

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje a D. Oscar Díaz Valverde



AÑO 7, NÚM. 6, NOVIEMBRE - 2012, AREQUIPA - PERÚ

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

HOMENAJE A

D. Oscar Díaz Valverde

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje a D. Oscar Díaz Valverde

JULIO ARMAZA GALDOS
DIRECTOR

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ - JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
HÉCTOR DELGADO CASTRO - DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
BERND SCHÜNEMANN (ALEMANIA) - EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (ARGENTINA)
NILO BATISTA (BRASIL) - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ESPAÑA) - JOSÉ CEREZO MIR (ESPAÑA)
ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER (ESPAÑA) - JUAN RAMÓN LACADENA (ESPAÑA)
RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (ESPAÑA)
COMITÉ CONSULTIVO

LUIS VELANDO PUERTAS - LUIS VALENZUELA VALENCIA
MARCO FALCONI PICARDO - MAURO PARI TABOADA
FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA - ANA MARÍA AMADO MENDOZA
CONSEJO DE REDACCIÓN

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje a D. Oscar Díaz Valverde

© De los autores

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
N° 2009-14421
ISSN: 2077-0723
Proyecto Editorial N° 10401000900885

Editorial ADRUS
San José N° 311. Of. 314
Teléf. 054-227330
Editorial_Adrus@hotmail.com
www.editorialadrus.com

La Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Políticas no se solidariza con la doctrina sustentada en los
artículos que publica.

Corrección: Edgar Condori Quilca
Diagramación: Milagros Sacsi Chaucca
Asistencia Editorial: José Vizcarra Ojeda
Diseño de carátula: Cristell Casani Apaza

Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en Arequipa—Perú
Editorial ADRUS

Figuran en la portada los Verri y Beccaria.

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

DR. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ

RECTOR

DR. MANUEL VÁSQUEZ HUERTA

VICERECTOR ACADÉMICO

DR. GASPAR DEL CARPIO RODRÍGUEZ

VICERECTOR ADMINISTRATIVO



Dr. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ
Rector de la UCSM

SUMARIO

Palabras preliminares.....	13
----------------------------	----

I. DOCTRINA

Contenido jurídico e institucional de las cortes castellanas de Madrigal: La hermandad general y otras cuestiones LEANDRO MARTÍNEZ PEÑAS.....	17
Aspectos legales de la notificación a los contactos sexuales del paciente con VIH/SIDA en Costa Rica CARLOS J. VALERIO MONGE.....	39
Forensic DNA banks: European «intersections» ILARIA ANNA COLUSSI.....	53
Muestras biológicas humanas y biobancos para investigación EMILSEN GONZÁLEZ DE CENCINO.....	75
Francisco Mostajo y su trascendencia histórica en Arequipa JORGE LUIS CÁCERES ARCE.....	91
Derechos humanos para principiantes JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	103
Aspectos problemáticos del delito de falsedad en la inversión en los mercados de valores EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA.....	121
El etiquetamiento de las conductas MARY LUZ CATACORA MOLINA.....	145
La arbitrariedad del arbitraje potestativo en el Perú MAURICIO MATOS ZEGARRA.....	147
Rectificación de partidas JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE.....	161

II. SECCIÓN ESTUDIANTEL

La ruptura de las "Relaciones Diplomáticas" (a propósito de la expulsión de diplomáticos Sirios en el mundo) DIEGO ANGULO OSORIO.....	167
---	-----

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Inicio del año lectivo 2012.....	173
Matrícula en la Escuela de Derecho.....	173
Docentes del programa académico de Derecho	173
Personal administrativo.....	174
Personal administrativo del consultorio jurídico.....	174

Conferencias y otras actividades académicas.....	174
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	176
Concurso de Estudiantes.....	176
Clasificación jerarquizada de los alumnos.....	176
Publicaciones de nuestros profesores.....	176
Información sobre profesores vinculados a nuestra facultad.....	177
Necrológia.....	178

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Oscar Díaz Valverde por J. Armaza G.....	183
Entrevista a D. Oscar Díaz Valverde a cargo de Catherine Mejía Uribe.....	185
Hector Delgado Castro por J. Armaza G.....	191

V. DISCURSOS

Discurso de Orden del profesor Luis Velando Puertas con ocasión de los Cincuenta años de creación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas LUIS IVÁN VELANDO PUERTAS.....	195
Evocación del pensamiento libre de D. Manuel de Rivacoba en su vinculación con la vieja institución. HUGO E. MARZI RIVERA.....	207

VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Manuel de Rivacoba y Rivacoba, <i>Violencia y justicia</i>	227
Domingo García Rada, <i>Manual de Derecho Procesal Penal</i>	227
Jaime Coaguila Valdivia, <i>El imaginario judicial en la novela</i>	227
Marildo Menegat, <i>Estudios sobre ruínas</i>	228
Nilo Batista, <i>Et alli, Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal</i>	228
Marco Falconí Picardo, <i>Memoria de la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República del Perú</i>	228
Juan Carlos Valdivia Cano, <i>Now... Historia, poder y resentimiento</i>	229
Juan Guillermo Carpio Muñoz, <i>Diccionario de arequipeñismos</i>	229
Luiz Regis Prado, <i>Bien Jurídico-Penal y Constitución</i>	229
Giovanini Varletti, <i>Dabai, Chelo, Dabai</i>	230

VII. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro.....	235
--------------	-----

VIII. MISCELÁNEA

Crainquebille ANATOLE FRANCE.....	239
--------------------------------------	-----

IX. TESTIMONIOS PERSONALES Y ADHESIONES

Testimonios personales.....	261
-----------------------------	-----

PALABRAS PRELIMINARES

Los números 4 y 5 de la revista institucional, han visto la luz a fines del 2009 y 2011, respectivamente. El primero, sirvió para homenajear al profesor Luis Velando Puertas y, el último, para celebrar los cincuenta años de la creación de nuestra Facultad. Ambas entregas, según es de verse del Índice de Sumarios que contiene el presente número, rescatan dos obras clásicas de subido valor histórico: El Proyecto de Constitución para la República Peruana de Vidaurre y el *Código de Hammurabi*.

No habría sido posible la realización del presente volumen sin las valiosísimas contribuciones de los señores Hugo Marzi Rivera (Chile), Ilaria Anna Colussi (Italia), Leandro Martínez Peñas (España), Emilio José Armaza Armaza (España), Carlos J. Valerio Monge (Costa Rica), Emilssen González de Cancino (Colombia), Luis Velando Puertas, Mauricio Matos Zegarra, Juan Carlos Valdivia Cano y Mary Catacora Molina; reciban todos ellos nuestra sincera gratitud.

La mejor manera de retribuir a un maestro acaso sea superándolo y, en menor medida, trayendo a mientes su imagen. Así las cosas, sirvan las páginas que siguen para recordar la valiosa entrega que como docente hizo D. Oscar Díaz Valverde durante poco más de un cuarto de siglo en estas aulas universitarias.

HÉCTOR DELGADO CASTRO
DECANO

1. DOCTRINA

CONTENIDO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LAS CORTES CASTELLANAS DE MADRIGAL: LA HERMANDAD GENERAL Y OTRAS CUESTIONES

LEANDRO MARTÍNEZ PEÑAS
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

1. Las Cortes de Madrigal

"En plena guerra civil, el ayuntamiento o Cortes de Madrigal de 1476 marcan el inicio de la obra institucionalizadora de los Reyes Católicos, fundamentalmente por las ordenanzas sobre la Hermandad y la cancillería"¹.

En la primavera de 1476 Castilla se encontraba inmersa en el conflicto que ha dado en llamarse "guerra de sucesión castellana", iniciada en 1474 al disputar los derechos al trono de Isabel I un partido nobiliario, respaldado por el rey de Portugal Alfonso V, sustentado en la premisa de que la verdadera heredera del trono de Castilla era Juana, sobrina de Isabel. Derrotados los portugueses en la igualada batalla de Toro y eliminado en su práctica totalidad el apoyo a Juana en suelo castellano, los Reyes Católicos consideraron que había llegado el momento de comenzar a reorganizar el reino de Castilla, aún con la guerra, en su vertiente más internacional Francia había tratado de invadir las fronteras septentrionales de Castilla y Portugal seguía apoyando militarmente a Juana, todavía abierta. El modo de iniciar esta restructuración del Estado, que culminaría cuatro años más tarde en las Cortes de Toledo de 1480, fue realizar una convocatoria de Cortes para el año 1476.

