a la libertad reside, tal vez, en el hecho que es el que nos resulta más importante o perceptible entre otros que pudieran aplicársele.

Con la libertad sucede lo que acontece con Dios. Para los que creen que existe se refieren a Él de alguna manera. Lo hacen, también, a través de algunos de sus atributos o connotaciones que, generalmente, son los que más los impactan. Así, se dice que es omnipotente, que es amor.

Aunque trataremos el asunto más adelante es conveniente, para una mejor comprensión de lo que proponemos, expresar que la libertad, siendo unitaria, tiene dos instancias o momentos teóricamente distinguibles. Uno de ellos es el de la libertad en cuanto **ser** del hombre. A ella la designamos como libertad **ontológica**. Esta vertiente de la libertad es la del mero proyectar y decidir. Ello acontece dentro del mundo interior de la persona. Es un proyectar y una decisión íntimas, que sólo la pueden conocer los demás seres con los cuales convive el ser humano en el caso que opte por revelarlas o que las conviertan en actos y conductas visibles por los demás. A través de éstos se percibe cuál ha sido la decisión que les ha dado lugar.

Por las propias decisiones y actos del ser humano comprobamos que, dentro de las limitaciones de la libertad a las que estamos sometidos tan sólo en cuanto a su ejercicio o realización en el mundo exterior, no somos un robot, una máquina, un objeto, un ente que carece de rumbo, que no es capaz de proyectar y decidir sobre su existir. Somos siempre libres para proyectar y decidir, aunque nuestras decisiones no se cumplan en la realidad de la vida. Somos libres hasta para renunciar a decidir por nosotros mismos y trasladar esta capacidad a otra persona. Y somos también libres para retomar la potestad de decidir por nosotros mismos según nuestro propio criterio o atendiendo a una sugerencia proveniente del mundo exterior.

La otra dimensión de la libertad, es decir, la que se vuelca al mundo exterior, la que se convierte en acto o conducta, mediante los cuales el ser humano se realiza como persona, se refiere al cumplimiento de su "proyecto de vida", al del el destino que se ha trazado. A esta libertad, que percibimos a través de los comportamientos humanos, la designamos como libertad **fenoménica**.

La libertad, en síntesis, no es un atributo del ser

humano: es su propio **ser**.

2. Características del ser libertad

El ser humano no es un animal mamífero cualquiera, como el chimpancé o el perro, sino uno dotado de libertad que, abierto al mundo de los valores, lo convierte en un ser espiritual, que no se reduce tan sólo a lo orgánico, a lo fisiológico, a la Naturaleza. La libertad es el *plus*, ese "algo más" que hace que el ser humano sea único, irreplicable, singular, idéntico a sí mismo. En una palabra, que posee dignidad.

El chimpancé, como los otros animales mamíferos, tienen un cierto elemental nivel de racionalidad, de psiquismo, en general, pero carecen de libertad. No son seres espirituales capaces de valorar¹.

La libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. No es un ser cerrado sobre sí mismo sino un ser abierto a los demás y al mundo. No es compacto, macizo, acabado como las cosas que lo rodean. El hombre va haciendo su vida, proyectándose al futuro, adquiriendo una propia identidad. Mediante la libertad, siendo todos los seres humanos iguales, no existen dos personas idénticas. Libertad e identidad son el sustento de la dignidad humana.

La libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos. Libertad es, por ello, sinónimo de responsabilidad. Como sostiene Jaspers, la libertad "le ha sido impuesta al hombre como su responsabilidad"².

El ser humano, en tanto libre es, en alguna medida, impredecible. Todo lo que podamos decir sobre el ser humano es aproximativo, no hay nada definitivo, máxime que por ser

1 Sobre el tema es ilustrativo consultar la obra de Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos* (Buenos Aires, Editorial Losada, 1938) en el punto I de la Introducción, de p. 29 en adelante.

2 JASPERS, Karl, *Ambiente espiritual de nuestro tiempo*, Barcelona, Editorial Labor, 1933, p. 187.

temporal va haciéndose cada día. El que fue ayer, en múltiples aspectos, ya no es igual al que es hoy ni lo será al que se proyecta al futuro, sin nunca dejar de ser "el que es". Es así que, posiblemente, habiendo sido, por ejemplo, conservador en su pasado dejó de serlo para convertirse en un revolucionario o, quizás, si ayer fue agnóstico en la actualidad es un fervoroso creyente. Nuestra identidad posee, por ello, dos vertientes, la estática, la que no cambia, la que permanentemente responde al "soy yo", y la identidad dinámica que varía con el tiempo al moldearse la personalidad³.

El ser humano por ser libre, a pesar de todo lo que podemos conocer y saber sobre él resulta, en cierta medida, un misterio. Su compleja estructura existencial, como sostiene Jaspers, hace que el hombre sea siempre más de los que sabe sobre él⁴. Según el filósofo germano, el ser humano conoce mejor todo aquello que lo rodea, lo instalado en el mundo exterior, que lo que él es. En este mismo sentido Mounier, al referirse al misterio que representa el hombre, apunta metafóricamente que "mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, piensa y que quiere"⁵.

3. Las instancias de la libertad

Como se ha anotado en precedencia, la libertad es una, pero, teóricamente, la percibimos en dos instancias o momentos. El primero, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, el segundo, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la designamos, como está dicho, como libertad *fenoménica*.

3.1. La libertad ontológica

La libertad ontológica⁶, es la que nos "hace ser lo que somos": seres humanos. La libertad, como se ha señalado, es el *ser* del ente hombre. Es la que lo constituye y sustenta

como tal, como un ser espiritual. Esta intuición, esta aguda e íntima percepción de lo que somos, surge luego de penetrar, angustiosamente, en lo más hondo de nuestro ser al interiorizarnos en nosotros mismos.

Ello, además, lo comprobamos apenas centramos nuestra atención en nuestros propios actos así como en las conductas de los demás seres humanos. Nos preguntamos, entonces, si ellos son solamente actos mecánicos, como los de un robot, o si son actos reflejos o, más bien, que responden tan sólo a fatales condicionamientos a los que, inexorablemente, estaríamos sometidos. ¿Estamos aherrojados por la fatalidad? ¿Somos inertes juguetes en el universo? Cada ser humano acude a su propia experiencia para vivenciar la libertad. Ello, siempre que no se lo impidan los azares de la vida, la angustiosa y prioritaria búsqueda de la subsistencia material o las limitaciones propias del ser humano.

La libertad se nos aparece como una personal honda vivencia tan sólo en los momentos culminantes de nuestras vidas cuando, excepcionalmente, tenemos que adoptar una decisión de una magnitud tal de la cual depende el rumbo de nuestra existencia. Sólo en estos raros instantes de nuestro existir podemos tomar conciencia de nuestra libertad. Por lo expuesto, no todos los seres humanos participan de esta raigal experiencia, la que está reservada para los que realmente se angustian por saber "quiénes son" y sobre "cuál ha de ser su misión existencial".

La ética cristiana y los más connotados filósofos de los siglos XIX y XX, especialmente el de este último, corroboran lo dicho anteriormente en cuanto que la libertad es el *ser* del hombre, la que lo constituye como un ser espiritual dotado de una envoltura psicosomática que lo enraíza en la Naturaleza. La libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada,

3 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

4 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, Buenos Aires, Editorial Losada, segunda edición, 1968, p. 54.

5 MOUNIER., Emmanuel, *El personalismo*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1962, p. 6.

6 La ontología se ocupa de destacar y explicar el *ser* de los entes. El ser es, en cualquier caso, el ser de los entes. Los entes son los objetos del mundo, donde está presente el ser que conoce que es el *ser humano*. La ontología radical es, por ello, la analítica ontológica del ser humano, del ente que conoce.

expresado por Kant, la libertad fenoménica, es decir, el proyecto que se exterioriza a través de actos o conductas, es el que interesa al Derecho. Éste, en efecto, regula normativamente conductas humanas intersubjetivas debidamente valoradas, ya sea para permitir las o prohibirlas.

La instancia o momento de la libertad fenoménica es mencionada por Zubiri cuando se refiere a ella como "el uso de la libertad en la vida", señalando que "hablamos así de un acto libre o no libre". Este "uso de la libertad", en palabras del propio Zubiri, emerge "de la radical constitución de un ente cuyo ser es libertad"¹⁵. En otros términos, la libertad fenoménica se genera a partir de una decisión del ser libertad en que ontológicamente consiste el ser humano.

La lucha por la libertad significa y consiste, desde la instancia fenoménica, en aproximarse, lo más que sea dable, a la cristalización del personal "proyecto de vida", utilizando todas las opciones u oportunidades que se nos ofrecen y tratando, al mismo tiempo, de superar todos los obstáculos que se alzan contra ella, ya sea desde nuestro mundo interior, nuestra envoltura psicosomática, o desde el mundo exterior, generados por los "otros" o por las cosas. Es decir, se trata de impedir, hasta donde ello sea posible, que se menoscabe, retarde o frustre su cumplimiento. La frustración del "proyecto de vida" es el daño más grave que se puede perpetrar contra la persona pues, en casos extremos, acarrea la pérdida del sentido de la vida. Está demás reiterar que la lucha por el cumplimiento del personal "proyecto de vida" se da, inexorablemente, dentro del bien común.

3.3. La unidad de la libertad

La persona humana no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos, ni viceversa. La libertad es una unidad desplegada en dos instancias. La

libertad ontológica se fenomenaliza en la conducta. Un acto humano no puede ser privado de su referencia a la libertad ontológica pues, de lo contrario, sería un acto de la Naturaleza. Como anota Cossio, la libertad, con los actos que realiza "trasciende desde el hombre hacia el mundo" en una unidad porque no deja de ser libertad¹⁶.

En la libertad, por lo anteriormente expuesto, encontramos una unitaria doble faz, las que son inseparables desde que la segunda, es decir, la fenoménica, tiene su origen en la ontológica y es su continuidad en el tiempo, en el mundo exterior. Al referirse a esta situación, Carlos Cossio considera que la persona, "no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos; ni viceversa, porque no se trata de la libertad metafísica de un trasmundo, sino de la libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta; y porque un acto humano privado de su referencia a la libertad, sería un hecho de la Naturaleza, y tampoco es de eso de lo que se trata". Sintetizando lo expresado, el filósofo argentino manifiesta, como se ha señalado, que con los actos que realiza el ser humano, "la libertad trasciende desde el hombre hacia el mundo en una tríada que es una unidad porque no deja de ser libertad"¹⁷.

4. El conocimiento de la libertad

La libertad no es un ente que se yergue ante nosotros, que podamos aprehender a través de los sentidos, tocarlo, verlo. El hombre tiene apetito de tener los objetos ante su mirada para poder cerciorarse de su realidad, de su existencia.

Ni Dios ni la libertad se hacen patentes ante la escrutadora mirada de aquellos seres humanos que sólo confían en lo que se puede conocer a través de los sentidos. Les angustia no poder saber qué es Dios y qué la libertad. Mounier nos dice que, para calmar esta sensación, los seres humanos "quisiéramos

15 ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, ob. cit., p. 389.

16 COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, ob. cit., p. 480.

17 COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, ob. cit., p. 480.

captar la libertad en flagrante delito, tocarla como a un objeto, al menos probarla como un teorema¹⁸. Pero ello no es posible dada la naturaleza de Dios y de la libertad.

La libertad no es fehacientemente demostrable. No es posible, ante quien la niega, mostrar su existencia como, por el contrario, si pueden describirse las cosas que se dan en el mundo, las que se hayan ante la mirada del hombre.

No obstante lo anteriormente expresado en cuanto al conocimiento de la libertad, se conocen dos vías para que cada ser humano pueda experimentar, hasta donde ello es posible, la existencia humana como la de un *ser libertad*. Una de ellas, que podríamos calificar como directa, es la angustia. La otra, que podríamos considerar como indirecta, son los actos visibles tanto de nuestro proceder - actos, conductas - como el de los demás seres con los cuales convivimos en sociedad en tanto somos seres estructuralmente coexistentes. Mediante estas vías podemos tener sensibilidad o experiencia de la libertad.

4.1. La angustia existencial

La angustia existencial hace patente nuestro ser. Es el momento supremo en el que vivenciamos nuestro ser libertad. Es una compleja sensación que invade todo nuestro ser, que nos compromete íntegramente como unidad existencial. Es, así, que Jaspers puede decir que "la angustia invade el cuerpo"¹⁹, se extiende a todo lo que somos como seres humanos. Es la angustia por saber en qué consistimos, qué somos.

La angustia se presenta sólo en el instante en el cual la persona tiene que adoptar una decisión fundamental para su vida y es consciente de ello. De ahí que Marcel pueda afirmar que "no puede hablarse de libertad más

que en el caso que esté en juego algo de real importancia"²⁰. Karl Jaspers expresa al respecto que el mundo se revela sin fondo, más el hombre "hallar en sí lo que no encuentra en parte alguna del mundo, algo incognoscible, indemostrable, que se sustrae a toda ciencia investigadora: la libertad y lo con ella relacionado"²¹.

Como sostiene el propio Jaspers, en la libertad "se halla el origen de nuestro obrar y de nuestra conciencia de ser, lo que el hombre sea, no sólo es contenido de saber, sino de fe. Cómo el hombre tenga certidumbre de su ser humano, es un rasgo fundamental de la fe filosófica"²².

A la libertad se le vivencia, se le experimenta a través de un proceso de interiorización cuyo momento supremo y culminante, como se ha anotado, es la angustia mediante la cual se desvela nuestro ser. Como nos lo revela Emmanuel Mounier a la libertad "sólo se le capta desde dentro y de raíz, surgiendo con ella"²³. Para el filósofo galo la mayor angustia que experimenta el hombre es saber si es realmente libre. Por ello, tiene sentido preguntarse con Mounier, ¿si no hay libertad, qué somos? Al responder a esta interrogante nos dice, con razón, que seríamos "juguetes en el universo"²⁴.

Gabriel Marcel, por su parte, expresa que no se puede captar al ser al igual que los objetos del mundo. Cada persona tiene que vivir la experiencia de su libertad. Se tiene o no conciencia de ella. Por ello, se pregunta "hasta qué punto o dentro de cuales límites puedo afirmarme o no como un ser libre, teniendo en cuenta la propia experiencia de mi vida". Reflexionando en torno a esta pregunta, que hacemos nuestra, nos dice que la respuesta no puede venir de afuera, "ninguna respuesta que venga de afuera podrá satisfacerme si no coincide con mi propia respuesta, sino es, en última instancia, *mi respuesta*"²⁵.

18 MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, ob. cit., p. 35.

19 JASPERS, Karl, *El ambiente espiritual de nuestro tiempo*, ob. cit., p. 58.

20 MARCEL, Gabriel, *El misterio del ser*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1953, p. 298.

21 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, ob. cit., p. 55-56.

22 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, ob. cit., p. 56.

23 MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, ob. cit., p. 36.

24 Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, ob. cit., p. 35.

25 MARCEL, Gabriel, *El misterio del ser*, ob. cit., p. 292.

Sören Kierkegaard, en 1844, aludía a la angustia como "el vértigo de la libertad"²⁶. Sostiene que si "el hombre fuese un animal o un ángel no sería nunca presa de la angustia". Sólo el ser humano, precisamente por ser libertad, es capaz de angustiarse. De ahí que en palabras del propio filósofo, "cuanto más hondamente se angustia el hombre, tanto más grande es el hombre"²⁷.

Martín Heidegger, aproximadamente después de tres cuartos de siglo de lo vislumbrado por Kierkegaard, manifiesta que lo que angustia al hombre es, siempre y únicamente, "su ser en el mundo, su *ser* mismo, él mismo". Lo que le angustia es cómo es que es uno mismo. La angustia, en palabras del filósofo, hace patente en el hombre (*ser-ahí*) "el *ser libre para* la libertad del elegirse y empuñarse a sí mismo"²⁸.

No todos los seres humanos - tal vez los menos - tienen la capacidad de angustiarse ante la adopción de una decisión trascendental, que signará el rumbo existencial de su vida y del cual saben y se sienten únicos responsables. Entre estos últimos se encuentran aquellas personas que poseen un mayor sentido de responsabilidad.

Nos angustia el acto de decidir por nosotros mismos. Es decir, el sentirnos responsables de la decisión que adoptemos en un trance importante de nuestra vida, del cual puede depender nuestro futuro, nuestra realización personal. Nos angustia la responsabilidad que ello conlleva ante la potencial culpa que estamos asumiendo de darse el fracaso de nuestra libre decisión. Nos angustia, en suma, la responsabilidad inherente a la libertad en el instante de adoptar una decisión trascendental para nuestra vida.

No es posible confundir, aunque están próximos, la angustia con el temor, como tampoco la angustia existencial, a la que hemos venido refiriéndonos, con la angustia patológica.

4.2. La angustia patológica

Es importante distinguir la angustia existencial, a la que hemos venido refiriéndonos, que es una angustia frente al "misterio aterrador de la libertad" - como nos dice Mounier -, de la angustia patológica. Ésta es una alteración psíquica, a diferencia de la angustia existencial que compromete todo nuestro ser y que responde a otro origen.

La angustia patológica no es infrecuente en un mundo en el cual se vive frenéticamente, donde nos acecha la inseguridad y cunden las amenazas de todo orden contra nuestra libertad y nuestra integridad psicosomática. Vivimos, en este sentido y en los tiempos que corren, al borde de la angustia patológica.

Nos angustiamos frente a lo que de malo nos puede suceder, como frente a un asalto, un secuestro, una grave enfermedad o un accidente de un ser amado, el acecho de la delincuencia organizada, la pérdida del empleo, la inminencia de una guerra, un sismo de enorme magnitud, un voraz incendio u otros desastres de la Naturaleza. Nos angustiamos también cuando desaparece un ser querido y no sabemos nada sobre su paradero. En todas estas situaciones, o en otras similares, la angustia se limita a lo psíquico, sin que ella, como en el caso de la angustia existencial, invada todo nuestro ser ante la experiencia de la libertad.

Jaspers, al referirse a la angustia patológica a la que estamos expuestos en el diario vivir, señala que los seres humanos amenazados ante la inseguridad reinante en el mundo experimentamos "una angustia vital como tal vez nunca se haya conocido, es la siniestra compañera del hombre moderno". El hombre, continúa expresando el filósofo alemán, "teme por su propia existencia vital, que amenazada de continuo, es hoy con más intensidad que nunca, objeto principal de atención; y teme, con miedo de índole totalmente distinta por su

26 KIERKEGAARD, Sören, *El concepto de la angustia*, segunda edición, Buenos Aires, Espasa-Calpe Argentina S.A., 1943, p. 67.

27 KIERKEGAARD, Sören, *El concepto de la angustia*, ob. cit., p. 169.

28 HEIDEGGER, Martín, *El ser y el tiempo*, ob. cit., p. 217.

ser mismo, a cuya altura no se eleva"²⁹.