Para convocar las Cortes, el motivo oficial fue jurar a la princesa Isabel, hija mayor de los Reyes Católicos, como heredera del trono de Castilla. A este efecto, Isabel y Fernando convocaron Cortes,

¹ Dios, S. de, *El Consejo real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, 1982, p. 147.

que habían de celebrarse en la localidad abulense de Madrigal², donde había nacido Isabel, si bien "más propiamente debían titularse de Segovia—Madrigal por haberse desarrollado en ambas ciudades. Quizá incluso se pueda sospechar que Madrigal solo fuera el lugar de proclamación del Ordenamiento de las Cortes cuyos hechos más significativos hubieran ocurrido en Segovia". Los reyes llegaron a Madrigal el 6 de abril de 1476, pero el 18 del mismo mes las reuniones ya tenían lugar en Segovia, ya que fue en la ciudad del acueducto donde, en esa fecha, se ratificó en presencia de todos los procuradores, pero sin la presencia de los reyes, el compromiso matrimonial de la princesa Isabel con el príncipe de Capua. El 27 de abril concluyeron las Cortes en Madrigal con la promulgación del ordenamiento³.

Los objetivos de las Cortes de Madrigal, en palabras de Luis Suárez Fernández, fueron:

"Hacer más operativa la maquinaria institucional, aumentar los resortes puestos a disposición del poder real y fijar con mayor precisión el ámbito de relaciones entre el poderío real absoluto que a aquellos (los reyes) pertenecía y los diversos sectores dotados de privilegios"⁴.

Castilla necesitaba que se tomaran medidas con urgencia, pues la guerra de Sucesión había terminado de deteriorar un marco político e institucional ya dañado por las alteraciones del reinado precedente, ejercido por Enrique IV, hermano por parte de padre de Isabel. Por ello, los Reyes llegaron a Madrigal con un programa de actuación bien definido y planeado. Ejemplo de ello es el hecho de que la creación de la Hermandad General se presentó a los procuradores con mucha antelación respecto a la fecha de celebración de las Cortes, de manera que estos, al acudir a la reunión, presentaron ante Isabel y Fernando sus opiniones al respecto⁵, ahorrando un tiempo significativo y permitiendo acelerar el proceso que llevó a la aprobación de la institución⁶, que así expusieron las Cortes, en el primer punto del Ordenamiento de las mismas:

"Muy excelentes Señores, a Vuestra Alteza⁷, es notorio cuán-

² Esta localidad era el lugar natal de la reina Isabel, y donde había pasado sus años de infancia y primera juventud.

³ Carretero Zamora, J. M., *Cortes, Monarquía y ciudades. Las Cortes de Castilla a comienzos de la época moderna (1476-1515)*. Madrid, 1988, pp. 131 y 134.

⁴ *Los Reyes Católicos*, Barcelona, 2004, pp. 154 y 155.

⁵ Gómez Vozmediano, en su excelente tesis doctoral, afirma que al crear en Cortes la Hermandad, los Reyes cedieron a las demandas populares (Gómez Vozmediano, M.F., *La Santa Hermandad Vieja de Ciudad Real en los siglos XVI y XVII*. Tesis doctoral dirigida por el catedrático Enrique Martínez Ruiz, 1992, p. 64).

⁶ Díaz García, J., *La Monarquización de las Instituciones Políticas Españolas realizada por los Reyes Católicos*, en Varios Autores, *De la milicia concejil al reservista. Una historia de generosidad*, Madrid, 2008, p. 109.

⁷ Los reyes de Castilla utilizaban el título de Alteza, tradicional en los reinos

tos robos, y salteamientos, y muertes, y heridas, y prisiones de hombres se hacen e se cometen cada día en estos nuestros Reinos en los caminos e yermos de ellos desde el tiempo que Vuestra Real Señoría reina. A lo cual ha dado causa la entrada de vuestro adversario de Portugal en estos vuestros Reinos, y el favor que algunos caballeros vuestros, rebeldes y desleales, y enemigos de la patria⁸ le han dado. Cuyas gentes, poniéndose en guarniciones, hacen y cometen de cada día los dichos delitos, y otros grandes insultos e maleficios; y como quiera que somos ciertos que Vuestra Alteza desea poner remedio en esto, y punir los malhechores; pero vemos que la guerra en que estáis metidos, y las necesidades que nos ocurren de proveer a los hechos de ellas, no os dan lugar a ello, y porque vemos que vuestros Reinos con las tales cosas son maltratados, hemos pensado en el remedio de esto. Y hemos suplicado a Vuestra Alteza que lo mandare proveer, y vuestra Real Señoría mandó a los del vuestro Consejo que platicasen con nosotros sobre la forma que se debía tener en remediar esto, a lo menos mientras duraban los dichos movimientos y guerras en estos Reinos, porque entre tanto la gente pacífica tuviese seguridad para tratar de buscar su vida, y no fuesen así damnificados y robados; y entre los remedios que para esto se han pensado, parecieron ser el más cierto e más sin costa vuestra que para entretanto se hiciesen Hermandades en todos vuestros Reinos y cada ciudad y villa con su tierra entre sí, y las unas con las otras, y después unos partidos con otros en cierta forma, y de la cual vuestra Alteza mando hacer sus Ordenanzas. Por ende, suplicamos las mande dar por ley para en todos vuestros Reinos para que hayan mayor fuerza e vigor⁹.

Las Cortes, previo diálogo con el Consejo Real, vincularon la creación de la Hermandad directamente a las necesidades de la guerra, que consumía la mayor parte de los recursos regios y, por tanto, privaba a la Corona de medios para atender a la seguridad de villas y campos, salvo que se arbitrara una solución nueva, lo cual pretendía realizarse a través de la creación de la Hermandad:

"Entre los remedios que para esto se han pensado parecieron ser el más cierto y el más sin costa vuestra que para entre tanto se hiciesen hermandades en todos vuestros reinos, cada ciudad y villa con su tierra entre sí y las unas con las otras. Y después unos

peninsulares. El título de Majestad se consideraba reservado solo a la persona del Emperador (Ladero Quesada, M. A., *La genèse de l'état dans les royaumes hispaniques médiévaux* (1250-1450), en Hermann, CH., (coord.), *Le premier âge de l'état en Espagne* (1450-1700). París, 1989, p. 25): Sería con Carlos V, a la sazón también Emperador, cuando el tratamiento de Majestad pasaría a ser habitual entre los reyes de España.

⁸ Sobre los conceptos de patria y patriotismo a finales de la Edad Media, ver Kantorowicz, E. H., *Pro patria mori in Medieval political thought*, en *American Historical Review*, 56, 1951; y Housley, N., *Pro deo et patria mori: Sanctified patriotism in Europe, 1400-1600*, en Contamine, P., (ed.), *War and competition between states*, Oxford, 2000.

⁹ Sin Autor, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, Madrid, 1882, vol. IV, p. 2.

partidos con otros en cierta forma, de la cual vuestra alteza mandó hacer sus ordenanzas. Por ende suplicamos que las mande dar por ley para en todos vuestros reinos, porque hayan mayor fuerza y vigor¹⁰.

Además de la creación de la Hermandad, las Cortes de Madrigal han pasado a la Historia por el enorme servicio concedido a los Reyes, más de 160 millones de maravedíes, el más grande nunca concedido a un rey por unas Cortes castellanas¹¹. Pese a lo imponente de la cantidad concedida, lo cierto es que, en la práctica, su recaudación fue tan dificultosa e irregular que puede hablarse de que el servicio de Madrigal, en cuanto a recurso económico, fue un fracaso, dado que la mayor parte de las ciudades se ampararon en sus privilegios para no participar del servicio y los Reyes, aún no lo bastante fuertes como para enfrentarse a algunas de las principales villas del reino, no quisieron imponerlo por la fuerza. Carecían además Isabel y Fernando de argumentos jurídicos para forzar esta imposición, puesto que ellos mismos, previamente, habían confirmado las "cartas de franqueza" que otorgaban a las ciudades los privilegios a los que ahora recurrían para evitar el pago¹². En las Cortes, además, Isabel y Fernando trataron de aumentar su control sobre los recursos financieros y militares. En el primer campo, buscaron estabilizar la moneda y restaurar, siquiera parcialmente, el régimen de ingresos fiscales. En el segundo, crearon la Hermandad.

Si bien la creación de la Hermandad y la concesión del servicio oscurecen los demás asuntos tratados en Madrigal, estos fueron muchos, variados y de importancia. Así, en la novena petición, las Cortes solicitaron que se revocaran las mercedes y los juros de heredad hechos por Enrique IV desde 1464 en adelante¹³; sin embargo, pese a la necesidad de recursos monetarios que tenían Isabel y Fernando para afrontar la guerra, conscientes de que una medida así podría hacerles perder, entre la nobleza, apoyos que les eran fundamentales, respondieron que los monarcas "tienen por servido lo contenido en esta petición, y por ahora no se puede hacer". Otra de las peticiones de los procuradores, la reducción del número de las Contadurías Mayores de Hacienda y de las Contadurías Mayores de Cuentas, que Enrique IV había elevado a tres y las Cortes querían reducir de nuevo a dos, fue atendida solo en parte: Los reyes respondieron que lo harían en el futuro, pero

¹⁰ Sin Autor, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, vol. IV, p. 3.

¹¹ Tal fue el importe del servicio, que hasta las Cortes de Sevilla del año 1500, casi un cuarto de siglo después de las de Madrigal, los Reyes no volvieron a solicitar un servicio las Cortes de Castilla.

¹² Carretero Zamora, *Cortes, Monarquía y ciudades*, p. 67.

¹³ Los juros consistían en la enajenación perpetua de una renta real a favor de la nobleza a cambio de un único pago al tesoro real, que solía rondar el décuplo del valor anual de la renta. De esta forma, en los años anteriores a las Cortes de Madrigal, la Corona había visto tremendamente reducidas sus rentas, que habían pasado, mediante enormes cantidades concedidas a los nobles mediante juros, a manos de la nobleza.

no de forma activa, sino limitándose a no proveer el cargo cuando aquellas vacaran, subsumiéndolas en las restantes.

Las Cortes pidieron que la jurisdicción eclesiástica se limitara a los casos que le correspondían estrictamente, poniéndose fin a la tendencia cada vez mayor a extender su jurisdicción sobre los legos. Para asegurar el cumplimiento de estos límites, los procuradores solicitaban que se impusiera a quien se extralimitara las penas que, para dichos casos, habían sido fijadas en las Cortes de 1455. Los reyes accedieron, como también lo hicieron a la decimoctava petición presentada, que se relacionaba con la política impositiva: Los procuradores se quejaron de que tuvieran consideración de armas, al efecto del pago fiscal de las alcabalas, determinados objetos relacionados con el arte de la guerra pero que no eran propiamente armas. Era el caso de diferentes útiles de montar, como sillas de montar, espuelas y frenos. Los reyes dieron la razón a las Cortes y declararon:

"Las sillas, frenos y espuelas y estribos no son ni deben ser tenidos como armas. Por ende, ordenamos y mandamos que de aquí adelante todos los silleros y freneros y las otras personas que vendieren sillas, y frenos y espuelas y estribos o cualquier cosa de ellos, paguen a nos llanamente la alcabala"¹⁴.

Las Cortes de Madrigal destacaron por otra cuestión, a la que no se le suele prestar demasiada atención: en ellas, los Reyes Católicos suprimieron el discurso de apertura, que, hasta ese momento, corría a cargo de los procuradores, sustituyéndolo por un discurso que pronunciaba el mismo monarca. Se trató, en palabras de Nieto Soria de la "liquidación de un procedimiento solemne de expresión del diálogo de la Monarquía con la comunidad política, en este caso representada por los procuradores de las ciudades"¹⁵.

El control ejercido por los monarcas sobre los procuradores presentes en Madrigal fue completo, lo cual obedecía, en buena medida, a la situación de guerra que vivía el reino¹⁶. Muchos de los procuradores de las dieciséis ciudades con derecho a enviar representación a las Cortes fueron escogidos directamente por los Reyes de entre personas de su entorno o confianza. Además, varias de las ciudades solo pudieron presentar en las Cortes un único procurador, en vez de los dos que le correspondían, ya fuera porque había sido imposible alcanzar un acuerdo sobre la designación del segundo procurador, bien porque, en algunos casos, se produjeron problemas con la documentación

¹⁴ Sin Autor, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, vol. IV, pp. 67, 69, 75 y 77.

¹⁵ De la epístola al discurso político: ecos del diálogo entre gobernantes y gobernados en Castilla Ca. 1450-1480, en Challet, V.; Genet, J. P.; Rafael Oliva, H.; Valdeón, J., *La sociedad política a fines del siglo XV en los reinos ibéricos y en Europa*. Valladolid, 2007, p. 123.

¹⁶ Ladero Quesada, M. A., *Los Reyes Católicos: La Corona y la unidad de España*. Valencia, 1989, p. 31.

acreditativa, demasiado imprecisa¹⁷.

De hecho, como señala Carretero Zamora, cabe plantearse serias dudas sobre la representatividad de los procuradores enviados por las ciudades a las Cortes de Madrigal. Así, los procuradores de Toro, Córdoba y Madrid no tenían poderes entregados por sus ciudades; otras enviaron solo un representante, elegidos con mucha antelación, más de un año, caso de León, Toledo, Sevilla, Córdoba, Segovia, Guadalajara y Cuenca. La vigencia de los poderes tanto tiempo era claramente irregular. Solo Toledo, Zamora y Salamanca enviaron procuradores cuyos poderes tenían seis meses o menos de antigüedad, y solo Murcia envió procuradores cuyos poderes tuvieran menos de tres meses en el momento de iniciarse las Cortes; todo ello era, cuando menos, irregular¹⁸.

En su conjunto, los procuradores presentaron tan solo treinta y ocho peticiones a los monarcas, un número ciertamente reducido en comparación con Cortes anteriores, y más si tenemos en cuenta las especiales circunstancias en las que se encontraba el reino, sumido en una guerra civil que, en principio, parece que hubiera debido provocar numerosas peticiones a la Corona por parte de las villas y ciudades. Merece la pena resaltar que, de las treinta y ocho, cuatro peticiones estaban destinadas de forma expresa y específica a limitar las actividades económicas de los judíos.

Tras las Cortes, Fernando marchó al Norte, levantando, con el subsidio recibido, tropas para proteger Castilla de un posible ataque francés¹⁹ y para hacer frente a las actividades del corsario galo CasenoveCoulon, que había atacado en 1475 La Coruña y, en el año siguiente, Ribadeo, amenazando el lucrativo comercio de los puertos peninsulares con Flandes.

2. Las Hermandades

El origen de las Hermandades en Castilla se remonta, al menos, al siglo XII²⁰, muy ligadas al crecimiento y al desarrollo de las ciudades²¹ y también, muy directamente, con los intereses de los apicultores que, siendo residentes en núcleos urbanos, tenían sus explotaciones en zonas de monte o descampado²². Se expandieron

¹⁷ Carretero Zamora, *Cortes, Monarquía y ciudades*, p. 8.

¹⁸ Carretero Zamora, *Cortes, Monarquía y ciudades*, p. 135.

¹⁹ Estas tropas las levantó Fernando con el dinero del subsidio que le acababa de ser concedido a la Corona en Madrigal (Suárez Fernández, *Los Reyes Católicos*, p. 161).

²⁰ En el año 1110 sitúa el nacimiento de las primeras Hermandades Cruz Barney, O., *La suspensión de las garantías constitucionales a salteadores y plagiaros ¿Un tribunal de la acordada en 1871?*, en Varios Autores, *De la milicia concejil al reservista. Una historia de generosidad*, Madrid, 2008, p. 277.

²¹ Álvarez De Morales, A., *La evolución de las Hermandades en el siglo XV*, en Varios Autores, *De la milicia concejil al reservista. Una historia de generosidad*, Madrid, 2008, p. 93.

²² Martínez Ruiz, E., y Gómez Vozmediano, F., *La jurisdicción de la Hermandad*, en Martínez Ruiz, E., y Pazzis Pi, M. de, (coords.), *Instituciones de la España Moderna, las jurisdicciones*, Madrid, 1996, vol. I, p. 251.

durante el periodo de enfrentamientos entre Alfonso X y el infante don Sancho, que impulsó la creación de estas instituciones, poniendo por primera vez de manifiesto el valor que podían adquirir en un contexto de luchas políticas²³. Volverían a hacer su aparición durante las minorías de edad de Fernando IV y de Alfonso XI, lo cual habla del carácter coyuntural que, en un primer momento, poseían este tipo de organizaciones, surgidas en periodos de desorden o de debilidad de la Corona o sus titulares²⁴.