En las expresiones de Jaspers, antes glosadas, se aprecia la distinción entre las dos dimensiones de la angustia a las que venimos refiriéndonos: la común, vital o patológica y la angustia existencial, que tiene que ver con la experiencia de la propia libertad. En cuanto a la primera de las mencionadas, que se extiende a los más diversos actos y circunstancias de nuestra vida como reacción psicológica frente a las amenazas que acechan al hombre, sobre todo aquellas provenientes de la inseguridad, lo dicho por Jaspers en las primeras décadas del siglo XX tiene mayor vigencia en nuestros días.

Como se desprende de lo referido en precedencia, resulta extraño no encontrar, en el nivel histórico en el que nos hallamos, un ser humano que no experimente con frecuencia una angustia vital, situación que se intensifica en aquellas ciudades o lugares donde la inseguridad está presente y son mayores las amenazas a la tranquilidad o bienestar de las personas.

4.3. Patencia de la libertad a través de los actos del ser humano

Aparte de la angustia existencial es posible también tener patencia de la libertad de manera indirecta a través de los actos o conductas del ser humano que se exteriorizan en la realidad de la vida. Estos comportamientos son demostrativos de la libertad en cuanto comportan la ejecución visible de una decisión libre que le ha dado origen, es decir, de un determinado proyecto concebido originalmente en el mundo interior del ser humano.

El acto o conducta humana constituye la proyección de la libertad ontológica en el mundo exterior. La libertad convertida en

fenómeno, en acto o conducta, es el hilo conductor que nos permite descubrir que ella obedece a una decisión libre de la persona humana. Es así que, mediante la libertad fenoménica, logramos hacer patente la libertad. Como anota Jean Paul Sartre al respecto, "la condición indispensable y fundamental de toda acción es la libertad del ser del acto"³⁰. Como derivación de lo expuesto podemos decir, con el propio Sartre, que el ser humano "es un existente que descubre su libertad por sus actos"³¹. La libertad, como apunta el filósofo galo, "la percibimos ordinariamente a través del acto que ella organiza con los motivos, móviles y los fines que aquél implica"³².

El acto o conducta, por lo expuesto, es la respuesta a una decisión y elección libre del ser humano, lo que nos permite conocer el sentido y presencia de la libertad que somos.

5. La libertad como proyecto

"Ser libertad" supone la capacidad inherente al hombre de **proyectar** una manera de existir, un plan existencial. Libertad es, por ello, sinónimo de proyecto. La libertad ontológica es necesariamente proyectiva. Se es libre para proyectar una "manera de vivir", un estilo o tipo de vida, o un simple acontecimiento cualquiera del diario existir. La libertad ontológica, en tanto proyecto, tiene vocación de cumplimiento en la realidad, en el mundo exterior, en la cotidianidad de la vida. Se proyecta para vivir, se vive proyectando. Libertad para vivir de tal o cual modo, a través de actos, conductas, comportamientos, que configuran el diario existir y que, en su conjunto, trasuntan la decisión de dar cumplimiento a un singular "proyecto de vida" libremente elegido.

La subjetiva decisión-elección libre del ser humano se convierte, así, en libertad

29 JASPERS, Karl, *El ambiente espiritual de nuestro tiempo*, ob. cit., p.58.

30 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, Buenos Aires, Ibero Americana, 1949, p 12 a 16.

31 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit., p. 18.

32 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit., p. 166.

fenoménica, se objetiva, se hace presente en el mundo en el que vivimos, en la realidad del diario acontecer. Es el proyecto en marcha, la libertad ontológica en trance de ir alcanzando su realización o frustrándose, total o parcialmente. Originada en una decisión subjetiva, la libertad se hace patente en el mundo exterior mediante los actos o conductas a través de los cuales el ser humano ejecuta o pretende realizar tal decisión, cumplir con su proyecto de vida. La libertad fenoménica es el del proyecto originario, que surge de una decisión libre, en trance de ejecución, de su realización en el mundo exterior. Se trata, como se advierte, de las dos instancias de la libertad a las cuales hemos hecho anteriormente referencia.

De lo expuesto se puede concluir que la libertad, cuya una de sus características o connotación es la de la decisión-elección, implica un continuo proyectar. La libertad ontológica es, de suyo, proyectiva, con vocación a fenomenalizarse, a convertirse en acto. Concebir proyectos es, por ello, poner el ser en el futuro inmediato o mediato. Ello es posible desde que el ser humano es tiempo, es un ente temporal. La temporalidad es inmanente a la libertad, le es inherente. La vida humana se proyecta en el tiempo. Como apunta Julián Marías, el proyecto es vida anticipada hacia el futuro. Es anticipación de sí misma, por tanto "imaginación más o menos rica y detallada de algo que no existe pero que se ve como *porvenir*"³³.

La libertad es proyecto, se vive proyectando, se proyecta para vivir. Vivir, en tanto ser libre, supone cumplir un proyecto. Proyecto que puede también frustrarse, menoscabarse, retardarse, cumplirse parcial o totalmente en la cotidianidad del existir.

Proyectar, en tanto ser libre, significa no sólo poseer una dimensión de temporalidad sino, también, aquella concerniente a la estructura coexistencial del ser humano. Ningún proyecto

puede realizarse sin contar con los otros seres humanos, con los estímulos y medios provenientes del mundo exterior, del entorno en el cual se vive. Se proyecta en y dentro de una comunidad existencial. De ahí que el ser humano, que es libertad, sea temporal y, a la vez, coexistencial.

6. El "proyecto de vida" en la concepción de Sartre y Zubiri

Son numerosos los filósofos contemporáneos que han penetrado, con agudeza y sensibilidad, en el significado de la libertad en cuanto *ser* del hombre y, consecuentemente, del "proyecto" y de su concreción en la realidad de la vida. Entre ellos se cuentan Zubiri y Sartre, cuyo pensamiento ha sido decisivo para el extraordinario vuelco que se ha producido en la concepción de lo que es el ser humano.

El ser humano como un "ser libertad" sustituye, en los días que corren, a la antigua y superada concepción del hombre como siendo tan sólo "un animal racional". Este hallazgo, que hunde sus raíces en la historia de la filosofía a través de los aportes del cristianismo, de Kant, Fichte y Kierkegaard, entre otros pensadores, ha obligado a las ciencias humanas a revisar sus supuestos, en esta oportunidad glosaremos brevemente el pensamiento de Jean Paul Sartre y de Xavier Zubiri, dos connotados filósofos de la primera mitad del siglo XX, sobre el significado y trascendencia del "proyecto" y de su fenomenalización en la realidad del vivir. La libertad, como señala Sartre, "se hace acto" y éste "es la expresión de la libertad"³⁴. Como apunta el filósofo francés, "el proyecto libre es fundamental, pues es mi ser"³⁵. El acto exterior, mediante el cual se realiza una libre decisión subjetiva, es la manifestación de un determinado proyecto personal. El ser libre "es aquel que puede realizar sus proyectos"³⁶. Es, precisamente, a través de los actos o conductas que los demás seres humanos

33 MARIAS, Julián, *Mapa del mundo personal*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 17.

34 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit., p. 16.

35 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit., p. 76.

36 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, ob. cit., p.81.

base de una necesaria valoración personal. El proyecto, en su pretendida realización, en su conversión en libertad fenoménica representada por actos o conductas, encuentra resistencias de diversa índole a las cuales se tiene que enfrentar con distintos resultados. Se subraya, además, que la estructura psicofísica o psicosomática, como preferimos designar, es la que sirve de instrumento para poner en marcha la libre decisión del ser humano.

En otro párrafo de la tercera edición del citado libro, precisamente en la página 154, se reiteraba la pregunta antes mencionada, a la que se respondía con la siguiente expresión: "Libertad, ¿para qué? Para las grandes empresas, para preferir los más altos fines, lo más nobles ideales, los valores supremos. Para hacer una vida auténtica, egregia, como diría Ortega y Gasset". En esta respuesta se encuentra lo que sería, un proyecto de vida cercano a la ansiada perfección. Este ideal se concretaba aún más cuando, en la página 155, con una visión cristiana de la vida y ante la misma pregunta, se respondía lo siguiente: "Para amar. Para amar a los "otros" a la manera de Cristo, para amar a las "cosas" al estilo de Francisco. Para amar al prójimo por amor a Dios. Para amar la Verdad, por la cual "vivimos, somos y nos movemos".

De lo anteriormente glosado se desprende que en aquel lejano año de 1950, treinta y cinco años antes de su pública exposición en 1985, teníamos perfectamente nítido el significado del "proyecto", así como germinaba, dentro del genérico y amplio concepto de "daño a la persona", el de "daño al proyecto de vida" cuyo tratamiento, con énfasis en sus consecuencias, se desarrollaría en las dos últimas décadas del siglo XX.

8.- El "proyecto de vida"

La libertad, que es el *ser* del hombre, tal

como se ha anotado, tiende a que sus decisiones se conviertan en actos, en conductas o comportamientos los que, enhebrados en el tiempo existencial, delatan su existir, denuncian sus proyectos. Se decide para actuar, para vivir.

Se designa como el singular y único "**proyecto de vida**" aquel que la persona elige, en la intimidad de su mundo interior y en un determinado momento de su vida, con el propósito de realizarlo, de poder contemplarlo hecho realidad en el curso de su existencia. Es el rumbo, la meta, el sentido y razón que cada ser humano otorga al don de su vida. Es lo que el hombre decide ser y hacer "en" su vida y "con su vida". Vive para cumplir con su propio destino, es decir, para dar cumplimiento al "proyecto" que ha elegido en tanto "ser libertad".

El "proyecto de vida" se fundamenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza de *ser libertad*.

El proyecto de vida es el que signa el rumbo o destino que el ser humano concibe para su vida. Es, así, que en el proyecto de vida se encuentra dado el sentido existencial de una decisión de la persona derivada de una previa valoración. Ésta se realiza ante un abanico de opciones o posibilidades que, de haber justicia, le ofrece su entorno o "circunstancia", en expresión cara a Ortega y Gasset.

Las opciones, posibilidades u oportunidades que se le ofrecen al ser humano para adoptar una decisión son la garantía de que éste se halla en condiciones de poder elegir, preferir y decidir sobre cierto "proyecto de vida". Si el mundo exterior no le ofreciese estas opciones de nada le valdría al ser humano ser ontológicamente libre desde que no podría ejercer esta libertad, volcarla en actos o conductas, encaminar su existencia y llevar su proyecto, de ser posible, a su culminación. Una decisión que no se cumple por carencia de opciones - de las que disfrutaban otros seres

humanos privilegiados - es una frustración. La magnitud de esta frustración está en razón directa con la importancia que, para el ser humano, asume dicha decisión.

El ser humano, en cuanto ser libertad, es un constante, un continuo y permanente ser proyectante o proyectivo. El ser humano, el "ser ahí" heideggeriano es el que, "en cuanto tal, se ha proyectado en cada caso ya, y mientras es, es proyectante"⁴⁰. Como expresa Heidegger, el ser humano es un ser proyectante. O, como preferimos decirlo es, de suyo, proyectivo. Proyecto, como está dicho, significa libertad con vocación de convertirse en un acto de vida o una meta existencial a cumplirse por el ser humano. Se proyecta para vivir, para construir la cotidianidad y el futuro. Se vive proyectando en el tiempo, con los demás seres humanos y las cosas del mundo. Vivir a plenitud es cumplir un proyecto de vida en la realidad del diario existir.

Entre la multiplicidad de proyectos que el ser humano forja continua y permanentemente en su existencia hay uno que es singular, único, irrepetible: el "proyecto de vida" de cada cual. El "proyecto de vida" es, de conformidad con una personal adhesión a una determinada escala de valores, aquello por lo cual cada ser humano considera valioso vivir, aquello que justifica su tránsito existencial. Significa, por ello, otorgarle un sentido, una razón de ser, a su existir. Es la misión que cada cual se propone realizar en el curso de su temporal existencia. Es un conjunto de ideales, de aspiraciones, de expectativas propias del ser existente. En suma, se trata, nada menos, que del destino personal, del rumbo que se quiere dar a la vida, las metas o realizaciones que el ser humano se propone alcanzar. Es la manera, el modo que se escoge para vivir el cual, de cumplirse en la realidad de la vida, colma la existencia, otorga plenitud de vida, realización personal, felicidad. Cumplir con el "proyecto de vida" significa que la persona ha hecho realidad el destino que se propuso

alcanzar en su vivir, en su tiempo existencial.

El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una o de otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, profesional, familiar, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el singular "proyecto de vida". El cumplimiento del proyecto es así el existir mismo del hombre, su realización en el mundo como ser libertad. De ahí que Sartre pueda decir, tal como se ha apuntado y con razón, que "el proyecto libre es fundamental, pues que es mí ser"⁴¹.

El "proyecto de vida", como apunta Jaspers, es aquel que el hombre, consciente de su libertad, "quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser"⁴². Consideramos que todos los demás proyectos, directa o indirectamente, desde los más significativos a los de menor trascendencia, confluyen en el "proyecto de vida". Todo lo que el hombre proyecta en la vida está, directa o indirectamente, en función de su propio "proyecto de vida". Ello, de manera consciente o inconsciente. Todas sus decisiones y acciones se dirigen al cumplimiento de su misión, de su realización integral que se concreta en el cumplimiento, total o parcial, de su "proyecto de vida".

Todos los proyectos que se suceden en la vida, concebidos por el "ser libertad" que tiene que vivir, están ordenados para cumplir con el singular y, a la vez, complejo "proyecto de vida". Si utilizamos una metáfora para graficar lo expresado podríamos decir que los proyectos que se suceden en el diario existir son como afluentes que, finalmente, van a desembocar en el gran río que es el "proyecto de vida". Todos los actos o conductas están dirigidos a cumplir con el proyecto de vida, aun los más irrelevantes, como, por ejemplo, tomarse vacaciones. Quien sale de la rutina de la cotidianidad, busca descanso, sosiego, reposo, significa la posibilidad de retomar con bríos su proyecto de vida. Las vacaciones

40 HEIDEGGER, Martín, *El ser y el tiempo*, ob. cit., p. 168.

41 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit. tomo III, p. 76.

42 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, ob. cit., p.60.

contribuyen, así, indirecta y, posiblemente de modo inconsciente, a la realización del proyecto de vida.

9. De lo que se vale el ser humano para cumplir con su proyecto de vida

El ser humano se encuentra, en un tiempo y en un espacio dados, lanzado en el mundo, sumergido en el tiempo cosmológico y teniendo que hacer su vida en una dimensión coexistencial. Se encuentra existiendo, "viviendo" y, como consecuencia de esta situación, se pregunta, consciente o inconscientemente, ¿qué hacer con *mi* existencia?, ¿cuál el *sentido* que quiero otorgarle a *mi* vida? Su respuesta a esta profunda inquietud, es el concebir *su* "proyecto de vida", aquella misión o actividad que decide realizar durante su humano existir.

Como se ha anticipado, para alcanzar dicho propósito se debe necesariamente contar, en cierta medida, con lo que proviene de su mundo interior. Es decir, de sus propias potencialidades, capacidades, energías y posibilidades psicosomáticas. Ellas constituyen el instrumento primario del cual se vale el hombre para cumplir con su "proyecto de vida". Es, utilizando una metáfora de uso frecuente en el mundo empresarial contemporáneo, la "capacidad instalada" con la que cuenta cada ser humano al ser concebido, al venir al mundo sin haberlo solicitado.

Pero, también como se ha apuntado, para realizarse el ser humano debe contar con todo aquello que le ofrece el mundo exterior, la circunstancia en la que está situado: la trama interpersonal, la coexistencia o presencia de los "otros", así como de las cosas que en él se hallan y lo envuelven. De todo ello se vale el ser humano para concebir y, consecuentemente, para dar cumplimiento a su "proyecto de vida". En una palabra, el ser humano proyecta su vida

sobre la base tanto de sus propias capacidades como de las opciones que le ofrece el mundo, su "circunstancia". No es posible la existencia, y menos la realización de un "proyecto de vida", si el ser humano, como se ha anotado, carece de opciones que le permitan decidir y elegir su personal proyecto.

Tal situación es descrita en el párrafo 148 de la sentencia de reparaciones expedida, con fecha 27 de noviembre de 1998, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "María Elena Loayza Tamayo", pronunciamiento que reconoce y acoge el concepto de "daño al proyecto de vida". En el mencionado párrafo se expresa que: "El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte".

El "proyecto de vida" es, así, un ideal por alcanzar. El éxito en cuanto a su realización está condicionado a que se presenten y se den las favorables condiciones antes referidas. Todos los ideales del ser humano no son posibles de cumplir debido a las limitaciones propias de cada persona y de aquellos condicionamientos provenientes del mundo en que se vive. Pero, también, hay proyectos que desbordan las posibilidades reales del ser humano como aquellos fantasiosos o los imposibles de realizar.

La decisión de llegar a la perfección es una meta ideal, un rumbo a seguir, un modelo de

vida. Pero, bien lo sabemos, no es posible alcanzar la perfección. No puede haber ningún hombre perfecto. Pero, sin embargo, existe un mandato, que nace de la propia dignidad de la persona, que es el de hacer todo lo posible por aproximarse a la perfección. Ello es un presupuesto para realizar una vida egregia, auténtica, que valga la pena vivirla. Cuanto más perfecto es el hombre se halla en condiciones de servir mejor a la comunidad en la cual vive. Servir le otorga un sentido a su vida.

10. ¿Es posible dañar el "proyecto de vida"?

Sobre la base, dada por cierta, de que cada ser humano concibe su "proyecto de vida", para poder responder, en cualquier sentido, a la pregunta de si es posible dañarlo de alguna manera, hay que estar convencido de que cada ser humano, consciente y responsable, tiene que otorgarle un sentido a su vida, una razón de ser. Es difícil imaginar, al menos para nosotros, que la generalidad de los seres humanos carezcan de un "proyecto de vida", más o menos nítido y querido, que carezcan de un derrotero existencial, una meta, un rumbo, aspiraciones o expectativas. Es decir, que existan como un "juguete del universo", como refería Mounier, como un robot o una cometa a merced del viento.

Si estamos convencidos, básicamente, por nuestra propia experiencia, de la existencia del "proyecto de vida", es recién dable tratar sobre la posibilidad de que se le pueda dañar. Si la respuesta es afirmativa, como ocurre en nuestro caso, ello significa que se está dañando la libertad fenoménica, mediante cuyos actos y conductas se concreta o realiza dicho "proyecto de vida".

Lo afirmado en precedencia nos lleva a realizar una pregunta que se formularía en los siguientes términos: ¿cómo se puede dañar el

"proyecto de vida" en tanto libertad fenoménica? La respuesta a esta interrogante nos lleva a pensar que ello puede ocurrir de tres maneras. La primera sería la frustración total del "proyecto de vida" que, generalmente, acarrea un vacío existencial. La segunda, sería su menoscabo, es decir, un daño parcial sin que ello suponga la imposibilidad de continuar con el proyecto, aunque ello ocurra en diferentes condiciones a las que con anterioridad se desenvolvía la vida de la víctima. Éstas no serían las mismas que aquellas con las que se desarrolló el proyecto antes del daño. En ello consiste el menoscabo. La tercera expresión del daño al "proyecto de vida" sería el retardo en su ejecución. En síntesis, el "daño al proyecto de vida" tiene como consecuencias su frustración, su menoscabo y su retardo. En ciertas situaciones estas dos últimas pueden producirse simultáneamente.