Uno de los elementos característicos de la justicia de la Hermandad era el hecho de que estaban autorizados a ejecutar de forma inmediata el castigo sobre aquellos delincuentes que hubieran sido sorprendidos en la ejecución de un delito incluido dentro de la jurisdicción de la Hermandad:

"Tiene un origen remoto en la venganza privada como principio básico del sistema penal. Este procedimiento era conocido tanto en el derecho romano como en el derecho germánico; por consiguiente, sería difícil precisar cuáles son los orígenes del procedimiento en el derecho medieval español, pues lo lógico será pensar que nace de una doble tradición común. Los fueros medievales hablan profusamente de este procedimiento y de otros parecidos que los autores alemanes denominan extraordinarios y que los autores españoles denominan especiales en atención a que se desarrollan con arreglo a una forma procesal singular. La evolución que a lo largo de la Edad Media tuvo este procedimiento estuvo marcada por el esfuerzo por parte del poder real de intervenir en el procedimiento de forma que la justicia popular fuese sustituida por la justicia real, sin embargo, la necesidad en que se encontraron de permitir las Hermandades las obligó a transigir en este procedimiento que era el característico de ellas"²⁵.

De igual forma, la Corona trató de reducir al mínimo indispensable —es decir, a unos pocos delitos de notable gravedad— los casos que quedaban dentro de las competencias de las Hermandades, pero su fracaso en este campo fue notorio hasta el reinado de Fernando e Isabel²⁶.

En el reinado de Enrique IV las Hermandades alcanzaron su

²³ Álvarez De Morales, *La evolución de las Hermandades en el siglo XV*, p. 94.

²⁴ Sánchez Benito, J. M., *Notas sobre la Junta General de la Hermandad en tiempos de los Reyes Católicos*, p. 148.

²⁵ Álvarez de Morales, *La evolución de las Hermandades en el siglo XV*, p. 94.

²⁶ Enrique IV ya realizó un esfuerzo significativo en este campo, al tratar de limitar las competencias judiciales de los tribunales de la hermandad a la punición de la acuñación de la moneda a una ley inferior de lo prescrito, la incriminación del robo (diferenciado del hurto) y del incendio voluntario, así como el castigo de los crímenes habituales de la quiebra de la paz pública, como por ejemplo el ultraje y la violación, el homicidio y la captura ilegal, crímenes, sin embargo, que los alguaciles sólo podían perseguir penalmente al otro lado de las murallas de la ciudad, en los denominados despoblados" (Suárez Varela, A., *La conjuración comunera. De la antigua germanitas a la confederación de Tordesillas*, en *HID*, núm. 34, 2007, p. 252).

punto de máximo esplendor, al multiplicarse, a causa de la guerra y la anarquía consecuente, el bandolerismo, la delincuencia y la pérdida de seguridad en los espacios rurales y de tránsito, donde la débil autoridad real era incapaz de imponer el respeto de las leyes y de garantizar unos mínimos de seguridad a los ciudadanos del reino. En este contexto, se intentó crear una entidad unificada, con la unión confederal de Castronuño, en 1467, en el punto más álgido de la guerra entre Enrique IV y los nobles que defendían el derecho al trono del infante Alfonso²⁷.

En 1473, Enrique IV, un año antes de su muerte, cedió a las peticiones de los procuradores y permitió que se creara una Hermandad nueva general de los reinos de Castilla y León, que, sin embargo, fue disuelta antes de que tuviera una existencia real²⁸.

3. La Hermandad General²⁹

Al subir Isabel al trono, la situación era propicia para el surgimiento de Hermandades, según los parámetros anteriores que parecían favorecer la aparición de este tipo de instituciones —inestabilidad, debilidad del poder real, violencia...³⁰—. De devastador se puede calificar el cuadro que del estado de Castilla, en materia de seguridad, pintaba, en 1473, el cronista Hernando del Pulgar en una carta destinada al obispo de Coria:

“El duque de Medina con el marqués de Cádiz, el conde de Cabra, con don Alonso de Aguilar, tienen cargo de destituir toda aquella tierra de Andalucía...: la provincia de León es devastada por don Alonso de Monroy, maestre de Alcántara; en Toledo, alcázar de emperadores, grandes y chicos, todos viven una vida por cierto bien triste y desventurada; Medina, Valladolid, Toro, Zamora, Salamanca, están bajo la codicia del alcalde de Castronuño, Pedro de Mendoza, unos de los mayores facinerosos, que ha puesto a rescate la mayor parte de las ciudades de Castilla la Vieja; los procuradores del reino varias veces se juntaron para poner remedio, e mirad cuán crudo está aún este humor e cuán rebelde, que nunca hallaron medicina para le curar, y desesperados ya de remedio, se han dejado ello. Las guerras de Galicia, de que nos solíamos espeluznar, ya las reputamos de tolerables y aún lícitas: el condestable, el conde de Treviño, con esos caballeros de las Montañas, trabajan asaz para asolar toda aquella tierra hasta Fuenterrabía, y creo que salgan con ello según la priesa que le dan. No hay más Castilla, si no, más guerras habría (...) Las

²⁷ Suárez Varela, A., *La conjuración comunera. De la antigua germanitas a la confederación de Tordesillas*, en *HID*, núm. 34, 2007, p. 250.

²⁸ Martínez Ruiz, *Algunas reflexiones sobre la Santa Hermandad*, p. 96.

²⁹ Pese a que con harta frecuencia puedan encontrarse referencias a esta institución como Santa Hermandad, lo cierto es que, durante su existencia, nunca utilizó tal apelativo (Suárez Fernández, *Los Reyes Católicos*, p. 158).

³⁰ Situación que la guerra comenzada en 1475 no hizo sino agravar (Martínez Ruiz, *Algunas reflexiones sobre la Santa Hermandad*, p. 96).

muerter, robos, quemas, injurias, asonadas, desafíos, fuerzas, ayuntamientos...³¹.

No les faltaba a los Reyes, por tanto, justificación a la hora de crear una institución para tratar de controlar la situación en materia de seguridad; pudieron Isabel y Fernando seguir los modelos tradicionales de Hermandad, que convertía a estas corporaciones en un producto de la iniciativa urbana. Sin embargo, la Hermandad General surgió a iniciativa de la Corona, institución a la cual pertenecerá el protagonismo tanto en su creación como en su desarrollo³², de forma que toda ciudad que no cumpla con orden regia de integrarse en la Hermandad en el plazo de treinta días después de la promulgación de la orden, recibiría una multa de 20.000 maravedíes, cuyo montante se repartirían a partes iguales la Corona y la propia Hermandad³³.

Aceptada la propuesta de las Cortes de Madrigal por los Reyes, esta se remitió al Consejo Real, que elaboró unas normas, el Ordenamiento de Madrigal, auténtica carta fundacional de la Hermandad General, aprobado por Isabel y Fernando el 19 de abril de 1476. Se trata de un texto formado por un preámbulo y once capítulos, que los Reyes enviaron mediante cartas para hacer obligatorio su cumplimiento en todo el reino de Castilla a partir de los treinta días desde el momento en que se hicieron públicas las cartas. El Ordenamiento denota que se trata de un proyecto de gran alcance que introduce significativas mejoras en campos relacionados con la objetividad de la justicia y las garantías de los acusados. Limitaba los privilegios jurisdiccionales, al dar jurisdicción a la Hermandad para perseguir los delitos que le eran propios en todo el territorio, incluidos los señoríos jurisdiccionales, ya fueran laicos o eclesiásticos³⁴.

Fernando se encontraba sitiando en Burgos al duque de Arévalo, activo partidario de doña Juana en la guerra de Sucesión, cuando le informaron de que las Cortes habían dado el visto bueno al proyecto de la Hermandad, lo cual puede explicar por qué el cronista Palencia informa de que la Hermandad se creó en Burgos en 1475³⁵.

Se estableció que la primera junta tuviera lugar en la ciudad de Cigales, en junio de 1476. En esta junta se fijó que la Herman-

³¹ Citado en Martínez Ruiz, E., *Algunas reflexiones sobre la Santa Hermandad*, en Cuadernos de Historia Moderna, núm. 13, 1992, p. 92.

³² Sánchez Benito, *Notas sobre la Junta General de la Hermandad en tiempos de los Reyes Católicos*, p. 151.

³³ Sin Autor, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, vol. IV, p. 5.

³⁴ Martínez Ruiz, *Algunas reflexiones sobre la Santa Hermandad*, p. 97. Estos señoríos habían disparado su extensión en los siglos XIV y XV, y no solo en Castilla; un fenómeno análogo, por ejemplo, se había producido en Portugal (Oliveira Marques, *Portugal nacrise dos séculos XIV e XV*, p. 238).

³⁵ López Martínez, C., *La Santa Hermandad de los Reyes Católicos*, Sevilla, 1921, p. 5.

dad se financiaría a través de un impuesto sobre el transporte de mercancías, excluido cualquier tipo de carne³⁶, lo constituía una diferencia muy importante respecto al sistema de financiación de las Hermandades anteriores, fundamentado en las sisas sobre arbitrios municipales³⁷. Una segunda junta tuvo lugar en Dueñas, el 25 de julio de 1476³⁸, definiendo, entre otras cuestiones, el número de hombres que debía mantener equipados cada una de las provincias en que dividía el territorio de Castilla la Hermandad. La siguiente junta, celebrada en Toro el 12 de diciembre de 1476, amonestó a varias ciudades que aún no habían jurado la Hermandad, como habían solicitado los monarcas, y dos juntas más tuvieron lugar en el año 1477, una de nuevo en Dueñas y otra en Burgos.

Cinco juntas en un año denota la febril actividad organizativa para poner a punto una entidad que los Reyes no tenían intención de fuera meramente nominal, sino una fuerza que extendiera la seguridad, el cumplimiento de la ley y, en último caso, el poder real, a la totalidad del reino. En la junta de Burgos ya se convocó a los delegados de las tierras de Toledo y de Andalucía, lugares donde la iniciativa regia había recibido una fuerte oposición³⁹.

Las reuniones del órgano supremo, la junta, comenzaban con la lectura de las propuestas de los reyes a la Hermandad, algo bien significativo que muestra el decisivo control regio sobre la institución, algo que se manifestó en que, durante largo tiempo,

³⁶ Suárez Fernández, *Los Reyes Católicos*, p. 175.

³⁷ Suárez Varela, A., *La conjuración comunera. De la antigua germanitas a la confederación de Tordesillas*, en *HID*, núm. 34, 2007, p. 253. No todas las Hermandades viejas se financiaban mediante sisas; la Hermandad de Toledo, por ejemplo, se financiaba con la asadura, un gravamen sobre el tránsito de ganado que consistía en la entrega de una res o de su valor cada un número determinado de cabezas (Sánchez Benito, J. M., *La Hermandad de los Montes de Toledo entre los siglos XIV y XV*, en *Espacio, Tiempo y Forma, Serie III, Historia Medieval*, núm. 18, 2005, p. 223).

³⁸ Lo mismo ocurriría en 1483, cuando la junta había de celebrarse en Alcalá de Henares a principios de noviembre, pero para que pudieran asistir los Reyes se retrasó hasta el día 15 de dicho mes, teniendo lugar, finalmente, en Miranda de Ebro (López Martínez, *La Santa Hermandad de los Reyes Católicos*, p. 12).

³⁹ La mayor oposición la planteó el duque de Medina Sidonia, que expulsó de sus tierras a los emisarios reales; el duque terminó por aceptar nominalmente la Hermandad, pero hasta que la reina no visitó en persona sus dominios andaluces no hubo una aplicación real de la Hermandad en la zona (Martínez Ruiz, *Algunas reflexiones sobre la Santa Hermandad*, p. 99). Sobre ese viaje de Isabel, ver Foronda, F., *Las audiencias públicas de la reina Isabel en Sevilla, 1477. ¿La resorción administrativa de un improbable ritual de gobierno?*, en Nieto Soria, J. M., y López-Cordón Cortezo, M. V., (eds.), *Gobernar en tiempos de crisis. Las quiebras dinásticas en el ámbito hispánico (1250-1808)*. Madrid, 2008. *Sobre la nobleza andaluza en el siglo XV* ver ValdeonBaruque, J., *La nobleza andaluza de la Baja Edad media*, en Reglero De La Fuente, C. M., (coord.), *Poder y sociedad en la baja Edad Media hispánica. Estudios en homenaje al profesor Luis Vicente Díaz Martín*. Valladolid, 2002, vol. I. Sobre el caso específico de las tierras vascas, ver OrellanaUnzué, J. L., *Las Hermandades vascas en el marco de la Santa Hermandad como instrumento de control de delitos e impartición de penas*, en *Clio & Crimen*, núm 3, 2006.

las juntas estuvieron presididas por hombres de la máxima confianza de los monarcas, que controlaron cuidadosamente su designación⁴⁰. Fueron la junta general y las personas que al frente pusieron los reyes quienes realizaron el núcleo del esfuerzo organizativo de la Hermandad y quienes gestionaron, a lo largo de los años en que existió la institución, los recursos, la estructura y el aparato administrativo y jurisdiccional de la misma⁴¹.

A través de la ley de Madrigal, se dotó a la Hermandad de jurisdicción sobre una amplia gama de delitos, los llamados "casos de Hermandad". Se trató, fundamentalmente, de cinco grupos de delitos: robos y crímenes cometidos en despoblado; crímenes cuando el malhechor abandonara el poblado donde cometió el crimen; todo "quebrantamiento de casa"; todo "quebrantamiento de mujer"; y el quinto cuando alguien desobedeciera a los oficiales de justicia⁴². En este sentido, cabe señalar que Fernando e Isabel lograron el éxito en un campo en el que los monarcas anteriores habían fracasado: el de delimitar taxativamente los casos que eran jurisdicción de la Hermandad, algo que había sido problemático en el caso de las Hermandades Viejas, que trataban de ampliar sus facultades a cada vez más asuntos⁴³. A estas funciones jurisdiccionales, en los primeros años, se añadió la toma de un buen número de pequeñas fortalezas que habían quedado en manos de grupos armados o de bandas de malhechores⁴⁴. En esta línea se inscribe, por ejemplo, la actuación de las fuerzas de la Hermandad que, ya en el año de su fundación, 1476, tomaron al asalto la fortaleza de Las Navas.

Para minimizar las protestas de las ciudades por la creación de la Hermandad y de los recursos fiscales destinados a sostenerla, los Reyes se comprometieron a que las ciudades que participaran no serían objeto, mientras durase esa contribución, de nuevos repartimientos, medida esta que, quizá, contribuya a explicar por qué entre el servicio de Cortes de 1476 y el de 1500 —casualmente o no, poco menos de dos años después de la desaparición de la

⁴⁰ Sánchez Benito, *Notas sobre la Junta General de la Hermandad en tiempos de los Reyes Católicos*, p. 152 a 53.

⁴¹ Este aspecto ha sido ampliamente tratado en Lunenfeld, M., *The Council of the Santa Hermandad*, Miami, 1971.

⁴² Así fijaron las Cortes de Madrigal la jurisdicción de la Hermandad: "Que la hermandad sea hecha solo para los casos siguientes: salteamiento de caminos y robo de bienes muebles y semovientes y muerte y herida de hombre y prisión de hombres hecha por propia autoridad y sin mandamiento nuestro o de otro juez por carta patenten y quema de casas y viñas y mieses, y cometiendo las dichas cosas o cualquiera de ellas en el campo o yermo o despoblado y que todo lugar de cincuenta vecino para abajo sea habido por yermo y despoblado" (Sin Autor, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, vol. IV, p. 5).

⁴³ En ocasiones, llegaron a asumir, de facto al menos, la mayor parte de la jurisdicción penal (Alvárez de Morales, *La evolución de las Hermandades en el siglo XV*, p. 95).

⁴⁴ Otro delito que, con el tiempo, cayó dentro de los casos de Hermandad fue la malversación de fondos cuando los fondos malversados hubieran sido los de la propia Hermandad.

Hermanidad— no hubo petición de servicios a las Cortes castellanas. Con estas medidas se pretendía convertir la Hermanidad en un cauce fiscal sustitutivo de los servicios de Cortes, además de convertirla en un elemento cohesionador de las ciudades que facilitase su control, ante “el fracaso inicial de las Cortes como institución unificadora de las voluntades políticas del reino”. Esto explicaría por qué las ciudades que no ingresaran en la Hermanidad en los plazos previstos no serían simplemente sancionadas, sino declaradas “rebeldes y contumaces”⁴⁵.

La junta de Almazán, en 1496, prolongó por última vez la existencia de la Hermanidad, y los Reyes Católicos decidieron suprimirla a través de una pragmática dictada en Zaragoza el 29 de junio de 1498, alegando que, si bien la necesidad de pacificar sus reinos y señoríos, recuperar el patrimonio de la Corona, tomar Granada y la guerra con Francia, habían justificado las siete prorrogas sucesivas de la Hermanidad sobre su duración prevista inicialmente, estos problemas habían sido solucionados, y declaraban que desde el 15 de agosto se levantaban los tributos que durante veintidós años se habían cobrado para financiar la Hermanidad, lo cual, en la práctica, suponía su desaparición institucional tal y como había existido hasta ese momento.