Algunos casos concretos ayudarían a comprender mejor la situación antes abordada. Así, por ejemplo, si un pianista, un cirujano o un artista plástico pierde un brazo o una mano, la consecuencia sería la frustración de su respectivo "proyecto de vida". En cambio, si un abogado pasa por la misma situación podrá continuar con su proyecto aunque sufriendo un relativo menoscabo en su ejecución. Si una persona es encarcelada injustamente, por varios años, y luego es absuelta, podría sufrir simultáneamente un menoscabo y un retardo en la realización de su proyecto de vida.

11. El "daño al proyecto de vida" en el derecho contemporáneo

Un sector de la doctrina, que logra superar el nivel puramente dogmático de la disciplina, acepta en la actualidad la existencia del "proyecto de vida", así como también hay jurisprudencia supranacional y comparada que lo ha acogido y consagrado casi apenas apareció en el escenario jurídico como nueva

modalidad del daño a la persona. El "daño al proyecto de vida" ha ingresado en unos años pocos países y desde hace algunos escasos años, al derecho vivo. Ello supone que no se trata de una mera, inútil o declarativa posición teórica sino que su ejecución se considera viable y se aplica en la realidad de la vida para proteger integralmente a la persona humana lo cual, por lo demás, constituye la razón de ser del Derecho.

El "daño al proyecto de vida", como toda nueva institución jurídica, requiere de tiempo para su afianzamiento total a nivel de la doctrina y la jurisprudencia pues a los juristas, con frecuencia, nos resulta difícil romper nuestros tradicionales esquemas y asimilar, sin más, nuevas situaciones. Además, como es racional y necesario, la nueva institución debe ser cuidadosamente analizada en cuanto a su naturaleza y demás efectos antes de ser plenamente aceptada. Por ello, es bienvenida toda discusión o debate académico que ponga en evidencia sus errores, vacíos, contradicciones o inoperancia. Ello permite, si fuere el caso, efectuar aclaraciones, suplir vacíos, superar errores, eliminar contradicciones. Es la única forma de lograr avanzar científicamente con seguridad y eficiencia.

En algunos lugares esta tarea se ha cumplido y en otros se ha comenzado con el análisis de la institución que nos ocupa. En ciertas áreas aún se le ignora o simplemente se le rechaza. Es decir, está corriendo el proceso natural de toda institución naciente.

11.1. Jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Entre aquellos Estados o tribunales donde se le acepta debemos recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, ha reconocido el "daño al proyecto de vida" en

diversas sentencias que, a partir de 1998, hacen jurisprudencia. Entre éstas, sin pretender ser exhaustivos, podemos citar las pronunciadas en los casos "María Elena Loayza Tamayo con el Perú", "Luis Alberto Cantoral Benavides con el Perú" y los "Niños de la calle con Guatemala".

Mediante la sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998 en el caso "María Elena Loayza Tamayo con el Perú", la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia y las características que configuran el "daño al proyecto de vida" y lo diferencia nítidamente de los daños materiales como el daño emergente y el lucro cesante.

Es del caso señalar que María Elena Loayza Tamayo estuvo injustamente detenida por un período de cinco años, tiempo en el que fue sometida a vejaciones y torturas.

En el párrafo 147 de la mencionada sentencia, la Corte declara que dicho daño "atiende a la realización integral de la persona afectada considerando su vocación, aptitudes, circunstancia y potencialidades y aspiraciones que le permiten (a la persona) fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas". En el siguiente apartado, el 148, se expresa que el "proyecto de vida" se "asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone".

En el párrafo 150 de la sentencia que venimos glosando se declara que "es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado y, por ende, alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo". Se agrega, en otros términos, que "el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo

personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable". En el apartado 153 se deja constancia que "la Corte reconoce la existencia de un grave daño al "proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos".

En el párrafo 152 de la referida sentencia de reparaciones, la Corte expresa que: "En el caso de la víctima es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedir que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse". Como se aprecia, la Corte, con argumentos que consideramos sólidos y convincentes, vincula el "daño al proyecto de vida" con su frustración, menoscabo o retardo, afectando el desarrollo integral de la persona.

En la sentencia de reparaciones, de fecha 3 de diciembre del 2001, dictada en el caso "Luis Alberto Cantoral Benavides con el Perú", la Corte reconoce, nuevamente, la existencia y reparación del "daño al proyecto de vida". Cantoral Benavides fue recluido injustamente en prisión acusado de terrorista, siendo posteriormente absuelto.

En el apartado 60 de la citada sentencia se declara que "es evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración en el curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral

Benavides. Los trastornos que estos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un menoscabo para su "proyecto de vida".

Como se desprende y aprecia de los párrafos antes glosados concernientes a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "María Elena Loayza Tamayo" y "Luis Alberto Cantoral Benavides", dicho Tribunal Supranacional ha precisado, con exactitud, la naturaleza y alcances del "daño al proyecto de vida", cuyo diseño inicial se remonta, como se ha anotado, al año de 1985. En ambos casos, como se advierte, el daño producido es el del menoscabo y retardo en la realización del personal "proyecto de vida".

Para un mayor desarrollo y esclarecimiento de los alcances conceptuales del "daño al proyecto de vida" resulta de particular interés leer, por la solidez y claridad de su argumentación, el voto razonado emitido en el caso "Loayza Tamayo" por los magistrados Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli.

Por razones de espacio no consideramos del caso transcribir otras sentencias de la Corte Interamericana en las que se reconoce la existencia de un "proyecto de vida", en tanto daño inmaterial, y se ordena la reparación de las consecuencias que se ocasionaron.

11.2. En el derecho español

Ana Salado Osuna, profesora de la Universidad de Sevilla, en su libro *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* desarrolla un interesante, serio, documentado y minucioso análisis de los argumentos, consideraciones y resoluciones

vertidas por mencionado Tribunal Supranacional en los casos precedentemente mencionados.

Luego del referido exhaustivo análisis, la autora señala como conclusión que "hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto "daño al proyecto de vida" en materia de reparaciones y por haber determinado en qué medida se puede reparar el mismo". Al revisar los casos peruanos en los que, a partir de la violación de los derechos humanos, se ha causado daños al "proyecto de vida" de las víctimas, expresa que "produce gran satisfacción la forma de actuar de la Honorable Corte Interamericana en materia de reparaciones y consideramos que sería conveniente que nuestro admirado Tribunal Europeo de Derechos Humanos mire más allá de Europa porque tiene mucho que hacer en materia de reparaciones"⁴³.

Al referirse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el "daño al proyecto de vida", la profesora de la Universidad de Valladolid, Renata Cendesí Bom Costa Rodríguez, en el apartado XVII de su ensayo *El nuevo concepto de derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* reconoce que, con la introducción del "daño al proyecto de vida" en la sentencia del caso "María Elena Loayza Tamayo", se ha "iniciado un nuevo porvenir en la protección del derecho a la vida y ampliado las discusiones doctrinales sobre el tema".

La profesora de la Universidad de Valladolid sostiene que, a partir de las sentencias "María Elena Loayza Tamayo" y "Luis Alberto Cantoral Benavides" expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se verifica mediante la aceptación de la figura del daño al proyecto de vida "una evolución del derecho a la protección jurídica de la vida en la jurisprudencia de la Corte para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de

ciertas condiciones que lo apoyan y justifican".

Al respecto, reitera que la "Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que otros tribunales internacionales, ha hecho evolucionar el concepto de daño reparable, a fin de consolidar el sistema de protección eficaz de los derechos humanos".

La profesora de la Universidad de Valladolid, al referirse al "proyecto de vida", manifiesta que se trata de algo más de lo se conoce como "oportunidades, chances, expectativas". Dicho proyecto, nos dice, está vinculado "con metas razonables, esperanzas fundadas, proyectos accesibles que constituye, en su conjunto, el derrotero para el desarrollo de la persona (...)". En síntesis expresa que el "proyecto de vida" se refiere a la "auto realización de la persona"⁴⁴. Es decir, a vivir de acuerdo a su proyecto de vida.

Es del caso señalar que en el 2003, en el volumen I de "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo", aparece un artículo del autor de este trabajo, titulado *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁴⁵, en el que se analizan y comentan algunas de las sentencias del mencionado tribunal supranacional.

11.3. En el derecho argentino

Aparte de la jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana se tiene también conocimiento, al menos, de jurisprudencia argentina, peruana y venezolana en la materia, así como sentencias pronunciadas en otros países latinoamericanos. Para el caso argentino, es útil revisar el artículo de Jorge Mario Galdós, titulado *¿Hay un daño al proyecto de vida?*, en el cual responde afirmativamente esta interrogante, demostrando su existencia así como la reparación de sus consecuencias a través de

43 SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Normas Legales, 2004, pág. 438-439.

44 CENDESÍ BOM COSTA RODRÍGUEZ, Renata, *El nuevo concepto de derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, www.uc3m.es/inst/MGP/FCI9RCB.pdf.

45 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo", Tomo I, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

En el año 2006 fuimos gentilmente convocados para colaborar en el libro de homenaje dedicado al Profesor de la Universidad de Roma, Cesare Massimo Bianca, a quien conocimos en la década de los años setenta del siglo pasado en uno de los cálidos ambientes de la Biblioteca del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de dicha Universidad y con quien entablamos una afectuosa amistad. Nuestra participación se concretó en un ensayo titulado *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"*⁵², en el que proponíamos que el "daño al proyecto de vida" se constituye como una de las modalidades del amplio, genérico y complejo "daño a la persona", que lesiona y compromete la libertad fenoménica del sujeto, mientras que el llamado daño "moral" es un daño a la persona de carácter psíquico, emocional, no patológico.

En el 2008 fuimos honrados con la inserción de nuestro trabajo titulado *¿Es posible proteger jurídicamente el proyecto de vida?* en el libro de homenaje (*Liber Amicorum*) a nuestro muy apreciado amigo de tantos años, el profesor Francesco Donato Busnelli. Nos conocimos en Lima, en un Congreso Internacional que organizáramos en la Universidad Nacional de San Marcos, en un lejano año de 1976. Luego, nos hemos entrevistado en numerosas ocasiones durante nuestra estada en Italia entre 1977 y 1983 y, antes, en algunos congresos internacionales organizados en Lima como aquel de 1988, de grata recordación. En años recientes, volvió en varias oportunidades a Lima. En una de ellas para recibir la distinción de Profesor Honorario de la Universidad de San Marcos y, en otra, para la presentación de su libro *Bioética y Derecho Privado. Fragmentos de un diccionario*.

En el libro *La valutazione delle macro-permanenti*⁵³, al cuidado de Giovanni Comandè y Ranieri Domenici, se inserta un ensayo titulado "Il danno alla persona nell'esperienza

latinoamericana", en el que se señala que el "daño a la persona" se introdujo en Latinoamérica a partir del Perú, país en el que se ha reelaborado y sistematizado dicha teoría. Sheraldine Pinto Oliveros, autora del comentario, analiza el concepto de "daño al proyecto de vida" creado y desarrollado en el Perú, pero considera, sin negarlo ni rechazarlo, que esta noción resulta vaga "por la imposibilidad de individualizar cuál sería el proyecto de vida de un determinado individuo, que el autor califica como único". Por nuestra parte, consideramos que hay casos muy claros y elocuentes del proyecto de vida de determinadas personas que se conocen a través de su trayectoria existencial, aunque también es cierto que resulta delicado y difícil, pero no imposible, precisar el de otras personas que poseen proyectos alternativos o sustitutorios por no haber podido realizar el proyecto de vida por ellos concebidos, ya sea por carencia de potencialidades personales o por factores externos o por la combinación de ambos. No obstante, por razones de justicia y de protección integral de la persona humana, dicha dificultad no debe impedir que quede sin reparación un grave daño a la persona inferido a su "proyecto de vida" o "libertad fenoménica". En el mencionado comentario la autora, antes citada, destaca que, según nuestra posición, el daño "moral" es un agravio a principios o intereses existenciales de una persona que causan un daño psíquico, emocional, no patológico.

De otro lado, en el mencionado ensayo se resalta que en el Código Civil peruano de 1984 se reconoce expresamente el "daño a la persona como un daño reparable", sin limitación alguna. Se recuerda, también, que el "daño al proyecto de vida" y su consiguiente reparación ha sido recogido en varios casos por el Tribunal Constitucional peruano. Habría que agregar a lo dicho por el comentarista en referencia, que existe jurisprudencia jurisdiccional en la que, también, se reconoce y repara el "daño al proyecto de vida", así como

52 Aa.vv., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 703 y ss.

53 Aa.vv., *La valutazione delle macropermanenti*, al cuidado de Giovanni Comandè y Rainieri Domenici, Pisa, Ediciones ETS, 2005, p.125 y ss.

de considera que el llamado daño "moral" es uno de los tantos daños que se pueden causar a la persona, cuyas consecuencias repercuten en su psiquismo, específicamente en lo emocional, sin constituir, por lo general, una patología.

Es interesante señalar que en el comentario que venimos glosando se precisa, además, que no nos satisface la redacción del artículo 1985° del Código Civil peruano de 1984 desde que regula independientemente el "daño a la persona" y el llamado "daño moral", cuando, para nosotros, el daño moral no es una categoría autónoma sino uno de los tantos daños psíquicos emocionales, no patológicos, que se causan a la persona.

De lo expuesto sobre el "daño a la persona", concepto amplio y genérico, y el daño llamado "moral", que es un daño específico, se colige que se trata de una relación de género a especie. Para nosotros, salvo que estemos del todo descaminados, lo expresado es de una lógica apabullante pues todo daño al ser humano es, ¡qué duda cabe!, un daño a la "persona" y no un daño a un "objeto" del mundo exterior ni a un ente ideal o metafísico. De ahí que, como lo hemos precisado en diversas sedes, el daño, en general, se clasifica según la *naturaleza* o calidad del ente dañado, en daño subjetivo o daño a la persona y en daño objetivo o daño a las cosas instaladas en el mundo exterior del ser humano. En cuanto se refiere a las *consecuencias* del daño, éste se clasifica en daño patrimonial, valorizable en dinero, y daño extrapatrimonial, no valorizable en forma directa e inmediata en monedas.

La clasificación del daño en subjetivo - o a la persona - y objetivo es importante en este momento del desarrollo del "daño a la persona" para llamar la atención de los operadores del Derecho en el sentido que se deben diferenciar, claramente, los criterios y técnicas que se emplean para la reparación de un daño

al ser humano, que es un ente libertad, espiritual, un fin en sí mismo, de la tradicional reparación del daño al patrimonio instrumental. Cabe subrayar, para evitar caer en confusiones frecuentes, que un "daño a la persona" genera, simultáneamente, consecuencias de índole patrimonial como de carácter extrapatrimonial, por lo que no se puede designar erróneamente el "daño a la persona" como "daño extrapatrimonial". No cabe confundir la *naturaleza* del daño de las *consecuencias* que genera.

Francesco Bilotta, investigador de la Universidad de Udine e integrante de la Escuela de Trieste, creadora del "daño existencial" que afecta la calidad de vida de la persona, ha realizado un extenso análisis de *El daño a la persona en el Derecho peruano. Daño al bienestar, daño al proyecto de vida y daño existencial: una lectura comparada*⁵⁴, en el cual, desde su personal perspectiva, analiza, amplia y comparativamente, el "daño al bienestar", el "daño al proyecto de vida" y el "daño existencial". En este ensayo el autor reconoce que el daño al proyecto de vida "nace en el Perú hacia la mitad de los años ochenta del siglo pasado", así como que su presentación oficial a la comunidad científica se lleva a cabo en un Congreso Internacional celebrado en Lima, en agosto de 1985, bajo el nombre de "El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano". El autor en referencia comenta, así mismo, que de dicho acontecimiento no se sabía nada en Italia y que, en "forma autónoma, en Trieste, a inicios de los años noventa se comienza a pensar sobre el daño existencial"⁵⁵.

Más allá de las apreciaciones contenidas en el ensayo de Bilotta, cabe señalar, de nuestra parte, que la sistematización del "daño a la persona" comprende, de un lado, todos los daños que se pueden ocasionar a la unidad psicosomática y, del otro, los que se causan a la libertad fenoménica o "proyecto de vida" en curso de realización en el mundo exterior al ser humano. Entre los daños psicosomáticos o

54 BILOTTA, Francesco, *Il danno alla persona nel diritto peruviano. Daño al bienestar, daño al proyecto de vida e danno esistenziale: una lectura comparatística*, en "Responsabilità Civile e Previdenza", LXXII, N° 4, Milano, Giuffrè, aprile 2007 y en "Actualidad Doctrinaria", N° 166, Lima, Gaceta Jurídica, 23 setiembre del 2007, p. 293 y ss.

55 BILOTTA, Francesco, *Il danno alla persona nel diritto peruviano. El daño al bienestar, daño al proyecto de vida e danno esistenziale: una lectura comparatística*, ob. cit., p. 989 en idioma italiano y p.294 de la versión en castellano.

físicos (que afectan lo somático con repercusiones psíquicas o que afectan al psiquismo con repercusiones somáticas), como se le suele designar por otros autores, se consideran dos específicos daños: el daño "biológico", que es la lesión en sí misma causada a la persona, y el daño al "bienestar" o a la "salud integral". El primero es el que se valoriza y liquida de acuerdo a baremos - tablas de infortunios o tarifarios - y en virtud de un reconocimiento o peritaje médico.

El segundo, el "daño al bienestar", lo encontramos embrionariamente en un artículo de Bargagna⁵⁶, concepto que asumimos y desarrollamos en el Perú en la década de los años ochenta del siglo pasado. Según este autor, el daño al bienestar o a la salud integral lesiona las normales actividades del sujeto sean ellas "ordinarias, laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, entre otras". Este daño afecta la calidad de vida al causar frustración, menoscabo o retardo de actos o conductas de la vida cotidiana de la persona. En otros términos, lesionan la libertad fenoménica exclusivamente relacionada con los actos de la vida ordinaria, es decir, con el diario vivir de la persona, con el transcurrir de sus días. Como se aprecia, el "daño existencial", en términos generales, lo desarrollamos en Lima con el nombre del "daño al bienestar" o la "salud integral". Sin ser idénticos, ambos daños, son de diversa extensión. El "daño existencial" se refiere a muchos casos que pueden considerarse como inconvenientes de la vida ordinaria de las personas. En cambio, el "daño al bienestar" sólo abarca aquellos daños que, probadamente, acarrear un cambio notorio en la vida ordinaria de los seres humanos, es decir, en su calidad de vida.