Fernando, satisfecho con el desempeño de la Hermanidad en sus primeros años de existencia, trató de implantarla en Aragón en 1480. Esta cuestión se trató en la Cortes castellanas de Toledo, en el año 1480, donde se dio el visto bueno a que Fernando exportara el modelo de la Hermanidad a la Corona de Aragón. Sin embargo, cuando se intentó, el rey topó con la oposición del justicia mayor de Aragón, Juan de Lanuza, y de buena parte de la nobleza aragonesa, por lo cual Fernando hubo de desistir hasta el año 1487, en que llevó a cabo su propósito, justificando la instauración de la Hermanidad en Aragón en “los bandos y alteraciones registradas por la notoria negligencia en la administración de justicia”. De su aplicación se exceptuó al condado de Ribagorza, dado que poseía un fuero especial que hacía que se rigiera por las leyes de las veguerías de Cataluña. La Hermanidad aragonesa fue reformada en las Cortes de Zaragoza de 1493, hasta el punto que difícilmente puede hablarse de su subsistencia como tal Hermanidad con posterioridad a esa fecha; en cualquier caso, las Cortes de Monzón de 1510 la suprimieron de forma oficial y definitiva.

Un dato anecdótico, pero significativo, es el hecho de que las tropas de la Hermanidad fueron el primer ejército occidental en pisar suelo americano, ya que una cédula de 23 de mayo de 1493 ordenaba que treinta lanzas jinetas de la Hermanidad, acantonadas en Granada, acompañaran a Cristóbal Colón en su segundo viaje a América⁴⁶.

En cuanto a la eficacia de la Hermanidad, como es lógico, no

⁴⁵ Carretero Zamora, *Cortes, Monarquía y ciudades*, p. 148.

⁴⁶ Codoín, vol. XXX, Madrid, 1878, pp. 68 y 69.

erradicó de inmediato la criminalidad. En 1492, dieciséis años después del establecimiento de la Hermandad, eran muchos los crímenes que se reprimían, señal inequívoca de un alto nivel de delincuencia⁴⁷. No obstante, su organización y funcionamiento fueron notables para los parámetros de la época, hasta el punto de que se ha llegado a decir que "la Hermandad era un Estado dentro de otro, o mejor dicho, el único Estado que entonces existía en Castilla"⁴⁸. Entre los autores que rechazan la visión idealizada de la pacificación inmediata del reino por Isabel y Fernando, puede citarse a Joseph Pérez:

"Denunciemos, en primer lugar, una falsificación histórica, montada pieza por pieza por cronistas oficiales y asalariados, demasiado interesados en ensombrececer el reinado precedente para exaltar mejor la obra de los Reyes Católicos. No, el reinado de Fernando e Isabel no es un comienzo absoluto; la sola presencia de los soberanos no bastó para asegurar, como por encanto, el orden, la justicia, la paz social, como prueba la lista de crímenes reprimidos aún en 1492-1493, más de quince años después de la guerra de sucesión. Es un lugar común de la historiografía de los Reyes, y más especialmente de Isabel, que se convierte a menudo en hagiografía, empezar cualquier estudio del reinado por un capítulo sobre la anarquía interior, la que hacía estragos antes de 1475. Después de 1475 renace la calma, una policía eficaz persigue a los malhechores, garantiza a los comerciantes y a los viajeros la libre circulación en todas las vías de reino. Imagen ideal, imagen falsa. Hay que matizar el cuadro. No se resta nada a los Reyes Católicos insinuando que, en muchos puntos, se limitaron a proseguir con mayor eficacia, más autoridad e inteligencia, una labor esbozada por sus predecesores; restaurar el Estado, reforzar el poder frente a lo feudal; su obra en materia de orden público se inscribe en este plano"⁴⁹.

En cualquier caso, la creación de la Hermandad General no supuso la desaparición de las Hermandades anteriores, sino que estas quedaron bajo control de la General, al colocar la frente de cada una de las Hermandades viejas existentes la figura de un ejecutor o juez de la Hermandad General⁵⁰.

4. La Hermandad General como evolución o como institución de nuevo cuño

⁴⁷ Sobre la criminalidad en Castilla ver Córdoba De La Llave, R., *Violencia cotidiana en Castilla a fines de la Edad Media*, en Iglesia Duarte, J. A. de la, (coord.), *Conflictos sociales, políticos e intelectuales en la España de los siglos XIV y XV*. Nájera, 2003.

⁴⁸ Puyol Alonso, J., *Las hermandades de Castilla y León*. Estudio histórico seguido de las Ordenanzas de Castronuño, Madrid, 1913, pp. 84-85.

⁴⁹ Los Reyes Católicos. Madrid, 1986, p. 36.

⁵⁰ Martínez Ruiz, E., y Gómez Vozmediano, F., *La jurisdicción de la Hermandad*, en Martínez Ruiz, E., y Pazzis Pi, M. de, (coords), *Instituciones de la España Moderna, las jurisdicciones*, Madrid, 1996, vol. I, p. 230.

Según Suárez Varela, las Hermandades, en el periodo previo a los Reyes Católicos, se desarrollaron fundamentalmente por dos motivos: "como movimiento comunal de oposición contra los desafueros y contrafueros del monarca y, por otro, como movimiento de resistencia contra el proceso de transformación del derecho, es decir, contra la dinámica centralizadora promovida por la monarquía (...) En el transcurso del siglo XV, las hermandades desarrollan una jurisdicción de paz territorial que desafía cada vez más el poder jurisdiccional del rey en causas criminales y que al mismo tiempo tiende a convertirse en una jurisdicción exclusiva"; es decir, se produce una competencia jurídica entre las Hermandades y la Corona, que solo será solventada con la Hermandad General de Isabel y Fernando⁵¹.

Si las Hermandades anteriores respondían a una iniciativa y a unos intereses fundamentalmente concejiles, eso no era así en el caso de la Hermandad General, ni en el impulso para su creación, ni en su funcionamiento, ni en la fijación de sus ordenanzas, ni en sus objetivos últimos:

"Las ciudades habían perdido la iniciativa y los acuerdos responden a las conveniencias e intenciones de la Corona, de suerte que no hay ningún motivo para pensar que el origen de las ordenanzas estuviesen los procuradores sino en el poder central al que se deben todos los preceptos que eran expuestos en presencia de aquellos, forzada a preocuparse prioritariamente por los aspectos económicos una vez que la Hermandad pudo funcionar de manera regular, concluidos los difíciles tiempos del comienzo del reinado"⁵².

Las Juntas de la Hermandad, durante la guerra de Granada, sirvieron para movilizar medios y recursos humanos para un objetivo, la toma del reino musulmán, que no tenía nada que ver ni con la seguridad de los caminos ni con los intereses concejiles, sino con una política global de la Monarquía⁵³. Lo mismo puede decirse de lo que ocurriría más tarde durante las guerras de Nápoles de 1494-96 y de 1502 al 1503.

Pese a la intervención de las tropas de la Hermandad en dichas guerras, algunos autores rechazan el catalogar a la institución

⁵¹ La conjuración comunera. De la antigua germanitas a la confederación de Tordesillas, pp. 254 y 255.

⁵² Sánchez Benito, *Notas sobre la Junta General de la Hermandad en tiempos de los Reyes Católicos*, p. 159.

⁵³ En la guerra de Granada, las lanzas de la Hermandad destacaron como fuerzas disciplinadas y de gran eficacia. En la junta de Pinto, en 1483, los Reyes pidieron a la Hermandad 8.000 hombres y el doble de animales de carga para llevar los víveres necesarios para socorrer Alhama; en la junta de Orgaz, en noviembre del mismo año, pidieron a la Hermandad una contribución extraordinaria para los gastos de la guerra, entregando la Hermandad más de diez millones de maravedíes. Dicha suma era tan enorme que, ese año, Isabel y Fernando suspendieron la contribución ordinaria, pagando la totalidad de las tropas con el dinero facilitado por la Hermandad.

como un ejército⁵⁴. Luis Suárez Fernández afirma que fue una institución de tránsito hacia el ejército permanente de épocas posteriores⁵⁵, algo que en modo alguno puede aplicarse, ni remotamente, a las Hermandades anteriores.

Otra diferencia importante que refleja el hecho de que la Hermandad creada por los Reyes Católicos tenía pocas semejanzas con las anteriores, es el hecho de que si, tradicionalmente, los municipios que lo deseaban creaban Hermandades de forma autónoma y voluntaria, en esta ocasión no solo no eran los concejos quienes creaban la institución, sino que no podían elegir si participar o no, ya que Isabel y Fernando determinaron que la participación en la Hermandad era obligatoria para los concejos⁵⁶.

Otro elemento que evidencia la estatalización de la Hermandad de los Reyes Católicos es el hecho de el capitán general de la misma, su máxima autoridad⁵⁷, era nombrado directamente por los monarcas, sin intervención de los concejos, de la junta de la Hermandad, de las Cortes o de cualquier otro órgano⁵⁸. Ahondando aún más en este aspecto, debe señalarse que el primer capitán general que tuvo la Hermandad General fue el duque de Villahermosa, hijo ilegítimo de Juan II de Aragón y, por tanto, hermano de padre del rey Fernando, si bien el verdadero hombre fuerte de la institución era Alonso de Quintanilla: nuevamente, otra persona vinculada estrechamente a los monarcas⁵⁹.

En la misma línea —la Hermandad como órgano real— apunta el hecho de que las reuniones de la Junta General comenzaban con la lectura y el debate sobre las proposiciones reales, y solo una vez solventadas estas, en la inmensa mayoría de los casos, por no decir todos, con la aprobación de la petición real, se comenzaba a debatir sobre las propuestas y peticiones de los procuradores.

De lo dicho es ilustrativo el momento crítico que supuso para la Hermandad la Junta de Dueñas del año 1477. En dicha junta, satisfechos con el funcionamiento de la institución, los soberanos decidieron prorrogarla cuatro años más, contradiciendo así lo

⁵⁴ Por ejemplo, Díaz García, J., *La monarquización de las instituciones políticas españolas realizada por los Reyes Católicos*, en Varios Autores, *De la milicia concejil al reservista, una historia de generosidad*, Madrid, 2008, p. 116.

⁵⁵ Los Reyes Católicos, p. 157.

⁵⁶ Díaz García, *La monarquización de las instituciones políticas españolas realizada por los Reyes Católicos*, p. 109.

⁵⁷ En cada localidad, la máxima autoridad era el alcalde de la Hermandad. Se convirtió en un puesto codiciado incluso por los nobles locales y que dio lugar a disputas por lo apetecible de su desempeño. Un estudio sobre una de estas disputas en Díez De Salazar, L. M., *Diferencias entre Salvatierra y sus aldeas por el nombramiento del alcalde de la Hermandad (1457-1537)*, en Varios Autores, *La formación de Álava*, Vitoria, 1985.

⁵⁸ Díaz García, *La monarquización de las instituciones políticas españolas realizada por los Reyes Católicos*, p. 113.

⁵⁹ La confianza del rey en Quintanilla era tal que este fue una de las dos únicas personas que acompañó a Fernando a Castilla, disfrazados todos, para su casamiento con Isabel.

que se había establecido en la primera junta de Dueñas⁶⁰. Que se tomara tal decisión por parte de Isabel y Fernando provocó una protesta de varias ciudades, que los monarcas supieron acallar con prontitud, al amenazar a las ciudades discolas con un regreso a los sistemas anteriores de fiscalidad. También la nobleza, cuyos privilegios en parte vulneraba la jurisdicción de la Hermandad, protestó contra la ampliación, a través del Manifiesto de Cobeña, un documento que más atacaba el poder real en general que la Hermandad en concreto⁶¹. Su protesta, en última instancia, fue ignorada por los Reyes, que siguieron adelante con un proyecto que, se ve claramente en estas dos vías de oposición, no era concejil ni nobiliario, ni urbano ni aristocrático, sino un proyecto centralizador que emanaba, se movía y se nutría de la energía de la propia Corona.

Algunos autores consideran a las Hermandades instituciones propias de un derecho y de un sistema estatal en cierta medida arcaico y poco evolucionado; por decirlo de alguna manera, más un paso atrás en el derecho institucional que un verdadero avance:

"Son las hermandades, por consiguiente, el instrumento de la pervivencia de un derecho penal y procesal que, en realidad, es la negación de la idea de derecho y más propia de pueblos primitivos en donde precisamente surgieron las fórmulas jurídicas, por llamarlas de alguna manera, de este derecho penal y procesal"⁶².

No puede decirse lo mismo, ni mucho menos, de la Hermandad creada por los Reyes Católicos. Con su sistema competencial bien definido y reglado, dentro de los límites deseados por la Corona —esto es, por el Estado—, con su estructura de seguridad y militar y su sistema de financiación perfectamente establecido, constituía en comparación con sus precedentes un verdadero salto cualitativo, con poco o nada que ver con la remisión a un derecho propio "de los pueblos primitivos" con los que Álvarez del Moral asocia a las Hermandades de las épocas anteriores.

Expuesto todo lo anterior, no es de extrañar que la Hermandad General haya sido calificada de "instrumento al servicio exclusivo del Estado"⁶³, algo que, en modo alguno, puede decirse de las Hermandades anteriores; antes al contrario, ya que ocupaban una parcela a la que el Estado no llegaba en la práctica, asumiendo una jurisdicción en ocasiones contra los intereses de la propia Corona. La Hermandad de los Reyes Católicos, si bien coincidente con los intereses comerciales de muchas ciudades, para las cuales la seguridad de los caminos era fundamental para su comercio y

⁶⁰ Dicha junta había fijado que la Hermandad se disolvería el 15 de agosto de 1478, pero dejaba abierta la puerta a que se prorrogara si se consideraba necesario.

⁶¹ Martínez Ruiz, *Algunas reflexiones sobre la Santa Hermandad*, p. 103.

⁶² Álvarez De Morales, *La evolución de las Hermandades en el siglo XV*, p. 98.

⁶³ Pérez, *Los Reyes Católicos*. Madrid, 1986, p. 46.

prosperidad, era parte de un programa en el que se inserta "la nueva intencionalidad de la Monarquía, con una voluntad de afirmación como nunca hasta entonces"⁶⁴.

La institución creada por Isabel y Fernando, como hemos, al servicio de su política, no encaja, tampoco en este sentido, con la línea marcada por los Hermandades anteriores. Estas,

"Según el parecer de la mayoría de los historiadores especializados, las hermandades concejiles son en definitiva el resultado de la autonomía política de los concejos (...). Hay dos causas esenciales para el desarrollo de la hermandad: por un lado la hermandad se constituye como movimiento comunal de oposición contra los desafueros y contrafueros del monarca y, por otro, como movimiento de resistencia contra el proceso de transformación del derecho, es decir, contra la dinámica centralizadora promovida por la monarquía(...). Pero los intentos políticos de acceso al poder por parte de los concejos ponen, a partir de la Hermandad General de 1315 (...), en un segundo plano la conservación de los viejos privilegios y la defensa de las libertades, entendidos meramente en el sentido pasivo. También se trata de ampliar de manera activa la autonomía política"⁶⁵.

Es evidente que ninguna de esas características es aplicable a la Hermandad General. En primer lugar, no se trata de una Hermandad concejil, sino de una Hermandad estatal organizada a través de los concejos, lo cual es muy distinto. En segundo lugar, la Hermandad de los Reyes Católicos en modo alguno procede de la autonomía de los concejos. Ya hemos visto cómo surgió por iniciativa regia y como los concejos ni siquiera pudieron elegir si formar parte o no, ya que fue obligatoria la inclusión en la Hermandad. En tercer lugar, en la Hermandad de los Reyes Católicos, como es lógico en algo promovido por la propia Corona, la causa de su creación no fue la lucha contra los excesos de la Monarquía ni contra la tendencia centralizadora del Estado; antes bien, es en sí misma una manifestación de esta tendencia centralizadora. Por último, en modo alguno fue la Hermandad de los Reyes Católicos un instrumento para ampliar la autonomía política de los concejos.

4. Hacia una reconsideración de la Hermandad General

La historiografía, en líneas generales, considera a la Hermandad General creada por los Reyes Católicos una evolución de las Hermandades medievales. Esto es, un paso adelante, una forma modernizada, si se quiere, de una entidad o tipo de entidades ya existentes previamente.

Quizá, a la luz de las diferencias expuestas en las páginas anteriores, puede plantearse como opción el hecho de que la institución

⁶⁴ Martínez Ruiz, *Algunas reflexiones sobre la Santa Hermandad*, p. 98.

⁶⁵ Suárez Varela, *La conjuración comunera; De la antigua germanitas a la confederación de Tordesillas*, p. 254.

creada por Isabel y Fernando es algo completamente diferente a lo existente anteriormente; no solo una evolución, una modernización de lo ya existente, sino un proyecto institucional que merece ser considerado como una creación nueva, no partiendo de cero, pero sí distanciándose lo bastante de sus supuestos modelos medievales como para que podamos hablar de una realidad institucional diferente. Analicemos someramente que elementos podrían respaldar una visión de este tipo.

En primer lugar, la naturaleza genérica de ambos fenómenos institucionales —Hermandades medievales y Hermandad General son— radicalmente diferentes. Las Hermandades medievales son una creación concejil, que nace de la voluntad del propio concejo, que se gobierna desde el concejo y que responde a los intereses del concejo. Por el contrario, la Hermandad General no nace de la voluntad de los concejos, no es regida desde el ámbito municipal y los intereses que defiende, primordialmente, no parecen ser los de los concejos, si bien en algunos casos estos resultan beneficiados por la mejora de la seguridad en las comunicaciones, con el consiguiente auge del comercio. Pero la intervención de las lanzas de la Hermandad en la guerra de Granada o en la primera guerra de Nápoles difícilmente puede relacionarse con los intereses de los concejos ni con las Hermandades entendidas como instituciones de autodefensa⁶⁶.