El daño al "proyecto de vida", a diferencia del "daño al bienestar", afecta la libertad fenoménica, concepto que no se refiere a la vida ordinaria del sujeto sino al destino de la persona, a la misión por cumplir durante la vida

terrenal, al qué ser y hacer "en" y "con" su vida. Son dos diversos grados o niveles de lesión de la libertad fenoménica, claramente distinguibles, tanto conceptualmente como en la vida real.

De lo anteriormente expresado se desprende que aquello que en los años noventa del siglo pasado en Italia se designaba como "daño existencial", corresponde a lo que en la década de los años ochenta se conocía en el Perú como "daño al bienestar" o a la "salud integral"⁵⁷. Es una extraordinaria coincidencia que cabe resaltar. De ello nos congratulamos.

Cabe señalar que en el año V, número 6, correspondiente a junio del 2008, la revista "La responsabilità civile", publicada en Torino por UTET, recoge, en su traducción al italiano, nuestro artículo *El "daño a la libertad fenoménica" o "daño al proyecto de vida" en el escenario jurídico contemporáneo*. Revistas académicas virtuales dirigidas por profesores de Torino y Trieste reproducen también algunos artículos nuestros sobre la materia.

11.5. En el derecho peruano

En el Perú existe jurisprudencia sobre el "daño al proyecto de vida" pues, aparte de diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional existen varios pronunciamientos de los jueces civiles de primera instancia y, al menos, tres casos de "daño al proyecto de vida" que han sido amparados y reparados por la última suprema instancia jurisdiccional. Entre los casos vistos por el Tribunal Constitucional, en los que se reconoce el "daño al proyecto de vida", podemos citar el de "Félix César Calderón Urtecho", sentenciado con fecha 21 de enero del 2004 y el de "Juan Carlos Callegari Herazo", resuelto con fecha 5 de julio del mismo año.

Entre los casos resueltos por el Poder Judicial

56 BARGAGNA, Marino, *Rilievi critici ed spunti ricostruttivi*, en el volumen "La valutazione del danno alla salute", Padova, CEDAM, edición de 1996, p. 170. La glosa se recoge en nuestro artículo *Hacia una sistematización del daño a la persona*, en "Cuadernos de Derecho" N° 3, Lima, Universidad de Lima, 1993, p. 33-34 así como en otras publicaciones como "Estudios en honor de Pedro J. Frías", Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994; en "Ponencia I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial", Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994; en "Gaceta Jurídica", N° 79-B, Lima, junio del 2000 y en la "Revista do Direito Civil", N° 75.

57 Entendemos "salud" como el amplio concepto expresado en 1946 por la Organización Mundial de la Salud en el sentido de bienestar de la persona en lo económico, social, emocional. De ahí que la adjetivemos como "integral".

en los que se reconoce la existencia y reparación del "daño al proyecto de vida" podemos referirnos al caso "N.N. con Backus y Jhonston", resuelto por la Corte Suprema, con fecha 1 de septiembre del 2003, expediente 937-2002; el caso "Mariátegui Chiappe", sentenciado con fecha 26 de junio del 2007, expediente 1529-2007; el caso "Frida Fabiola Salinas Janssen", resuelto el 13 de diciembre del 2006, expediente 3973-2006 y el caso de la menor "Lady Meylin Encarnación Osorio", representada por su padre Manuel Washington Encarnación Toscano, fallado por la Corte Superior de Lima, con fecha 2 de julio de 1996, expediente 181-94, causa 31824. Conocemos también de otros casos resueltos a nivel de los jueces civiles como son el caso "Concepción Alcázar Rojas", sentenciado por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima con fecha 1 de diciembre del 2001, expediente 51622-02 y el caso "José Robles Godoy" sentenciado por el Décimo Segundo Juzgado Civil de Lima con fecha 8 de agosto del 2005, expediente 33346-2003. En todos ellos se reconoce y se ordena reparar el "daño al proyecto de vida".

La relación de casos anteriormente referida no es exhaustiva pues los casos antes mencionados son los que han llegado a nuestro conocimiento, ignorando cuantos otros pueden haber sido resueltos a la fecha o están actualmente en giro.

La doctrina nacional se ocupa también del "daño al proyecto de vida". Así, entre otros, podemos citar los trabajos de Lizardo Taboada Córdova⁵⁸, Joel Díaz Cáceda⁵⁹, Enrique Varsi Rospigliosi⁶⁰, Olenka Woolcott⁶¹.

Joel Díaz Cáceda, en su libro *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, editado el 2006, realiza un sistemático, documentado y minucioso análisis de la teoría del "daño al proyecto de vida" dentro del contexto del "daño

a la persona" y del daño en general. Al referirse al "daño al proyecto de vida" expresa que "su existencia constituye un aporte significativo en el tema de reparaciones por violaciones de los derechos humanos, respondiendo plenamente a la razón de ser de esta disciplina (el derecho internacional), el principio y fin de esta rama del derecho: el ser humano"⁶². El libro de Díaz Cáceda es una interesante obra para introducir al lector en la sistemática del "daño al proyecto de vida" y su aplicación jurisprudencial.

Olenka Woolcott, en su ponencia sobre la experiencia peruana en materia de responsabilidad civil, presentada en un Congreso Internacional celebrado en Pisa en diciembre del 2007, expresa que el caso emblemático en este campo es el desarrollo que ha tenido en el Perú el tratamiento del "daño a la persona" y, consiguientemente, el "daño al proyecto de vida". Sobre este último destaca "que incluso ha trascendido las fronteras, al ser la propuesta ampliamente comentada y acogida por la doctrina y jurisprudencia de otros países latinoamericanos, hasta plasmarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica". En su citado trabajo la autora se refiere a la sistemática propuesta por la doctrina peruana en cuanto al "daño a la persona" así como analiza la figura del "daño al proyecto de vida"⁶³.

Es de particular interés en la materia tomar conocimiento de la constitución en el Perú de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, mediante Decreto Supremo publicado el 2 de junio del 2001, modificado por similar disposición legal publicada el 31 de agosto del mismo año. Su finalidad es la de "esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre del 2000(...) así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y concordia entre los peruanos".

58 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, segunda edición, Lima, Grijley, 2003, p. 68 y ss.

59 DÍAZ CÁCEDA, Joel, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

60 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derechos de la persona, proyecto de vida y deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego*, en "El Peruano", Lima, enero-febrero de 2007, p. 6.

62 DÍAZ CÁCEDA, Joel, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, ob. cit., p. 193.

63 WOOLCOTT, Olenka, *La experiencia peruana sobre el daño a la persona y su compensación*, en "Revista Jurídica del Perú" N° 86, Lima, abril del 2008. y en "Advocatus", N° 17, Lima, 2007-2.

La citada Comisión, al referirse al Plan Integral de Reparaciones (PIR) en relación con los múltiples daños causados a las víctimas de la violencia, menciona la afectación de sus "proyectos de vida". En este sentido precisa que "no sólo en lo material, en la destrucción de su vivienda o en la pérdida de los bienes que poseía, sino fundamentalmente en la esperanza frente al futuro, en la inconsolable pérdida de alguien cercano y querido, de alguien que era compañía y con quien se contaba hacia adelante, en su proyecto de vida".

La Defensoría del Pueblo, en su Resolución Defensorial 038-2002/DP, reconoce la existencia y consiguiente reparación del daño al proyecto de vida. La noción de "proyecto de vida" aparece con más frecuencia en el ambiente jurídico y ha empezado a utilizarse en el lenguaje mediático y, en forma acelerada, entre la gente de mayor cultura. Es de anotar al respecto que en el artículo 1 de la Ley del Consejo Nacional de la Juventud se hace referencia al "proyecto de vida", así como en la Declaración de Principios del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

11.6. Otras referencias

En latitudes diferentes a las anteriormente citadas se comenta, critica o se hace referencia al "daño proyecto de vida", señal que la idea se va extendiendo no sólo en los ambientes jurídicos sino, además, dentro del público en general que ha llegado a comprender qué es el "proyecto de vida" y cuál su importancia "para" y "en" la vida de cada cual en relación con su desarrollo integral como persona humana en tanto ser libertad.

La difusión y paulatino conocimiento de lo que significa el "proyecto de vida" es, sin duda, un síntoma alentador en cuanto a la ampliación del ámbito de protección preventiva, unitaria e integral del ser humano y de su consiguiente reparación. Supone, como lo manifestó

Antonio Cançado Trindade, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actualmente de la Corte Internacional de La Haya, un paso adelante en la dirección correcta.

Glosamos a continuación, brevemente, las opiniones vertidas por algunos autores -no citados en precedencia - sobre los alcances y la reparación del "daño al proyecto de vida" sin pretensión, por consiguiente, que la relación que insertamos sea exhaustiva.

En apartado 12 del voto conjunto razonado de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio A. Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, en el caso "María Elena Loayza Tamayo", se sostiene que: "Hay que reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y en el aporte propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De ahí la importancia que atribuimos al reconocimiento, en la presente sentencia de la Corte Interamericana, del daño al proyecto de vida de la víctima, como un primer paso en esta dirección y propósito". Y, a continuación, se preguntan que si no hubiera determinación de la ocurrencia del daño al proyecto de vida, ¿cómo se lograría la *restitutio in integrum* como forma de reparación? ¿Cómo se procedería a la rehabilitación de la víctima como forma de reparación? ¿Cómo se afirmaría de forma convincente la garantía de no-repetición de los hechos lesivos en el marco de las reparaciones?

En el apartado 15 de su voto razonado, los mencionados magistrados de la Corte Interamericana expresan, entre otras consideraciones sobre "el proyecto de vida", que éste "se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino (...)".

En el apartado 16 del mencionado voto razonado, los jueces antes citados remarcan

que "el proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana", por lo que "el daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia". Y agregan: "Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: se trata de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida".

Por su parte, el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, en su voto parcialmente disidente en la causa a la que venimos refiriéndonos, estima que la Corte "ha dado un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida como un rubro por tener en cuenta en ciertos casos de violación de los derechos humanos, y ha presentado una buena base conceptual para dar soporte a ese paso". En su voto, el juez en mención distingue claramente los alcances del "daño al proyecto de vida" de aquellos del denominado "daño moral". Al respecto manifiesta, coincidiendo con la tesis que venimos sosteniendo desde antaño, que en cuanto al "daño al proyecto de vida" sus consecuencias "son modificaciones del entorno objetivo de la víctima y de relación de ésta con aquél, que suelen prolongarse en el tiempo más allá del momento en que cesan la aflicción o la congoja ocasionadas por el hecho dañino...". En el caso del "daño moral", en cambio, tienen que ver con el "sufrimiento o la aflicción subjetivos de la víctima". Como se advierte, el magistrado de Roux Rengifo enfoca perfectamente las dos figuras del daño a la persona estableciendo que el "daño al proyecto de vida" es un daño objetivo pues se relaciona con la trayectoria existencial de la víctima, mientras que el "daño moral" es un daño subjetivo en cuanto *precium doloris*.

Sergio García Ramírez, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 1998 afirma que "la Corte

Interamericana ensanchó el horizonte de las reparaciones con un concepto relevante: el daño al proyecto de vida". Precisa, al respecto, que este daño "atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas"⁶⁴. En cuanto a su reparación sostiene que "implica una indemnización, pero no se reduce necesariamente a ésta. Puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones, que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*"⁶⁵. En otra sede, en el 2001, al tratar siempre de las reparaciones por daños a la persona contenidas en la jurisprudencia de la Corte, afirma que "al lado de de aquellas de tipo patrimonial, por daño material y moral, existen otras modalidades de reparaciones y cita dentro de ellas a la reparación por "daño al proyecto de vida"⁶⁶.

Eduardo Ferrer Mac Gregor en su trabajo *Del amparo nacional al amparo internacional*⁶⁷, sobre la base de la clasificación efectuada por Sergio García Ramírez referente al "daño al proyecto de vida", reconoce que los tipos de reparaciones internacionales a las consecuencias de dichos daños son similares a los que existen en el derecho interno. Héctor Faúndez Ledesma, tratadista en materia de derechos humanos, al referirse en 1999 a la idea básica que sustenta el "daño al proyecto de vida", considera que "afecta la libertad de una persona que, consciente o inconscientemente, ha elegido una manera de vivir, lo que le otorga un sentido a su vida y que responde a su propia vocación". Es un daño, nos dice, que "trastoca o frustra el proyecto de vida que libremente formula cada persona y que impide que la persona desarrolle libremente su personalidad". Se trata, argumenta, de "un daño radical (...) que le impide cumplir su propio proyecto existencial y ser "ella misma". El "daño al proyecto de vida", sostiene, es un daño "que marca el futuro del

64 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", N° 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 342.

65 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 323.

66 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, en "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 1143.

67 FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Del amparo nacional al amparo internacional*, en <http://www.realidadjuridica.uabe.mx/realidad/file/amparo.doc>.

sujeto y que, aunque no sea actual, no por ello deja de ser cierto". Resumiendo su pensamiento, considera que la noción de "daño al proyecto de vida" está vinculada a la idea de libertad, entendida como la capacidad de decisión de la que está dotado el ser humano para proyectar su vida, contando con las limitaciones o circunstancias que le son inherentes y "que hace que seamos seres únicos y no intercambiables"⁶⁸.

En México, Jorge Francisco Calderón Gamboa ha publicado recientemente un libro titulado *El daño al proyecto de vida por violación de los derechos humanos*, en que hace un análisis de la nueva figura del "daño al proyecto de vida"⁶⁹. En otro trabajo, *La reparación del proyecto de vida en un caso de tortura*⁷⁰, el autor estima que "el desarrollo internacional de los derechos humanos ha permitido avances significativos en la protección y promoción de la dignidad de la persona". En relación con el tema de la tortura y su relación con el "daño al proyecto de vida", el autor considera que "por ser un daño recientemente reconocido y tratándose de violaciones de los derechos humanos, su análisis y reparación son fundamentales, ya que es importante comprender el vínculo inminente que existe entre los actos de tortura y las afectaciones que generan en los *proyectos de vida* y, por lo tanto, la trascendencia de su debida reparación".

En el primero de los trabajos antes citados, Calderón Gamboa realiza un importante deslinde conceptual entre el "daño al proyecto de vida" y el llamado "daño moral". El autor expresa, dentro de la misma línea de pensamiento sostenida por nosotros desde hace varias décadas, que "no cabe confundirlos" ya que el "daño al proyecto de vida" lesiona "el ejercicio mismo de la libertad ontológica del ser humano, mientras que el daño moral incide en el aspecto psíquico de la persona, más precisamente en el emocional".

Calderón Gamboa, desarrollando su pensamiento, sostiene que "la dimensión del daño al proyecto de vida consiste en que su objeto de afectación es la libertad y que, a su vez, la afectación desencadena una serie de menoscabos al pleno uso de la misma en relación con el desarrollo y desenvolvimiento del ser humano hacia sus objetivos o aspiraciones de vida". Concluye señalando que, tratándose del daño en referencia, "el bien jurídico tutelado por el derecho, u objeto a tutelar en esta materia, será la realización ontológica, el desenvolvimiento de vida de cada individuo, que por detrimento de la libertad (en toda su extensión) se ve truncado"⁷¹.

El jurista chileno José Díaz Schwerter, en su trabajo *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina*⁷² deja constancia que en el Perú, a partir del Código Civil de 1984, se reconoce como categoría autónoma de daño resarcible al "daño a la persona", así como precisa que el "daño moral" ha quedado limitado al "daño moral subjetivo" o "daño moral en sentido estricto". Es decir, sólo como dolor o sufrimiento.

En el Brasil, Amaro Alves de Almeida Neto, entre otros autores, se refiere al "daño al proyecto de vida" determinando sus alcances e importancia en cuanto a la protección integral de la persona humana. En su trabajo destaca la radicalidad o gravedad de este daño que puede llegar hasta crear un vacío existencial en la persona que lo padece, privándole del sentido que había otorgado a su vida⁷³.

En República Dominicana, entre el 26 y el 28 de marzo del 2003, tuvo lugar el cuarto "Encuentro Internacional de Educación y Pensamiento", organizado por el "Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas" (CIPS), con sede en La Habana, bajo los auspicios de CLACSO. En esta reunión, reportada por Ovidio De Angelo Hernández, se

68 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p.520.

69 CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco, *El daño al proyecto de vida por violación de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

70 CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco, *La reparación del proyecto de vida en un caso de tortura*, en <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro3.html> y en <http://www.jus.unin.it/CARDOZO/Review/home.html>

71 CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco, *El daño al proyecto de vida por violación a los derechos humanos*, ob. cit., apartado 1.3.1.

72 DÍAZ SCHWERTER, José, *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina*, en <http://juridicas.unam.mx/sisjurcivildf1-63s.pdf>

73 ALVES DE ALMEIDA, Amaro, *Dano existencial. A tutela da dignidade da pessoa humana*, en la revista "Direito Privado", N° 24, octubre-diciembre 2005.

abordó el tema "Praxis social y proyectos de vida"⁷⁴.

En el editorial de "CEJIL Gaceta", publicación del "Centro por la Justicia y el Derecho Internacional", en el N° 22 correspondiente al 2004, se hace referencia a la reparación del "daño al proyecto de vida" de Luis Alberto Cantoral Benavides, consistente en el otorgamiento de parte del Estado peruano de una beca completa de estudios". Recuerda que "Cantoral, como consecuencia del daño cometido, que fue el de "una detención arbitraria y torturas de que fue víctima se vio forzado a interrumpir sus estudios universitarios, en los que había cifrado su vida futura"⁷⁵.

Hemos querido presentar en los párrafos anteriores un breve muestrario de algunas de las opiniones de autores de diversos países que han llegado a nuestro conocimiento, las que han acogido y comentado la teoría del "daño al proyecto de vida", lo que demuestra que, para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, el "proyecto de vida" o libertad fenoménica es un raigal bien de la persona en cuanto expresión de su propio ser libertad, el que merece la mayor protección jurídica.

Tenemos la fundada esperanza que el "daño al proyecto de vida" no se desechará ligeramente, sin un previo serio análisis, de parte de un sector de la doctrina o de la jurisprudencia que aún lo ignora o duda de su existencia. Pensemos, en cambio, con pausa pero sin tregua, cómo proteger, sin prejuicios o indebidos excesos pero sin lamentables omisiones, la libertad del ser humano, que es la que está comprometida cuando se afecta, en alguna medida, el "proyecto de vida", el destino de cada cual, arrebatándole a la persona, injustamente, el sentido otorgado a su existir. Sabemos que ello tomará algún tiempo, al igual que lo que ha sucedido y aún viene ocurriendo con la reparación del daño biológico - o la lesión en sí misma - en aquellos lugares donde

se carece de baremos o tarifarios de infortunios, o como también acontece con la reparación del "daño al bienestar o "daño a la salud integral".

Lo difícil y delicado que supone la reparación de un "daño al proyecto de vida" no puede constituirse en obstáculo o argumento para negar su existencia ni para impedir su debida y sensata reparación.

12. El proyecto "alternativo"

Al lado de aquellos proyectos de vida, fácilmente perceptibles por ser ostensibles en cuanto responden a una personal vocación, nos encontramos también con otros que no la reflejan, que no trasuntan un compromiso existencial que el hombre haya asumido. Son proyectos de vida que no responden a una sentida vocación o que no corresponden a aquél que el ser humano ha escogido como "su" proyecto. Estos, más bien, representan tan sólo la genérica y común necesidad existencial de todo ser humano de otorgarle un cierto sentido a su vida. Son proyectos de vida que le han sido generalmente impuestos a la persona por las circunstancias propias en las que se desenvuelve su existencia, como pueden ser tanto la carencia de capacidades y potencialidades personales como de opciones u oportunidades, las que les son negadas por el mundo exterior. La persona, al no poder realizar su vocacional "proyecto de vida", se ve obligada a buscar un proyecto alternativo que le otorgue una razón de ser a su vida.

Dichos desdibujados y grises proyectos, que conllevan necesariamente un carácter que podríamos designar como "alternativo", no corresponden, por consiguiente, al deseado, al que la persona hubiera querido realizar en su vida. No responden a su auténtica vocación, aspiraciones, expectativas. Frente a esta situación, contraria a la decisión libre o a los sueños o ilusiones del hombre, podría haber la frustración, la depresión, el resentimiento, la

74 <http://www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/Cuba/ovidio4rtf>

75 <http://www.cejil.org>

resignación o una extraña combinación de uno o más de estos estados psicológicos con predominio de alguno de ellos.

La posibilidad que tiene cada persona de cumplir con un determinado "proyecto de vida" se halla, por consiguiente y tal como se ha señalado, en función tanto de las potencialidades inherentes al sujeto así como de las opciones que le ofrece el mundo en el que vive. Existen, por ello, deseados proyectos de vida que se perfilan nítidamente, que son captables sin mayor dificultad por cualquiera que observa la trayectoria de vida de una determinada persona, que responden a una definida personalidad, que tienen un profundo sentido para la existencia de cierto sujeto, todo lo que se comprueban, reiteramos, a través de una trayectoria de vida.

Son proyectos auténticos, queridos, singulares que se desarrollan con entusiasmo, gozosamente, desde que expresan una sentida, transparente y profunda vocación por "vivir de cierta manera". Ellos conducen a un estado de felicidad o a uno próximo a ella. Son proyectos que podemos calificar de auténticos en cuanto corresponden a una libre y cumplida decisión de la persona, la que se ve total o parcialmente cumplida en la realidad del diario existir. El auténtico proyecto de vida se ejecuta con regularidad y durante un tiempo prolongado, pudiendo abarcar la vida entera de la persona que lo concibe y lo realiza con resultados positivos, con éxito. Es decir, cuando se logra su realización.

Los otros proyectos de vida, los que no responden a una libre decisión de la persona, que no surgen de una definida vocación, que carecen de autenticidad desde que les vienen impuestos a los seres humanos por diversas circunstancias de la vida, son los que denominamos como alternativos. Ellos surgen en tanto los queridos, los auténticos, no han contado con las condiciones necesarias, endógenas o exógenas para su cumplimiento.

Por tratarse de proyectos de vida no queridos, inauténticos, un daño que se perpetre contra su realización no resultaría ser, necesariamente, causa de una grave frustración. En otros términos, este daño no genera, necesariamente, mayores consecuencias negativas en el "proyecto de vida" sino, más bien y probablemente, en otros aspectos de la existencia de la persona, como en su bienestar personal o en una pérdida de carácter material, o ambos. Es decir, se trata de un daño que, más que una frustración, repercute tanto negativamente en el desarrollo de la vida ordinaria, tal como ésta se desarrollaba antes de producirse el evento, como también puede generar un daño emergente y, de ser el caso, de un consiguiente lucro cesante.

La especial comprensión de los alcances que tiene el "proyecto de vida" hace indispensable que el juzgador, al fijar una reparación por las consecuencias del daño efectivamente producido, tome en atenta consideración la trayectoria de vida de la víctima, calibre la intensidad con la que ésta siente y vive su personal proyecto de vida, así como tome conocimiento de sus características psicológicas, de los más saltantes rasgos de su personalidad. Se trata, sin duda, de una tarea delicada, difícil, que requiere de una fina sensibilidad, de una especial vocación de parte del juez en cuanto a la protección integral de la persona humana. Pero, todas estas dificultades no son imposibles de superar, empleando para ello dedicación y comprensión y, como está dicho, fina sensibilidad para percibir la existencia de un definido proyecto de vida y considerar su debida reparación en caso de haberse frustrado, menoscabado o retardado en su ejecución. La objetividad inherente a las consecuencias del "daño al proyecto de vida", al hacerlas perceptibles, facilita, en todo caso, la tarea del juez. Ello, en cambio, no ocurre tratándose del "daño moral" que es subjetivo.

Es necesario destacar que sólo el ser humano

es capaz de formular un "proyecto de vida". Todos los seres humanos, simplemente por ser tales, tienen, consciente o inconscientemente, deseado o impuesto por las circunstancias, un proyecto de vida. El ser humano no podría existir sin elegir lo que decide ser, es decir, sin proyectar. Como anota Jaspers, "consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser"⁷⁶.

13. El proyecto "sustitutorio"

Puede ocurrir que, en ciertas circunstancias, las consecuencias de un daño frustren el nítido y auténtico "proyecto de vida" de una persona, el que le da sentido a su vida y produce alegría de vivir. En esta dramática situación está en juego tanto la personalidad como la hondura de la vocación de la persona agraviada en su "proyecto de vida", en su razón de ser.

En el caso expuesto, en atención a la personalidad de la víctima y a la magnitud del daño, la frustración del "proyecto de vida" puede traer como consecuencia un vacío existencial que supone la pérdida del sentido o razón de ser de la vida del dañado. El vacío existencial ocasionado por la pérdida del sentido de la vida es difícil de suplir pues, por lo general, en relación con la personalidad de la víctima del daño, ésta puede caer en un estado de depresión que la conduce a la adicción al alcohol, las drogas y, en caso extremos, hasta el suicidio.

Tratándose de otros casos donde, si bien las consecuencias del daño son similares a las anteriormente señaladas en cuanto a la frustración del "proyecto de vida", puede acontecer que la personalidad de la víctima, pese a dicha frustración, dada la fortaleza de su personalidad y el deseo de vivir, logre superar, en cierta medida, las consecuencias generadas por el daño y encuentre un proyecto sustitutorio, una nueva manera de vivir, que,

sin ser el auténtico, le permita seguir viviendo otorgándole a su vida un cierto nuevo sentido.

14. El "proyecto de vida" y los proyectos

Es necesario, como anotábamos en precedencia, distinguir entre "el proyecto de vida", único, personal e irreplicable, expresado en singular, y los demás proyectos, expresados en plural. El hombre, como lo hemos remarcado, en tanto ser libre, proyecta permanentemente y pretende concretar sus específicos proyectos en la realidad del diario vivir, es decir, convertirlos en conducta, en actos realizados en el mundo exterior. Cumplir, en síntesis, con el destino y las metas existenciales que se ha trazado.

El hombre concibe y cumple constantemente sus sucesivos y múltiples proyectos durante el diario existir así como en el curso del temporal proceso de su tiempo existencial. Cabe diferenciar, por consiguiente, entre los múltiples proyectos que el hombre diseña sin tregua en su cotidianidad, del singular y único "proyecto de vida". Este "proyecto de vida", que decide realizar el ser humano atendiendo a una propia escala de valores con el objeto de otorgarle un sentido y un rumbo a su vida, es diferente de aquella pluralidad de proyectos que permanentemente él va elaborando, instante tras instante, día tras día.

El "proyecto de vida", en singular, a diferencia de todos los demás proyectos que se propone el ser humano en su cotidiano discurrir existencial, es el único que tiene que ver con el destino mismo de la persona humana. En él, con él, se juega su futuro, su realización personal de acuerdo a su personal vocación. Todos los demás proyectos se relacionan, como está dicho, con su diario existir, con la cotidianidad de su vida. De ahí que la frustración o menoscabo de alguno o algunos dentro de esta pluralidad de proyectos, vinculados con el bienestar de la persona, no

⁷⁶ JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, ob. cit., p. 60.

necesariamente comprometen su singular "proyecto de vida". Es decir, en otros términos, la frustración de estos proyectos no compromete, por lo dicho, el destino mismo del ser humano ni el sentido otorgado a su vida. En todo caso, el truncamiento de algún proyecto vinculado con la cotidianidad podría, en algún caso, menoscabar o retardar el cumplimiento del "proyecto de vida".

La pluralidad de proyectos que el ser humano va concibiendo y realizando cotidianamente en su vida están dirigidos, consciente o inconscientemente, a contribuir al mejor cumplimiento del singular "proyecto de vida". Metafóricamente hablando, vale reiterar lo anteriormente expresado en el sentido que todos los proyectos, desde los más banales hasta los más significativos que el ser humano cumple en el curso de su diaria existencia, son como afluentes, de distinta magnitud, que van a desembocar en el más caudaloso de los ríos, que no es otro que el "proyecto de vida". Todos los proyectos que concibe el ser humano están, pues, encaminados, directa o indirectamente, consciente o inconscientemente, al cumplimiento del "proyecto de vida", de lo que el ser humano ha considerado como su misión en la vida, como su realización personal.

Todo lo que el hombre hace en su vida tiene como objetivo final, como destino singular, el dar cumplimiento, hasta donde ello es posible, a su "proyecto de vida". Es decir, y como está dicho, de lo que cada persona ha decidido ser y hacer "en" y "con" su vida. La vida cobra, así, un sentido, una razón de ser. Sentido que le otorgan los valores que vivencia durante su trayectoria existencial, los mismos que realiza en función de su personal "proyecto de vida". El ser humano, al igual que las cosas que transforma en su vida, es substrato de valores. Lo es la conducta humana intersubjetiva, de la que podemos predicar que es justa o injusta, útil o inútil, así como también lo es, por ejemplo, un bloque de mármol transformado en una

escultura por la mano de quien la realiza, lo que nos permite exclamar que es bella. En ese trozo de mármol se posó el valor belleza gracias a la acción humana.

Los "proyectos de vida" adquieren diferentes rangos de importancia según los valores que los definen, que los orientan, que vivencia la persona durante su existencia. Hay, así, proyectos egregios como, también, proyectos que no poseen esa significación valiosa, que carecen de rasgos más o menos definidos. Son proyectos grises, tal vez no deseados, de aparentemente modestos alcances, los cuales, por ello, son difíciles de aprehender. Pueden haber, así mismo, proyectos que responden a una intensa inclinación humana, como la de ser madre o cónyuge. Esta podría ser su misión en la vida. Puede ocurrir, también, que a esta inclinación natural se sume otra vocación que la asume, complementa o desarrolle en función de su particular estado civil. Por ello, el proyecto de vida es frecuentemente complejo

15. La libertad ontológica, ¿tiene límites?

La libertad ontológica, que constituye y sustenta al ser humano, no tiene límites. Si los tuviera dejaría de ser libertad. La libertad ontológica es absoluta por cuanto es el ser del hombre, mientras que la libertad fenoménica puede limitarse mediante acciones humanas o por mandato de la ley. La libertad ontológica sólo se pierde con la muerte, con la pérdida de la vida.

La libertad ontológica se suele referir a través de un atributo, propiedad o predicado que le asignamos como es, por ejemplo, el de la capacidad inherente al ser humano de decidir y elegir por sí mismo. En esta dimensión el ser humano puede concebir cualquier decisión, sea esta realista y viable o fantasiosa, imposible, inviable. En este sentido, la decisión que libremente se adopte en la esfera subjetiva

de la persona carece de límites. El ser humano puede, por consiguiente, decidir aquello que le plazca, aunque fueren meras fantasías, ilusiones, sueños irrealizables, utopías, es decir, situaciones imposibles de concretar en la realidad de la vida salvo, en algunos casos, a través del arte.

De lo expuesto se concluye con claridad que el problema relativo a la limitación de la libertad no se encuentra en la instancia de la libertad ontológica - que es el *ser* mismo del hombre - sino que pertenece a nuestro mundo exterior, a los actos o conductas que responden a una decisión libre. Es, así, que la libertad ontológica, como se ha anotado, es absoluta, a diferencia de la libertad fenoménica. Si el ser humano es un *ser libertad* no se concibe limitación alguna. Se es enteramente libre o no se es. Si el ser humano no es enteramente libre deja de ser lo que es: ser humano. Si, hipotéticamente, ello ocurriera la persona se degrada a la condición de un simple animal mamífero a la par del chimpancé, perdiendo su calidad ontológica de ser humano. Sartre, en el sentido anteriormente enunciado, corrobora lo dicho cuando afirma que "el hombre no podría ser tan pronto libre como esclavo: es por entero y siempre libre, o no es"⁷⁷.

La libertad, por todo lo expuesto, es irrenunciable. No se puede dejar de ser lo que se es. Así, decidir el que otra u otras personas lo hagan por nosotros no es una renuncia a la libertad sino es, de suyo, una decisión libre. La libertad es inherente a la persona en cuanto es su *ser*. Por ello, Sartre apunta que no existen en la libertad otros límites que ella misma. Nos dice con razón y coherencia, que "no somos libres de dejar de ser libres"⁷⁸.

16. Libertad, voluntad y proyecto de vida

Es oportuno señalar que frecuentemente comprobamos que se suele confundir la libertad, que es el *ser* mismo del hombre, con la voluntad, que es un aspecto de la psique, sin

percatarse que ésta se halla, como la unidad psicosomática en su conjunto, al servicio del yo, de una decisión libre. La envoltura psicosomática es el medio o instrumento más inmediato del cual se vale la libertad para su realización como proyecto. Por ello es posible referirse a "mi" cuerpo, a "mi" voluntad. Pertenecen a la estructura del *ser libertad*.

Sartre ha descrito certeramente la relación entre la "libertad" y la "voluntad". Al referirse a la primera apunta que "el planteamiento de mis fines últimos es lo que caracteriza a mi ser y lo que se identifica con la aparición original de la libertad que es mía". Es así que la libertad resulta ser el fundamento de los fines que el ser humano decide realizar "sea por la voluntad, sea por esfuerzos pasionales". Sartre señala que "las voliciones son, por el contrario, como las pasiones, ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria". La libertad es, así, "un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad (...) que manifiesta a su manera"⁷⁹.

La voluntad, según Sartre, "se presenta como decisión reflexionada con relación a ciertos fines". Pero, afirma a continuación, que esos fines no los crea la voluntad. Esta sólo "decreta que la persecución de esos fines sea reflexiva y deliberada"⁸⁰.

17. "Proyecto de vida" y valoración

El proyectar supone un decidir. Decidir es elegir un determinado proyecto descartando, al mismo tiempo, otros proyectos dentro del inmenso abanico de opciones o posibilidades que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal. Decidir es, por ello, escoger o elegir entre diversas opciones para formular el personal "proyecto de vida": lo que se decide ser en el futuro. Sólo puede decidir y elegir un proyecto quien es ontológicamente libre.

77 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, ob. cit., p. 20.

78 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, ob. cit., p. 19.

79 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, pág. 25.

80 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, ob. cit., pág. 24.

Los valores son inmanentes a la libertad. La libertad es, de suyo, estimativa. Toda decisión y elección de proyectos requiere de una valoración a fin de que el ser humano pueda preferir alguna de las opciones que le ofrece el mundo y encuentren viabilidad en sus potencialidades y energías personales. El ser humano conoce y vivencia valores en cuanto ellos otorgan un sentido a su vida.

18. La vivencia axiológica

Para decidir sobre un cierto proyecto de vida, que responda a la recóndita vocación personal, se debe valorar, es decir, precisar aquello que para el ser humano le resulta valioso realizar en la vida, lo que le va a otorgar sentido a su cotidiano existir. El proyecto supone trazar anticipadamente el destino, un modo cierto de llenar la vida, de lograr la realización personal. La vivencia de valores le otorga sentido y, por consiguiente, trascendencia al vivir. El "proyecto de vida" no es concebible sin una vivencia axiológica de parte del ser humano.

Para elegir se requiere preferir "esto" sobre "aquello", una determinada conducta sobre otra u otras conductas, una cierta opción sobre otras opciones. Toda decisión libre significa, por ello, una valoración. Decidir es valorar para optar por éste u otro proyecto alternativo. De ahí que el ser humano es estimativo, en cuanto tiene la potencialidad, inherente a su ser, de vivenciar valores. La vida es, así, una sucesión de valoraciones. El estimar, el valorar, es una irrenunciable instancia de la vida humana. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, lo que le viene de su condición de ser libre. No se concibe la existencia de un ser libre que sea incapaz de valorar.

El verdadero lugar de los valores, como apunta Mounier en acertada metáfora, es el "corazón vivo del hombre". Los valores se revelan al ser humano en las profundidades de la libertad,

madurando con el acto que los elige. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, es decir, un ser estructuralmente dotado para vivenciar, para sensibilizar valores. La persona no podría vivir sin los valores, con los que otorga un sentido a su existir. Como lo dice el propio Mounier, "las personas sin los valores no existirían plenamente, pero los valores no existen para nosotros sino por el *fiat veritas tua* que les dicen las personas"⁸¹.

El ser humano para proyectar, como está dicho, vivencia valores, lo que le permite escoger entre una infinidad de posibilidades aquella que decide ser en el futuro. Puede privilegiar, así, el valor de la virtud o del bien, el de la justicia, el de la belleza, el de la utilidad, el de la solidaridad, el del amor o cualquiera otro dentro de la inmensa gama bipolar que constituye lo que se conoce como "la jerarquía valorativa". La preeminencia que adquiera alguno de ellos en la vida del ser humano le otorga un sentido, le proporciona un rumbo, signa su entero existir. Los valores, por ello, se dan "en" y "para" la vida humana.

19. Los instrumentos con los que cuenta la persona para la elección del "proyecto de vida"

Al elegir, luego de la respectiva valoración y decisión un determinado proyecto de vida, con la intención de convertirlo en realidad de su existencia, el ser humano trata, por los medios e instrumentos a su alcance, de cumplirlo, de concretarlo en el diario vivir.

El valorar, elegir y decidir la realización de un cierto proyecto de vida supone el logro de ciertos fines que se deben alcanzar en el devenir existencial. Los fines, en palabras de Sartre, "son la proyección temporalizante de nuestra libertad". La libertad crea, escoge los fines, "y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como limite

81 MOUNIER Emmanuel, *El personalismo*, ob. cit., pág. 42.

externo de sus proyectos"⁸².

El proyecto, como se ha señalado, se decide, se elige libremente en el horizonte del tiempo. Es en la instancia inescudable del ser donde cualquier proyecto es posible. El ser humano decide valiéndose de su libertad, de su imaginación, de su vocación estimativa y de los estímulos que le ofrece su "circunstancia", el medio en el que vive. Es decir, del mundo en el cual está instalado.

Para realizar su "proyecto de vida" el ser humano utiliza los medios o instrumentos a su alcance. Al mencionar "medios" nos referimos, en general, a todo aquello que emplea el ser humano para convertir el proyecto en realidad de vida. Entre los medios con los que cuenta el ser humano para lograr tal propósito están su cuerpo, es decir, su unidad psicosomática y todo lo que ella representa como voluntad, sensibilidad, racionalidad. Cuenta también, necesariamente, con los otros seres humanos y con las cosas u objetos del mundo circundante.

De lo anteriormente expresado se desprende que el ser humano, para el cumplimiento del "proyecto de vida", emplea tanto medios o instrumentos que posee, es decir, los que le ofrece su propia estructura existencial - unidad psicosomática - como aquellos provenientes del mundo exterior. En esta dimensión se encuentran los demás seres humanos, con cuya contribución le es posible concretar lo proyectado, así como también se vale de los objetos o cosas que le son indispensables para tal finalidad.

La utilización de tales medios le permite al ser humano, en cierta manera y medida, ya sea conseguir la realización exitosa del proyecto de vida o su frustración, menoscabo o retardo. La vida, lo sabemos por experiencia, está colmada de gratificantes instantes en el curso de la concreción del proyecto personal pero, también, de traumáticas frustraciones de

diversa magnitud.

20. Los condicionamientos de la libertad 36

Los seres humanos somos ontológicamente libres no obstante los condicionamientos a los cuales nos debemos someter, en múltiples ocasiones, al pretender convertir una decisión personal en actos o conductas. Pero este hecho no nos hace perder nuestra consistencia de seres libres. Seremos siempre libres para decidir someternos a tales condicionamientos o, inclusive y como es práctica común, para decidir que otro u otros decidan en nuestro lugar.

La realización fenoménica del "proyecto de vida" está doblemente condicionada. De un lado, lo está por nuestras propias capacidades, energías y potencialidades provenientes de nuestro mundo interior, de nuestra estructura psicosomática. Del otro, por los condicionamientos que surgen en el mundo exterior, las facilidades o resistencias que ofrecen los otros seres humanos con los que convive en sociedad o por las cosas u objetos que le son útiles para la finalidad perseguida.

Puede ocurrir que nuestro cuerpo, en sentido estricto, o nuestro psiquismo es decir, nuestra unidad psicosomática, no estén en aptitud para llevar a la realidad una decisión libre. Suele suceder que nuestra instrumentalidad psicosomática - nuestra inteligencia, sensibilidad o voluntad, por ejemplo - no sean capaces de convertir en actos o conductas una decisión proveniente de nuestro ser libertad. El cuerpo, lo fáctico de nuestra estructura existencial, lo orgánico y fisiológico, es sólo un instrumento al servicio de nuestra libertad. La libertad se vale de la estructura psicosomática para concretar sus decisiones en la realidad del existir y cumplir con el "proyecto de vida".

No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar, menoscabar o retardar el proyecto de vida

82 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, ob. cit., pág. 24.

sino, como se ha apuntado, también los obstáculos que le ofrecen las cosas instaladas en el mundo exterior y, por cierto, la acción de los demás seres humanos con los cuales convive en el seno de la sociedad. De ahí que, como está dicho, no toda decisión llega a concretarse en la realidad.

Filósofos como Kierkegaard, Jaspers o Sartre se refieren a la situación que venimos describiendo. El pensador danés, en 1844, había ya anticipado que la libertad fenoménica "no es alcanzar esto o aquello en el mundo"⁸³.

En el mismo sentido, como apunta Jaspers, el ser humano, consciente de su libertad, se proyecta para llegar a ser lo que quiere y puede ser. Puede acercarse, incluso, a la perfección. El filósofo sostiene que no todos los ideales del hombre pueden cristalizar en realidades. Ello es imposible, por lo que el ser humano no puede alcanzar la perfección sino tan sólo aproximarse lo más posible a esta meta⁸⁴.

Cada ser humano debería, en el instante de proyectar, tener conciencia de sus reales posibilidades, tanto de aquellas que le ofrece su mundo psicosomático como de las que se hallan situadas en el mundo exterior. Ello resulta conveniente para los fines de la realización o de la frustración, total o parcial, del "proyecto de vida". Es de suma importancia tener conciencia de esta realidad. El hombre debería elegir proyectos viables, capaces de ser cumplidos en función de sus propias potencialidades y de las que le ofrece su "circunstancia", su mundo exterior.

Es del caso señalar que, si bien el ser humano está condicionado por su mundo interior o por su medio, ello no significa que esté determinado por ellos. El ser libre no puede estar determinado. Es, por lo expuesto, que Mounier sostiene con razón que "un personalista sabe bien que el hombre no está determinado por su medio, pero igualmente sabe que está condicionado por él"⁸⁵.

Para lograr la realización del proyecto es necesario que la persona posea vocación, perseverancia, constancia, empeño, energías suficientes, coraje. Ella no debe arredrarse frente a los obstáculos superables que se le presenten en el curso de la realización del "proyecto de vida". Éste es muy valioso para perderlo, para desecharlo, sin luchar por su cumplimiento. Se trata de los obstáculos naturales o coyunturales que la persona necesariamente ha de encontrar durante la realización de su "proyecto de vida" y que debe empeñarse en vencerlos por los medios a su alcance pues, de lo contrario, el proyecto debería sucumbir, hecho que, como se comprende, es muy grave pues en él se juega el destino del ser humano.

El cumplimiento, parcial o total del proyecto de vida, es una verdadera conquista. Es el resultado de una lucha permanente y cotidiana contra los condicionamientos y obstáculos que, a menudo, agobian a la persona y le impiden, en ciertos momentos de la existencia, viabilizar el proyecto con la continuidad y fluidez que fuera de desear. Ello es inevitable. De ahí que Mounier pueda sostener que "hay en mi libertad un peso múltiple, el que viene de mi mismo, de mí ser particular que la limita, y el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen"⁸⁶.

No se puede asegurar que la decisión libre se cumpla. El que la persona humana sea un ente ontológicamente libre y pueda, por consiguiente, proyectar, valorar y decidir no significa necesariamente que, en el ejercicio de la libertad, en la fenomenalización de esa decisión libre, el proyecto se realice, se concrete, se convierta en acto o conducta. La libertad, que constituye nuestro ser, es independiente de la realización o no del proyecto. Los proyectos se cumplen o se frustran, total o parcialmente, se menoscaban o retardan. La realización o la frustración de un proyecto no niega la existencia y permanente presencia de la libertad en cuanto *ser* del

83 KIERKEGAARD, Sören, *El concepto de la angustia*, ob. cit., p. 118.

84 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, ob. cit., p. 60-61.

85 MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo*, ob. cit., p. 132.

86 MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, ob. cit., p. 36.

hombre. Como lo precisa Sartre, "ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en sentido amplio de elegir)". De ahí que se pueda concluir afirmando, coherentemente, "que el éxito no interesa en ningún modo a la libertad"⁸⁷. Es decir, a la libertad que cada uno es.

En tanto el ser humano es un ente estructuralmente coexistencial, el proyecto de vida ha de cumplirse necesariamente "con" los demás seres humanos, valiéndose de las cosas. El ser coexistencial determina que el hombre requiera de los demás para realizarse como persona.

Todo lo anteriormente expresado lo hemos experimentado en el curso de nuestra vida. Nos sentimos seres libres, no robots, ni tampoco guiados por manos invisibles. No somos como esas cometas que vuelan los niños y que están libradas al viento. Somos conscientes de nuestra temporalidad, de nuestra meta escatológica, como también lo somos de nuestra coexistencialidad, de la necesidad que tenemos de contar con los demás seres humanos así como de las cosas del mundo para cumplir con nuestro proyecto de vida. Somos también conscientes del "proyecto de vida" que, probablemente no sin dificultades y titubeos iniciales, lo hemos valorado, elegido y decidido para su realización existencial. Todo ello de acuerdo con nuestra más honda vocación, con un profundo llamado interior. Esta escogencia ha permitido darle un sentido a nuestra vida, tender a la perfección dentro de nuestras naturales limitaciones y, al mismo tiempo, intentar ser útiles y servir a los demás de acuerdo a nuestras reales posibilidades.

21. La complejidad del proyecto de vida

El "proyecto de vida", singular y personal, es rico y, a menudo, complejo en su contenido. El proyecto puede reducirse a la

realización profesional y laboral de la persona, a cumplir con una honda vocación o, como es común, comprende, además, otros aspectos básicos de la vida coexistencial de la persona, como es el destino familiar. La persona puede concebir un proyecto en el que se incluye, aparte de su realización vocacional, el cumplir su proyecto en el seno de una familia. La familia, así como las creencias, no son ajenas a este único, por singular, proyecto de vida. La vocación por constituir una familia no se encuentra fuera del proyecto de vida. Es, salvo excepciones, un llamado natural a la complementación a la que esté destinado estructuralmente el ser humano.

No obstante lo dicho en cuanto a la incorporación de la familia dentro del personal proyecto de vida, pueden también presentarse casos en los cuales la persona decide renunciar a formar una familia, a tener descendencia. Puede suceder, también - y esta situación es cada día menos frecuente - que el proyecto de vida, generalmente el de una mujer, se reduzca a constituir un hogar, criar y educar a los hijos, a ayudar a su marido o a su pareja a través de las labores propias de hogar. En este caso la mujer renuncia a un proyecto de vida que consista en una cierta actividad profesional a realizar, aparte de los deberes hogareños.

Como se advierte de lo anteriormente expresado, el "proyecto de vida", que es único en tanto personal, no se reduce a una sola dimensión existencial sino, que, por el contrario, puede ser complejo, es decir, abarcar varias aspiraciones y expectativas que, para la persona, tienen la misma significativa connotación valiosa. El ser humano es, en tanto libre y espiritual, complejo e impredecible, por lo que todo lo que podamos saber y decir de él no es nunca definitivo. El ser humano es capaz de cambiar, de redimirse, de modificar su ruta vital e, inclusive, de variar su plan de vida. Jaspers está en lo cierto cuando dice: "Es más, aún nosotros conocemos mejor

87 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit., tomo III, pág. 82.

todo lo que no somos nosotros mismos (...) que sea el hombre, acaso le resulte menos claro que todo lo que él encuentra. Se convierte para sí mismo en el máximo misterio cuando vislumbra que en su finitud parecen extenderse hasta el infinito sus posibilidades"⁸⁸.

22. El surgimiento del "proyecto de vida"

No es fácil encontrar la respuesta a la pregunta sobre el momento de la existencia en el cual el ser humano decide asumir un determinado proyecto de vida. Es relativamente incierta la edad, el instante existencial, en la cual el ser humano, consciente de lo que desea "ser" y "hacer" en su vida, le otorga un rumbo y un sentido a su existencia. Es decir, escoge un cierto "proyecto de vida".

Existen niños que, desde muy pequeños, demuestran una inclinación, una tendencia o aptitud, más o menos clara, que denota sobre cuál podría ser su proyecto de vida. Así, bien lo sabemos y no son ajenos a nuestra observación, la existencia de niños que les gusta los juguetes que tienen vinculación con la medicina y su juego preferido es el del "ser doctor", el de curar muñecos o muñecas, según el caso. Otros demuestran estar dotados para la música y suelen practicarla con sensibilidad, mientras que también hemos encontrado niños que su actividad más gratificante era el de pasarse horas enteras en el jardín dedicados a observar la naturaleza, los bichos, las plantas. Llegada la edad de adoptar un "proyecto de vida" estos niños escogieron ser biólogos o alguna actividad vinculada a sus inclinaciones infantiles como la geografía, zootecnia, la agricultura o la ecología entre otras opciones conexas.

Recordamos que cuando éramos niños los adultos con frecuencia nos preguntaban sobre "que queríamos ser de grandes". A los 10 ó 12 años respondíamos que seríamos marinos pues nos gustaba mucho el mar y el navegar. A

los 15 años, condicionados por la familia y los amigos íntimos, nos preparamos, sin mayor reflexión, para ser ingenieros. Felizmente, faltando pocos días para rendir el examen de ingreso a la universidad, en una noche de insomnio y de angustia, nos planteamos, seriamente y por primera vez, si el ser ingeniero respondía a nuestra vocación, a lo que deseábamos hacer en la vida. Esa mañana tuvimos una sensación de alivio pues habíamos descubierto que nuestra vocación eran las humanidades. Nos fascinaba la filosofía, la lógica, la literatura, la historia, la psicología. En efecto, durante nuestra vida escolar las más altas calificaciones las habíamos obtenido en dichas materias. Estimamos que esta decisión fue una de las escasas, o quizás la única, en la que habíamos actuado librándonos, al máximo posible, de todos los condicionamientos que pesaban sobre nosotros.

La adopción de un determinado "proyecto de vida" suele ocurrir en el momento de la vida en el cual la persona - adolescente, joven o adulto - adquiere madurez. Ello suele acontecer, por lo general cuando está terminando su etapa escolar y tiene que enfrentarse al mundo, adoptar una decisión en cuanto "a lo que va a ser", en su vida. No se puede precisar la "edad" de la madurez, ya que ello depende de la personalidad de cada persona, pero cabe considerar que, generalmente, puede suceder a partir de los catorce años de edad. Sin embargo, bien lo sabemos lo que hemos vivido un largo trecho, que otros jóvenes no alcanzan madurez a esta temprana edad sino más adelante, a los dieciseis o dieciocho años y quizás, en algunos casos, a una mayor edad. En síntesis, más allá de todo lo que podamos especular sobre el particular, es siempre incierta la edad en que la persona, cada persona, decide optar por un cierto "proyecto de vida".

En el mundo de nuestro tiempo los jóvenes, por lo general, alcanzan la madurez a edad más

⁸⁸ JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, ob. cit., p.45.

temprana que antaño. En nuestro país, el Perú, por ejemplo, se adquiría la ciudadanía y concluía la patria potestad cuando la persona cumplía veintiún años, mientras que en los tiempos que corren la edad para tal efecto se ha fijado en los dieciocho años de edad. Por ello, en algunos países, cuando se trata de intervenciones sobre el cuerpo por razones de conservación de la salud, el médico no sólo recaba el consentimiento informado de los padres sino también del menor mayor de catorce años de edad.

Algunos jóvenes, al terminar el ciclo escolar, tienen claro su destino. Saben lo que quieren hacer con su existencia, son conscientes de cuál es su proyecto de vida. Es el caso de vocaciones bien delineadas, sin que pueda existir ninguna clase de dudas o titubeos. No obstante, no es caso en el que se encuentra, tal vez, el mayor número de jóvenes, los que no están seguros de su vocación, que dudan, que no ven con claridad cuál ha de ser su proyecto de vida. Por ello, algunas veces, sometidos a diversos condicionamientos, se equivocan en cuanto a su vocación. En algunos casos, después de transcurrido algún tiempo, luego de unas primeras experiencias existenciales, llegan a precisar su vocación o, por lo menos, a tomar consciencia de que han cometido un error⁸⁹.

Después de lo expuesto en estas páginas cabe preguntarse si todas las personas tienen un proyecto de vida o, por el contrario, si es posible una existencia que carezca de él. Puede ocurrir que algunos seres humanos no logren precisar con nitidez cuál es su vocación, qué es lo que desean hacer con su vida, que se hallan desorientados, que son inmaduros, irresponsables o adolecen de perturbaciones psíquicas. No obstante la existencia de casos de incertidumbre vocacional somos del parecer que toda persona tiene un proyecto de vida. Puede suceder que la persona no logre descubrirlo o que, ante la ausencia de una definida vocación, realice un proyecto

inauténtico pero proyecto de vida al fin.

23. La estructura existencial del ser humano

Si la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, si el Derecho ha sido creado para proteger a la persona cuyo ser consiste en *ser libertad*, es imposible que se realice esta tarea tutelar sin conocer cuál es, lo más aproximadamente posible, la estructura existencial del ser humano. En efecto, es dable preguntarse, ¿cómo se puede proteger lo que se desconoce o se conoce insuficientemente? Cuanto mejor sepamos sobre dicha estructura, la protección será mejor, más precisa y, a la vez, más amplia.

Sin una referencia a la libertad, como la que brevemente hemos realizado en precedencia, resulta imposible comprender a cabalidad en qué consiste el "proyecto de vida". Y sin aproximarnos a la libertad tampoco entendemos el rol que juega nuestra unidad psicosomática en tanto instrumento inmediato con el que cuenta el ser humano para proyectarse en el mundo exterior, para dar cumplimiento a una libre decisión. Así, por ejemplo, no comprenderíamos cómo la voluntad, entre otras potencialidades y energías del ser humano, es un instrumento para dar cumplimiento a una decisión libre en la realidad del diario existir. De ahí que también, como venimos sosteniendo desde hace décadas, podamos reiterar que la voluntad no es autónoma pues depende de una previa decisión libre.

¿Cómo referirnos a una disciplina que regula la vida humana en términos de justicia para proteger el ser de un ente del que se desconoce su naturaleza y estructura? Por ello, previo al estudio del Derecho, teniendo plena conciencia que el "sujeto" es el centro prioritario de su atención, se debe precisar, hasta donde ello es posible, la estructura

89 Conocemos el caso de dos inteligentes colegas abogados, uno ya desaparecido, que creyeron que su vocación profesional era la de ser ingeniero. Ingresaron a la universidad donde se imparten dichos conocimientos. No obstante, después de concluir su primer año de estudios, abandonaron esta carrera al comprender que ser ingeniero no era su llamado interior, su vocación. Ambos cambiaron de universidad y, como está dicho, terminaron como muy competentes y reconocidos abogados. A nosotros, como lo hemos narrado, nos sucedió lo mismo, pero tuvimos la fortuna de darnos cuenta del error que íbamos a cometer pocos días antes del examen de ingreso a la Universidad de Ingeniería.

existencial del ser a proteger.

De los estudios filosóficos producidos, de la experiencia personal y de la propia observación y correspondiente análisis, podemos sintéticamente reiterar que el sujeto a tutelar por el Derecho - la persona humana - es un ente cuyo ser es *libertad*. En consecuencia podemos expresar, como lo hemos anticipado, que este ente consiste en "una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad".

La unidad psicosomática, es decir, el cuerpo en sentido estricto y la psique, participan de la naturaleza de un animal mamífero. Desde esta perspectiva, el ser humano es parte de la Naturaleza. El hecho de que esta "envoltura psicosomática" sea parte de la estructura de la "persona humana", se debe a que ella "está constituida y sustentada en su *ser libertad*". De ahí que el hombre, sin dejar de ser un animal mamífero, es de calidad ontológica diferente y superior a los demás animales de su especie. En otros términos, ese *prius*, ese algo más que distingue al ser humano de los animales es la libertad, su espiritualidad. Espiritualidad que lo abre al mundo de los valores que le sirven, precisamente, para comportarse como un ser libertad en tanto se vale de éstos para orientar su vida, para elegir, preferir, decidir.

En relación con lo anteriormente expresado cabe recordar que Max Scheler, refiriéndose al hombre, sostenía que "lo que podríamos llamar su puesto singular están muy *por encima* de lo que llamamos inteligencia y facultad de elegir". Lo que caracteriza al ser humano es el espíritu⁹⁰. Al preguntarse por su significación, responde que "la propiedad fundamental de un ser "espiritual" es su *independencia, libertad o autonomía esencial* - o la del centro de su existencia - *frente a los lazos y a la presión de lo orgánico*, de la vida, de *todo* lo que pertenece a la "vida" y por ende también a inteligencia impulsiva propia de ésta". Y agrega que semejante ser espiritual

"no está vinculado a sus impulsos, ni al mundo circundante, sino que es *libre* frente al mundo circundante, está *abierto* al mundo, según expresión que nos place usar"⁹¹. El espíritu equivale a la libertad del hombre, a su autonomía frente a su unidad psicosomática y a *todo* lo que pertenece a la vida. Ésta es la "vida de la libertad".

Sólo conociendo la estructura existencial del ser humano sabremos protegerlo adecuadamente, es decir, con criterios y técnicas diferentes a las tradicionalmente empleadas para tutelar a los objetos del mundo, al patrimonio, a lo material. Sólo conociendo su estructura podremos saber dónde se le puede dañar, si las consecuencias del perjuicio se producen en algunos de los múltiples aspectos de su unidad psicosomática o en su libertad fenoménica. Sólo conociendo que aspecto del ser humano se ha dañado sabremos cómo reparar adecuadamente las consecuencias del daño producido.

24. ¿Merece protección jurídica el "proyecto de vida"?

Luego de todo lo expuesto y de lo mucho más que se podría decir, y de lo que se está por decir, sobre el "proyecto de vida", si estamos convencidos y conscientes de su existencia - como en la actualidad lo están la Corte Interamericana de Derechos humanos, sectores de la doctrina y de la jurisprudencia comparada -, cabe preguntarse si merece protección jurídica en tanto se trata de tutelar el *ser* mismo del hombre y su proyección en el mundo exterior. Si esta realidad se ignora, se desecha o se desprotege estaríamos dejando a las personas libradas a su suerte en lo que se refiere al cumplimiento o no de su propio destino, al ejercicio de su libertad en el mundo en que nos ha tocado vivir, al sentido que le han dado a su vida. Se perdería, en fin, la razón de ser de cada cual.

Por todo lo anteriormente expresado en estas

90 SCHELER, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, ob. cit., p. 62-63.

91 SCHELER, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, ob. cit., p. 64.

páginas, compartimos la opinión de aquellos autores, tanto europeos como latinoamericanos, que se han ocupado del tema, así como de lo resuelto por la jurisprudencia supranacional americana y un sector de la comparada, para sostener que, desde nuestra concepción del Derecho, su finalidad suprema es proteger al ser humano de manera integral, es decir, tanto en lo psicosomático como en su libertad fenoménica, en el despliegue temporal de su personalidad, en su realización personal, dentro del bien común.

Como bien lo sabemos, en algunos países, como es el caso de Italia, en la incesante y afanosa búsqueda de la mayor posible protección preventiva, unitaria e integral del ser humano fue que, partir de la década de los años setenta del siglo XX, se fueron "descubriendo" y tutelando mediante la jurisprudencia diversos aspectos de su estructura o de sus intereses. Así, entre los primeros, aparecieron el daño estético, el daño a la vida de relación, el daño sexual para, luego, integrarse todos estos daños y otros que fueron surgiendo en el tiempo, en un único, amplio y genérico concepto de "daño a la persona", en contraposición con el daño al patrimonio, a los objetos del mundo exterior.

No consignaremos, por conocido, el largo y penoso debate que, por años, hubo en Italia para superar a través de juristas creativos, recurriendo a la Constitución y a la decisión de la Corte Constitucional, la absurda e ilógica limitación consignada en el artículo 2059° de su Código Civil que limitaba la reparación de los daños extrapatrimoniales a cuando sólo se producía la comisión de un delito. Esta increíble restricción se repetía, con otras modalidades, en Alemania y en Portugal, países en los que se hacía referencia indirecta al "daño a la persona". En el primero de los citados, el artículo 253° del Código Civil de 1900 prescribía que, en el caso de un perjuicio que no sea pecuniario, sólo se podía reparar en metálico en los casos determinados por la ley. Esta limitación se superó con el correr del

tiempo. En Portugal, se restringe la reparación del daño a la persona para sólo los casos en los cuales los perjuicios son graves.

25. Reparación del "daño al proyecto de vida"

En lo que concierne al Perú, los jueces no tienen dificultad alguna para la reparación de las consecuencias de un "daño al proyecto de vida". En el artículo 1985° del Código Civil de 1984 se establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el "daño a la persona". Como se ha expresado en precedencia, el concepto "daño a la persona" comprende *todas* las lesiones que puedan afectar al ser humano, en cuanto tal. La amplitud de la referida noción comprende todas las modalidades de daños a las que nos hemos referido en su lugar, es decir, el "daño biológico" (la lesión en sí misma), el "daño al bienestar" y el "daño al proyecto de vida". Obviamente, también incluye las consecuencias del daño emergente y del lucro cesante.

En general, y como es del dominio de los entendidos en la materia, hay que reconocer, con absoluta claridad, objetividad y honestidad, que fijar indemnizaciones por daños a la persona es un tema difícil de resolver en la práctica de los tribunales. Ello no sólo se origina en la novedad que implica el "daño al proyecto de vida" sino que se debe también a que el ser humano es un ente complejo, que está fuera del comercio, al margen del mercado. El ser humano no es un objeto más, es un sujeto con plena dignidad, libre e idéntico a sí mismo, único y singular, irrepetible. Carece de "precio" pero le sobra valor. Por todo lo indicado, y por otras razones más a las que nos referimos más adelante, no existe aún jurisprudencia homogénea, lo que ha de llevar su tiempo.

25.1. Búsqueda de criterios y técnicas

adecuadas para reparar los "daños a la persona"

Pero, reconocer esta especial situación - se debe decirlo con rapidez y énfasis - no significa que los daños a la persona dejen de ser reparados. No se puede admitir, recurriendo a cualquier falso argumento, que sólo se pueden resarcir los daños causados a los objetos del mundo exterior, al patrimonio. Sostener esta deshumanizante y absurda posición supone despojar de sentido al Derecho, el que ha sido creado, precisamente, para proteger al hombre, dentro del bien común. No podemos olvidar, ni por un instante, que la finalidad suprema del Derecho es la tutela de la libertad del ser humano. Sin libertad no existe la categoría "ser humano". El Derecho no puede abdicar su finalidad, su razón de ser. La protección jurídica de la persona humana debe ser preventiva, unitaria e integral. El patrimonio, a diferencia del ser humano, que es un fin en sí mismo, es tan sólo de carácter instrumental.

Dentro de la línea de pensamiento antes esbozada, los juristas y los jueces, así como todos los interesados en el tema que estén dotados de imaginación creadora, deben precisar o afinar los criterios y las técnicas apropiadas para que el Derecho cumpla con su fundamental finalidad de protección del "ser libertad". Esta tarea ya comenzó en ciertos países del mundo. Somos testigos de excepción de los esfuerzos realizados por eminentes juristas italianos para confeccionar baremos o tablas de infortunios para proveer a los jueces de términos de referencia para los casos en que se deben reparar daños causados a la estructura somática del ser humano. Esta labor, que ya está en marcha y que se está concretando en ciertos países de Europa, debería iniciarse, cuanto antes, en aquéllos otros en los que aún no han afrontado dicha indispensable tarea y que cuentan con juristas que poseen sensibilidad y claros criterios sobre la protección que merece el ser

humano. Dicha labor, por su parte, debe perfeccionarse y difundirse adecuadamente en aquellos lugares donde el esfuerzo ya comenzó a rendir sus frutos luego de una etapa de natural inicial anarquía en la fijación de reparaciones judiciales en los casos de frustración, menoscabo o retardo en lo tocante al proyecto de vida. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un claro ejemplo que avala lo dicho.

Las dificultades para reparar los daños a la persona, en general, se acentúan si tenemos en consideración aquéllos cuyas consecuencias afectan la calidad de vida de la persona - daños al "bienestar" o daños "existenciales" - y, con mayor razón, si lo que se tiene que reparar son las consecuencias de un daño a la libertad fenoménica, a la frustración, menoscabo o retardo del "proyecto de vida" de cada cual. Los problemas que esto suscita son comprensibles y explicables por tratarse de asuntos que, en ciertas situaciones, son difíciles de detectar y precisar.

La protección integral de la persona humana, increíblemente, fue ignorada en el pasado, tiempo en el cual los juristas estaban preponderantemente preocupados por resarcir las consecuencias de los daños al patrimonio. La "propiedad" se hallaba en la cúspide de los intereses de la inmensa mayoría de jueces y juristas. En los tiempos que corren, a partir de fines de la primera mitad del siglo XX, el panorama empieza a cambiar. Se advierte una tendencia que coloca a la persona humana en el punto cimero del escenario jurídico. El "sujeto de derecho" desplaza al objeto "propiedad" del lugar de privilegio que ocupó - y aún sigue ocupando en cierta medida - en el interés y preocupación de jueces y juristas. El individualismo patrimonialista va perdiendo fuerza frente al humanismo jurídico. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, fija un hito inamovible en cuanto a la protección de los derechos fundamentales del ser humano. Es

un justo y necesario epílogo, a nivel de lo jurídico, de aplicación de los hallazgos de la filosofía de la existencia.

Para afrontar la delicada tarea de reparar adecuadamente las consecuencias de los daños a la persona se requiere de juristas y de jueces que reúnan ciertos mínimos requisitos, como los de contar con una especial sensibilidad humana y una preparación académica para conocer mejor lo que antes se ignoraba: la estructura existencial del ser humano. Una adecuada formación en la etapa universitaria contribuye con esta finalidad. Por ello sorprende que, en el umbral del siglo XXI, en ciertas Facultades de Derecho no se imparta enseñanza en torno a los derechos humanos, a los derechos de la persona. En ellas, por razones probablemente crematísticas, se otorga preponderante atención a los derechos patrimoniales sobre aquellos, más importantes, que se contraen a la defensa de los que significa el valor de la vida humana.

25.2. Requisitos mínimos indispensables para comprender y reparar los daños a la persona

Somos del parecer, sin pretender ser exhaustivos, que los mínimos requisitos que deberían poseer los jueces para afrontar la reparación de las consecuencias de los daños a la persona - incluido el daño al proyecto de vida - podrían ser, entre otros, los siguientes:

a. Conocer, lo más aproximadamente que fuere posible, la estructura existencial del ser humano. Ello, para saber cómo está constituido así cómo y dónde se le puede dañar para, luego, fijar una adecuada reparación de las consecuencias del daño. Si se ignora este hecho es imposible tratar el tema del "daño a la persona" desde que, como lo repetimos - a menudo con insistencia - no se puede proteger y reparar adecuadamente lo que se desconoce o se conoce insuficientemente. El estudio

previo del "sujeto de derecho" es indispensable para la comprensión del objeto de estudio y finalidad del Derecho.

b. No tener duda alguna en cuanto a que la finalidad suprema del Derecho, lo que le otorga sentido y lo justifica, es la protección preventiva, unitaria e integral del ser humano. La tutela del "ser libertad" es la misión primordial del Derecho. Por lo demás, para esto fue creado, ya que el Derecho debe permitir a cada persona cumplir con su "proyecto de vida" dentro del bien común.

c. Tener la enraizada convicción que más importante es reparar un daño a la persona, que es un fin en sí misma, que un daño al patrimonio, que tiene un mero carácter instrumental.

d. Poseer fina sensibilidad humana para comprender y reparar un daño a la persona. En otros términos, no estar comprometido con la rutina, con la ideología individualista-patrimonialista, no poseer el callo profesional que tiende a insensibilizar a ciertos jueces y a automatizar su función.

e. Comprender que lo más importante en la vida del ser humano es cumplir con el destino que se ha trazado durante su existencia terrenal, realizarse como persona, ejecutar su "proyecto de vida". De no ser así, la vida pierde su sentido, su razón de ser. Cabe entonces, en esta frustrante circunstancia, volver a preguntarse, ¿para qué vivimos si no podemos ser lo que decidimos ser?

Se debe tener plena conciencia de la magnitud y gravedad que significa la frustración, menoscabo o retardo en el cumplimiento del destino que cada cual escogió para su transcurrir existencial, es decir, para su realización personal o ejecución en la práctica de su "proyecto de vida".

f. Comprender que el daño denominado

"moral" es un agravio a principios éticos o intereses de la persona que causan daños cuyas consecuencias son de carácter psíquico, *emocional*, no patológico. No intentar llegar al absurdo de colocar lo genérico, el "daño a la persona", dentro de un daño específico como es el llamado "daño moral".

g. Solidarizarse con el sufrimiento humano y priorizar la protección de los humanamente débiles o discapacitados.

h. Conocer lo más profundamente posible - por quienes aún no han afrontado esta novedad jurídica - en qué consiste el "daño a la persona", cuáles son sus alcances y finalidad, cuál es su sistematización, cuáles son sus diversas modalidades hasta hoy conocidas. Los jueces deben estar actualizados y conocer los más recientes aportes del Derecho. La Academia de la Magistratura debería dedicarse a esta tarea formativa.

i. Conocer y adentrarse, con penetración y finura intelectual, en el conocimiento de las diversas modalidades del "daño a la persona", como son los daños psicosomáticos, tanto "biológicos" como al "bienestar", y el "daño al proyecto de vida".

Si las ideas en cuanto a esta sistematización no están claras los márgenes de incurrir en error serán dilatados.

Si intentáramos sintetizar los requerimientos anteriormente expresados podríamos afirmar que para comprender el "daño a la persona" y sus modalidades es necesario un cambio de mentalidad de parte de los operadores del Derecho para tomar plena conciencia de la nueva concepción del ser humano como un "ser libertad" y, consecuentemente, del Derecho. En cuanto a la naturaleza del hombre estamos dejando atrás la era del "animal racional" e ingresando en un período de transición hacia la concepción de la persona humana como un "ser libertad".

25.3. Modalidades de reparación del "daño

al proyecto de vida"

Pero las calidades personales que, en nuestro concepto, deberían poseer jueces y juristas, referidas en precedencia, si bien son indispensables para estar en condiciones de reparar con humana sensibilidad los daños a la persona, no son suficientes si no se les ofrece a los operadores del Derecho criterios y técnicas adecuadas para cumplir con su misión. De no ser así, reinará una perjudicial anarquía en la fijación de las reparaciones, situación que aún no se ha disipado en lo que concierne al resarcimiento de los daños somáticos o "biológicos".

La experiencia nos muestra como en Italia - donde la mayoría de los juristas y jueces son imaginativos, creativos, dotados de apertura mental -, antes de la confección de los baremos o tablas de infortunios, hubo una anarquía en materia de fijación de reparaciones en los casos de daños a la persona. Esta misma negativa experiencia se encuentra en los países que, como precursores en la indemnización de las consecuencias de los daños al proyecto de vida, dentro de un loable afán por proteger integralmente al ser humano, han comenzado también a reparar los "daños al bienestar" y, particularmente, los "daños al proyecto de vida". Esta inicial anarquía empezará a superarse cuando los jueces y juristas conozcan y comprendan cuáles son los criterios a aplicar para la reparación de dichos daños y posean, como en el caso de los baremos, términos de referencia que eviten dicha anarquía en la fijación del monto de las reparaciones.

Así como para elaborar los baremos se formaron inicialmente grupos interdisciplinarios - compuestos, por lo menos, por juristas, jueces, médicos, economistas, psicólogos, psiquiatras, aseguradores - , se hace necesario la constitución de otros grupos que establezcan los criterios que sean útiles a jueces y juristas para la reparación de los

daños al bienestar y a la libertad fenoménica o proyecto de vida.

Consideramos, pese a que consideramos que no es la fórmula ideal, el que en un primer momento, en aquellos países que no cuentan con baremos o con jurisprudencia formada, de manera enteramente provisional, se deberían fijar topes máximos - ¿y tal vez mínimos? - para la reparación de dichos daños al "proyecto de vida". Decimos de manera provisional porque entendemos que los criterios que se deben ofrecer a los jueces no han de ser vinculantes ni atentar contra su libertad de conciencia. Pero, en un primer momento, al menos en ciertos países donde la teoría del daño a la persona no se ha difundido suficientemente, dichos topes son indispensables para impedir o contener la perjudicial anarquía en cuanto a la arbitraria fijación del monto de las reparaciones en el sensible ámbito de la libertad del ser humano, en la dimensión de su realización personal.

No obstante lo anteriormente expuesto, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como algunos tribunales de ciertos países que han asumido la reparación del "daño al proyecto de vida" o a la "libertad fenoménica", así como juristas comprometidos con la protección integral y unitaria de la persona humana, han puesto en evidencia diversos criterios o modalidades para la reparación del "daño al proyecto de vida". Estos antecedentes han de servir a los grupos de trabajo que piensen en la mejor y más adecuada manera de reparar las consecuencias de tan radical daño al ser humano que frustra su destino y conlleva la pérdida del sentido valioso elegido para el existir.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene el privilegio de haber sido el primer tribunal supranacional en comprender la significación e importancia de la protección del "proyecto de vida", declara, en el

apartado 150 de la sentencia de reparaciones en el caso "María Elena Loayza Tamayo", del 27 de noviembre de 1998, que: "es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida de lo posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*". Se trata de opciones para cumplir con el "proyecto de vida".

La Corte, en el apartado 153 de la sentencia bajo comentario, reconoce las consecuencias o efectos perjudiciales que se originan a raíz del atentado contra el "proyecto de vida" de un ser humano. En el caso específico de la víctima constata "la existencia de un grave daño al "proyecto de vida" de María Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos". Así mismo, en el apartado 152, sostiene que "es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico".

La Corte concluye afirmando que los hechos violatorios de los derechos humanos de la víctima por ella examinados "han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse". Ante este cuadro, que sin embargo no es de los más graves de daño "al proyecto de vida", es justo

preguntarse, no exentos de asombro y preocupación, ¿acaso no merecen protección y reparación los daños ocasionados por la frustración de la libertad del ser humano, por el truncamiento de su destino, por la pérdida del sentido o razón de ser de la vida?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado diversas modalidades de reparación de las consecuencias del "daño al proyecto de vida" en las situaciones en que éste se ha presentado. Nos referimos, entre otros, a los casos "María Elena Loayza Tamayo", "Luis Alberto Cantoral Benavides" y "Niños de la calle", los dos primeros contra el Estado peruano y el último contra Guatemala. En las respectivas sentencias de reparación se han adoptado diversas modalidades de reparación del "daño al proyecto de vida". En el caso "Cantoral Benavides" la sentencia tiene fecha 3 de diciembre del 2003 y la de los "Niños de la Calle" data del 26 de mayo del 2001.

En las mencionadas sentencias se aprecian varias modalidades de satisfacción por los daños al "proyecto de vida" del ser humano. La más común y recurrida es la fijación de una suma de dinero, a título satisfactivo, por los daños sufridos. Para fijar límites a las reparaciones en dinero y con la finalidad de tratar de lograr una uniformidad no exenta de flexibilidad, consideramos, como lo tenemos dicho, que en un primer momento, tratándose de países que carecen de baremos y de jurisprudencia, habría que recurrir a topes indemnizatorios para evitar una perjudicial anarquía que, inclusive, tendería a mostrar la hipotética imposibilidad de reparar las consecuencias de daños que conducen a la frustración o menoscabo de un "proyecto de vida". Es decir, se estaría repitiendo la anarquía que se observó en algunos países - como es el caso de Italia - durante un buen tiempo tratándose de la reparación de los daños somáticos.

Pero, y esto hay que tenerlo en consideración,

la fijación de un monto de dinero para reparar las consecuencias de un "daño al proyecto de vida" no agota ni impide que dichos efectos puedan ser reparados mediante otras modalidades que se pueden otorgar independientemente o conjuntamente con la reparación en dinero. Nos referimos, entre otras modalidades, a las siguientes:

a. La reincorporación de la víctima al servicio o cargo que desempeñaba antes del daño y el reconocimiento de sus derechos laborales. Esta medida fue adoptada por la Corte en el caso "Loayza Tamayo".

b. Que el Estado imputable del daño adopte todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiese sido emitida en el proceso produzca efectos legales. Esta resolución también fue dictada en el mencionado caso "Loayza Tamayo".

c. Que el Estado imputable del daño investigue los hechos del caso para identificar y sancionar a sus responsables. Esta medida fue también adoptada en el caso que venimos citando.

d. La Corte, en cuanto a las medidas de satisfacción, estima que la sentencia, por sí misma, constituye una forma de reparación así como lo es su publicación en el respectivo Diario Oficial del Estado demandado y en otro diario de circulación nacional. Esta medida aparece en la sentencia del caso "Cantoral Benavides".

e. La obligación de parte del Estado responsable de realizar un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en el caso de violación de derechos humanos que, entre otros daños, conduce a la frustración o menoscabo del "proyecto de vida" de la víctima. Ello, se dice, con la finalidad de evitar que los hechos de daños al proyecto de vida se repitan en el futuro. Esta modalidad se adopta en el caso "Cantoral Benavides".

f. La vía idónea, tratándose de estudiantes, es aquella por la cual el Estado responsable restablezca, hasta donde ello es posible, el proyecto de vida de la víctima mediante el otorgamiento de una beca de estudios superiores o universitarios "con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija - así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios - en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado". Esta modalidad también se fija en el caso "Cantoral Benavides".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se aprecia de lo anteriormente glosado, ha delineado y aplicado en la práctica jurisprudencial algunas modalidades de reparación del "daño al proyecto de vida", las cuales han de enriquecerse cuando los pensadores, los juristas o los jueces vayan encontrando a través del tiempo, con imaginación y sensibilidad, nuevos criterios para cumplir con reparar adecuadamente tan grave daño a la persona como el que frustra o menoscaba su "proyecto de vida" truncando su destino.

Estamos seguros que lo anteriormente expuesto ha de suceder con el tiempo, conforme la figura del "daño al proyecto de vida" se conozca y se difunda en el escenario jurídico. No podemos olvidar que se trata de una institución de reciente creación, que se encuentra en un período de progresiva y constante consolidación a través de la jurisprudencia comparada así como del reconocimiento de sectores cada vez más numerosos de juristas convencidos de la importancia de indemnizar todos y cualquier daño a la persona sin pensar ni detenerse en lo complicado que pudiera resultar la reparación de las consecuencias del daño.

26. Apreciaciones de los profesores Alpa y

Busnelli

Al concluir estos breves apuntes destinados a sopesar argumentos en torno a la existencia y reparación del "daño al proyecto de vida", es del caso traer a colación la autorizada opinión de juristas de la talla intelectual de Francesco D. Busnelli, de la Escuela de Pisa, y Guido Alpa, de la Escuela de Génova, imaginativos y creativos juristas italianos que han contribuido, desde sus propias perspectivas, con novedosos aportes a la creación, consolidación y difusión del "daño a la persona" en el mundo jurídico. Tarea que ha sido continuada y ampliada por una pléyade de juristas italianos de renombre, dotados de especial sensibilidad en lo que se trata de la protección del ser humano. Entre estos últimos recordamos a los integrantes de la Escuela de Trieste, los que han propuesto y sustentado la modalidad del "daño existencial", cuyo máximo representante es Paolo Cendon. Todos los juristas antes citados, así como los que han trabajado en la problemática que nos ocupa, merecen nuestro mayor reconocimiento por sus valiosos aportes, los que han nutrido nuestro conocimiento sobre la temática del "daño a la persona".

Guido Alpa, al referirse en un lejano 1987 al "daño a la persona" bajo la modalidad de "daño biológico", expresó que está "acreditado por la doctrina y por la jurisprudencia más autorizadas, que el daño biológico podrá ser conocido sin necesidad de ser connotado mediante comillas". Luego de esta afirmación, que trasunta su convicción de que el daño a la persona ya adquirió carta de ciudadanía en el mundo jurídico, reconoce que "ha de ser fatigoso llegar a una uniformidad de soluciones prácticas para su liquidación". No obstante, a continuación de constatar este hecho sostiene que ello "no será debido a la debilidad de su construcción dogmática, ya superada: será debido al hecho que las ideas nuevas, en la ciencia jurídica, tienen un camino fatigoso circundado de cautelas y de dudas"⁹².

Al nivel histórico del año 2009 hacemos nuestras en relación con el "daño al proyecto de vida", en toda su extensión y significación, las claras, lógicas y premonitorias expresiones de Alpa anteriormente glosadas que, como se ha anotado, fueron verdidas hace dos décadas.

En la actualidad, traspasando el umbral de un nuevo siglo, contemplamos con satisfacción intelectual como no se discute ni contesta, con seriedad y sólidos argumentos, la existencia de un daño desconocido en el pasado inmediato, como es el caso del "daño a la persona". Somos testigos de la evolución experimentada a través de dos décadas en cuanto a su reparación en su modalidad de "daño biológico", la que tiende a concretarse y extenderse mediante la elaboración de baremos o tablas de infortunios.

Como lo pronosticó certeramente Alpa en su momento, la doctrina y la jurisprudencia italianas han tenido que recorrer un camino fatigoso para llegar a esta nueva situación en la que el "daño a la persona" se ha consolidado y se hace más viable su reparación. Esta misma ruta, con aún mayores dificultades, le tocará transitar, sin duda, al "daño al proyecto de vida", una de las modalidades del complejo, amplio y genérico "daño a la persona". Pero, a diferencia de lo sucedido con éste, en el mismo tiempo - aproximadamente dos décadas - se han producido avances muy significativos, como los aportados a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes citados.

Es oportuno y pertinente recordar en esta ocasión la certera apreciación de Francesco D. Busnelli quien en el año 2003, al referirse al "daño a la salud" en cuanto sinónimo del "daño a la persona", expresó con toda razón que compartimos plenamente, que se trataba de una "conquista de la civilización"⁹³. Y, al referirse al "daño a la persona", lo hacía extensivo a todas sus modalidades, tanto al

que lesiona la unidad psicosomática o el que afecta la libertad fenoménica del ser humano .Un avance tan espectacular en la protección integral del ser humano merece, sin duda, tal calificativo.

Consideramos que los pronósticos y las apreciaciones de los profesores Alpa y Busnelli pueden aplicarse, en el nivel histórico en el cual que vivimos al "daño a la persona", en general, así como a todas y cada una de sus modalidades que, a través del tiempo, han ido surgiendo dentro de la dogmática jurídica. Somos del parecer que todas ellas, en cuanto afectan y lesionan algún aspecto de la persona humana son acreedoras del reconocimiento de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, como es el caso, entre otras modalidades, del "daño al proyecto de vida" o "daño a la libertad fenoménica".

Todo lo expresado en estas breves páginas ha sido concebido y escrito con la mayor consideración frente a quienes, con argumentos respetables, desconocen, dudan o son escépticos ya sea de la existencia misma de un "proyecto de vida" así como, también, frente a aquéllos que, no obstante aceptarlo como modalidad del "daño a la persona", estiman que es imposible precisarlo, valorarlo y liquidar sus consecuencias. El tiempo, suponemos, despejará o confirmará negaciones, dudas o escepticismos.

Recordamos en esta oportunidad lo que desde nuestra temprana juventud se grabó en la memoria al leer las expresiones de Erasmo de Róterdam referidas al valor de la tolerancia, suprema virtud para la convivencia humana, la que se traduce, en el caso que venimos tratando, como el respeto y la debida consideración frente a las opiniones discrepantes expresadas con la altura y la mesura que la circunstancia y la calidad de las personas obliga y exige.

92 ALPA, Guido, *Il danno biologico*, Padova, CEDAM, 1987, p.XII.

93 BUSNELLI, Francesco D., *Il danno alla persona al giro di boa*, en "Danno e responsabilità", 2003.p.237.

**RECTOR, AUTORIDADES Y PLANA DOCENTE DE LA FACULTAD
DE DERECHO**



Apertura del Semestre Académico 2013-I, con la presencia del Sr. Rector Dr. Humberto Hernández Arribasplata, del Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Oscar Galván, del Jefe del Departamento Académico, Dr. Richard Llacshuanga Chávez y de la Plana Docente.

DERECHO-UNSCH EN LOS CONCURSOS DE DERECHOS HUMANOS ORGANIZADOS POR EL INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (IDEHPUCP).

El Concurso de Derechos Humanos organizado por el IDEHPUCP ha logrado incentivar la mayor participación de nuestros estudiantes, en los diversos concursos en materia de derechos humanos, derecho penal y litigación oral. Son memorables nuestras primeras participaciones en las ediciones II-2008 y III-2009, donde nuestra Facultad ocupó el cuarto y tercer lugar, llegando de manera consecutiva a una SEMIFINAL, y logrando ser la SEGUNDA universidad en el mejor rol de Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En esas ediciones sobresalieron los estudiantes Rocío Alfaro Lareanco y Valery Jhon Ccanto Sánchez y Walter Alex Chuchón Prado y José Martín Bonilla Leonardo. Coach, el Prof. Richard Llacsahuanga Chávez.



Nuestros estudiantes Yanet Mercedes León Gómez y Juan José Janampa Almora, representantes del Equipo de Derechos Humanos de nuestra Facultad, mostrando sus diplomas de participación en el “VII Concurso de Derechos Humanos - YACHAY 2013” organizado por el IDEHPUCP, del 09 al 13 de setiembre de 2013 en la ciudad de Lima. Coach del equipo fue el Prof. Richard Llacsahuanga Chávez.



Participación de nuestro Equipo de Derechos Humanos en el V Concurso de Derechos Humanos “YACHAY” 2011 (IDEHPUCP), con la participación de los estudiantes Cesar Omar Bautista Saravia y José Luis Enciso Ccopa, y como Coach del equipo, el Prof. Richard Llacsahuanga Chávez. Este evento contó con la participación de las delegaciones de las Universidades de Trujillo, Arequipa, Cuzco, Lima, Ayacucho y delegaciones internacionales de las universidades de Ecuador y Colombia.



Nuestro Equipo de Derechos Humanos representado por las estudiantes Estéfany Munarez Campos y Daisy Mendez Cisneros, participando en el IV Concurso Nacional de Derechos Humanos – YACHAY, organizado por el IDEHPUCP el 7, 8 y 9 de setiembre del 2010. Coach del equipo fue el Prof. Richard Llacsahuanga Chávez.

Como en ediciones anteriores, se recreó el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, representando nuestro Equipo el rol de Estado demandado. En la foto nuestra delegación conjuntamente con el Dr. Diego García Sayán, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Equipo de Derechos Humanos (2009) que logró ocupar el **TERCER PUESTO** en el ranking general y **SEGUNDA** mejor universidad en el rol de Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Martín Bonilla y Walter Chuchón, coach prof. Richard Llacsahuanga, Dra. Elizabeth Salmón (Directora del IDEHPUCP)



El Equipo de Derechos Humanos en el II Concurso de Derechos Humanos (2008), logró llegar a la **SEMIFINAL** y ocupar el **CUARTO PUESTO** en el ranking general y **SEGUNDA** mejor universidad realizando el rol de Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Nuestra delegación estudiantil estuvo representada por Rocío Alfaro Lareanco y Valery Jhon Ccanto Sánchez, Coach el Prof. Richard Llacsahuanga Chávez, quienes aparecen rodeando al Dr. Walter Alban, entonces Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP.

DERECHO UNSCH EN LOS CONCURSOS DE LITIGACIÓN ORAL



Nuestro Equipo de Litigación Oral, integrado por los estudiantes Mável Estéfani Romani Apéstegui y Jhonatan Wagner Barzola Paredes, que ocupó el **SEGUNDO LUGAR** en el “III Concurso Interuniversitario de Litigación Penal”, organizado por la asociación civil “Derecho y Sociedad” de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En la foto, el Jurado de la Etapa Final conformado por el maestro César San Martín Castro, y los Profesores Luis Francia Sánchez y Pedro Alva Monge. Nuestra delegación fue elegida como el mejor equipo de la Defensa Técnica en la simulación de la Audiencia de Control de Acusación. (25 de Octubre de 2013).



Equipo de Litigación Oral conformado por los estudiantes Cesar Omar Bautista Saravia y Sergio Pariona Canales, quienes ocuparon el SEGUNDO LUGAR en el I Concurso de Litigación Penal organizado por la Universidad Privada de Trujillo 2013 UPTP. En las imágenes se aprecia el acto de premiación de nuestra delegación estudiantil.



Nuestro Equipo de Litigación Oral integrado por nuestros estudiantes Walter Alex Chuchón Prado, Vladimir Vargas Carpio, Lizbeth Ancassi Izarra y Cesar Omar Bautista Saravia, ganadores del **PRIMER PUESTO** en el “I Concurso Nacional Interuniversitario de Litigación Oral y Argumentación Jurídica aplicando el Nuevo Código Procesal Penal”, organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú - Julio de 2011.

DERECHO-UNSCH: OBTENCIÓN DE BECAS NACIONALES E INTERNACIONALES



Nuestros estudiantes Walter Alex Chuchón Prado y Vladimir Vargas Carpio acompañados del Prof. Juan Enrique Vargas, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile), en la Ceremonia de recibimiento a estudiantes extranjeros de EE.UU, Francia, Colombia y Perú, en la Pasantía Académica organizado por dicha universidad en el país del Chile. Agosto a Diciembre de 2012.



La estudiante Estefany Munarez, becaria del Curso “El Sistema de Justicia en el Perú” en el programa de Semillero de Justicia 2013, promovido por la Academia de la Magistratura, el cual agrupó a los 50 mejores egresados en el quinto superior de las Facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas del país, seleccionados de un total de 123 postulantes aptos que respondieron a la convocatoria. En la foto acompañada del Fiscal de la Nación, el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura y el representante del Banco Mundial.



Premiación al estudiante José Luis Enciso Ccopa, por haber ocupado el **SEGUNDO PUESTO** en la Especialidad de Derecho, en el XVII CEU – OSIPTEL 2013, entregado por el Presidente de OSIPTEL, Gonzalo Ruíz Díaz. Atrás, el Presidente de OSINERGMIN, el Presidente del Consejo de Ministros y el Rector de la Universidad Agraria La Molina.

DERECHO-UNSCH: GANADOR DE PONENCIAS ESTUDIANTILES



El estudiante Walter Alex Chuchón Prado, ganador en el **PRIMER PUESTO** de las Ponencias de Post Grado en el X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología (CONADEPC), realizado en la ciudad de Iquitos – Perú, del 06 al 09 de noviembre de 2013. En la foto, acompañado del profesor Manuel Cancio Melía, Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid.



El estudiante José Martín Bonilla Leonardo, ganador del **PRIMER PUESTO** en ponencia estudiantil del XXIV Congreso Latinoamericano; XVI Congreso Iberoamericano; y, IV Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, realizado en la ciudad de Machala – Ecuador, 2012. En la fotografía de izquierda a derecha: Prof. Dra. Anne-Marie Gössel/ Prof. Dr. Dr. HC. Mult Karl-Heinz Gössel/ José Martín Bonilla Leonardo/ Prof. Dr. Dr. HC. Mult Miguel Polaino Navarrete/ Prof. Dra. Marisol Orts Gonzales

DERECHO-UNSCH: PRESENTE A NIVEL INTERNACIONAL



Primera participación de nuestro Equipo de Derechos Humanos en el XVII Concurso Interamericano de Derechos Humanos realizado del 20 al 25 mayo del 2012 en la American University Washington College of Law en Washington DC de Estados Unidos de Norteamérica. La Moot Court es el concurso interamericano más importante a nivel internacional organizado anualmente por la American University Washington College of Law, competencia trilingüe (inglés, español y portugués), donde se utiliza el sistema legal interamericano, simulando un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las delegaciones estudiantiles hacen el rol de Estado demandado o de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quienes tienen que presentar su memorial escrito y hacer la sustentación oral. Nuestra delegación estuvo representando por las estudiantes Daisy Cinira Méndez Cisneros y Gladys Raquel Barrientos La Serna.



El segundo Equipo de Derechos Humanos que participó en la Moot Court 2013 (EE.UU.), estuvo representado por nuestros estudiantes Juan José Janampa Almora y José Luis Enciso Ccopa, siendo la segunda delegación sancristobalina que de manera consecutiva participó del Concurso Interamericano de Derechos Humanos más importante a nivel internacional organizado anualmente por la American University Washington College of Law en el país de Estados Unidos. Nuestros estudiantes son los dos primeros del lado izquierdo. El Coach del equipo fue el Prof. Richard Llacsahuanga Chávez.

GRUPO DE DERECHOS HUMANOS: REALIZA PRIMER TALLER DE DERECHOS HUMANOS



El Primer Taller de Derechos Humanos organizado por el Grupo de Derechos Humanos, contó con la participación como conferencistas del Dr. Fernando Delgado Alvisuri (USMP) y del Prof. Richard Liacsahuanga Chávez (UNMSM, UNSCH), quienes expusieron el tema los "Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional". En la foto, los integrantes del Grupo de Derechos Humanos, impulsado por los estudiantes Juan José Janampa Almora y Rudy Píllipe Yárranga. demás integrantes y conjuntamente con los conferencistas. Ayacucho 08 de Noviembre de 2013.

DERECHO - UNSCH: EN EL ANIVERSARIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO



El Dr. Raúl Palacios, Docente fundador de nuestra Facultad de Derecho, con los Magistrados Superiores egresados de nuestra Facultad.



El Dr. Raúl Palacios, Docente fundador de nuestra Facultad de Derecho, con los Magistrados de primera instancia, todos ellos egresados de nuestra Facultad.

DERECHO - UNSCH: EN EL MODELO DE ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (MOEA)



Recordada participación de nuestra Facultad en el MOEA 2010, organizado por la Organización de Estados Americanos, los mejores alumnos de las diversas series fueron seleccionados para el equipo estudiantil, los docentes instructores fueron el Prof. Richard Liacsahuanga y el Prof. Otoniel Ochoa.