Así pues, parece claro que su creación responde a la iniciativa de una instancia diferente, es regida desde un entorno diferente —el control regio de la Hermandad General no es discutido por ningún autor— y los intereses que defiende primordialmente son distintos de las Hermandades medievales.

En segundo término, las Hermandades medievales poseen un carácter, señalado por varios autores mencionados en páginas anteriores, de instrumento de los concejos para mantener su jurisdicción y evitar la jurisdicción de la Corona. El propósito de la Hermandad General es diametralmente opuesto: crear una jurisdicción general, por encima de los señoríos jurisdiccionales; hacer posible que un mismo órgano castigara una serie de delitos tipificados en todo el territorio del reino. Las Hermandades medievales tratan de que determinados delitos sean juzgados en un concejo por una institución —su Hermandad— y en el concejo vecino por otra —la Hermandad de ese otro concejo—, fragmentando la jurisdicción general.

Incluso comparado con el intento de crear una Hermandad general que tuvo lugar en la Junta de Villacastín, en el reinado de Enrique IV, esta era una "organización tutelada por el monarca, pero fraguada de los intereses urbanos, que se sienten amenazados por la inestabilidad de un reino en el que la misma monar-

⁶⁶ Tal y como se definen en Berges, W., *Die sogenanntespanische Magna Charta*, en: *Zur Geschichte und Problematik der Demokratie*, Festgabefür Hans Herzfeld, Berlín, 1958, p. 280.

quía está en peligro". Por el contrario, la Hermandad General de los Reyes Católicos fue "concebida como fuerza de seguridad permanente, financiada por las ciudades, pero al servicio de la Monarquía, cuyos intereses eran presentados y sentidos como intereses públicos"⁶⁷.

Parece, pues, que no es erróneo afirmar que, en materia jurisdiccional, los efectos e intenciones de las Hermandades medievales y de la Hermandad General de los Reyes Católicos, son prácticamente opuestos.

En tercer lugar, la financiación de ambos tipos de institución son diferentes. La mayor parte de las Hermandades se financiaban a través de sisas y arbitrios municipales, establecidos y recaudados por el propio concejo que creaba la Hermandad. Por el contrario, la Hermandad General se financió, especialmente en lo que se refiere a su apartado más militarizado, las capitanías de hombres de armas, a través de una contribución, impuesta a tal efecto por la Corona a los municipios. Podría alegarse que existen similitudes entre ambos métodos de financiación, pero cualquier similitud no es más que superficial y no resiste un análisis riguroso, ya que es muy distinto una tasa establecida, cobrada y gestionada por un concejo —sistema de financiación de las Hermandades medievales— de un impuesto fijado por la Corona y que cada concejo satisfacía, pero sin intervenir en su establecimiento, cuantificación o gestión. Resumiendo la cuestión, mientras que las Hermandades medievales eran financiadas por un sistema que podríamos calificar de municipal, el sistema de financiación de la Hermandad General, aunque hiciera caer el peso efectivo de la contribución en los concejos, era un sistema estatal.

De modo que tampoco en el aspecto financiero hay una correspondencia entre las Hermandades medievales y el modelo de Hermandad General de los Reyes Católicos.

Otra cuestión que diferencia netamente ambos modelos institucionales es el hecho de que la Hermandad General poseyó un aspecto netamente militar, en algunos de sus aspectos, del que carecían por completo las Hermandades medievales, que aspiraban tan solo —y no era cuestión baladí— a mantener a raya a los delincuentes comunes, organizados en mayor o menor medida, pero en ningún caso a enfrentarse a los duros asedios de la guerra de Granada o a la caballería pesada francesa, tal y como sí hicieron las armas de la Hermandad General. De hecho, no solo las fuerzas de la Hermandad General fueron usadas como fuerza militar, sino que una parte de la misma estaba proyectada como tal, con independencia de si puede ser considerada un ejército o, cuando menos, el embrión de un ejército permanente.

Por tanto, la vertiente militar de la Hermandad General,

⁶⁷ Martínez Ruiz, E., y Gómez Vozmediano, F., *La jurisdicción de la Hermandad*, en Martínez Ruiz, E., y Pazzis Pi, M. de, (coords.), *Instituciones de la España Moderna, las jurisdicciones*, Madrid, 1996, vol. I, p. 230.

inexistente en las Hermandades medievales, es otro elemento de diferenciación institucional entre ambas organizaciones.

Así pues, si nos encontramos ante instituciones cuya creación responde al impulso de ámbitos distintos, cuyos intereses corresponden a sectores diferentes, cuyos ámbitos directivos no se corresponden, cuya fuente de financiación es de diversa naturaleza, cuyo propósito jurisdiccional difiere y que poseen elementos consustanciales en un caso inexistente en el otro —la vertiente militar, por ejemplo—, creemos que cabe preguntarse si la Hermandad General no será algo más que una evolución de las Hermandades medievales, sino una institución inspirada en ellas o que toma por modelos algunas de sus partes, pero que no pertenecen a la misma línea evolutiva, no pudiendo ser la Hermandad General considerarse una evolución de las medievales, sino un fenómeno diferenciado, en el mismo sentido que, si bien los Tercios del siglo XVI tomaban en algunos aspectos reconocida inspiración en las legiones romanas, ningún autor podría sostener que los tercios son la evolución institucional lógica de las legiones.

Varios argumentos pueden esgrimirse en contra del planteamiento expuesto.

En primer lugar, hay un claro continuismo en la nomenclatura. El término Hermandad General ya había sido usado, por ejemplo, en el intento de Enrique IV de crear una Hermandad para los reinos de Castilla y León en 1473.

En segundo lugar, puede esgrimirse que, en realidad, la creación de la Hermandad fue propuesta por los procuradores de las ciudades en Madrigal, y no surgió, por tanto, por iniciativa legal.

En tercer lugar, hay campos competenciales que se solapan, como la justicia en descampado, así como elementos, si se quiere, de ritualización, como la ejecución mediante asaeteamiento. Otro elemento común es el mantenimiento de la potestad de ejecutar sentencias in fraganti, sin necesidad de juicio.

Sobre las dos primeras cuestiones, cabe reflexionar si no fue, desde el principio, intención de los Reyes dar a una institución de nuevo cuño un barniz de tradición que encubriera, en la medida de lo posible, una institución que ocultaba en su seno más innovación y cambios de lo que sería dar a entender antes de su aprobación. En ese sentido, no hay que olvidar que aunque los procuradores discutieran en Cortes sobre la Hermandad, la creación de esta les había sido propuesta previamente por los monarcas. Además, es notorio, y destacado por varios expertos en el periodo, el control férreo que los monarcas tuvieron en Madrigal sobre los procuradores asistentes, algo lógico en el contexto de unas Cortes que se celebraban con el reino sumido en una guerra civil con tintes internacionales. Isabel y Fernando no podían permitirse que se plantearan en las Cortes disensiones que socavaran su imagen de gobernantes legítimos.

Todo lo que se planteó en Madrigal fue llevado hasta las Cortes, por decirlo de alguna manera, atado y bien atado. Difícil resultaría explicar de otra manera que las Cortes se avinieran, por ejemplo, a entregar un subsidio de ciento sesenta y dos millones de maravedíes.

La cuestión de la nomenclatura plantea una, a nuestro juicio, interesante cuestión: ¿Si Fernando e Isabel no hubieran adoptado para su institución el nombre de Hermandad, con los precedentes existentes, la opinión de la historiografía hubiera entroncado de manera tan mayoritaria a la Hermandad General con las Hermandades medievales o se hubieran juzgado sus diferencias esenciales con mayor rigor, hasta el punto de considerarse instituciones diferenciadas? Dicho con otras palabras, si la Hermandad General se hubiera llamado, por poner un ejemplo, Milicia del Reino de Castilla, ¿sería tan mayoritaria la historiografía en defender que esta imaginaria Milicia es una continuación de las Hermandades medievales?

No es la intención de estas líneas afirmar de forma taxativa que la Hermandad de los Reyes Católicos es una institución diferente y desligada de las Hermandades medievales, sino apuntar como tema de reflexión la posibilidad de interpretar la Hermandad de los Reyes Católicos como un fenómeno que, en ciertos aspectos tiene sus antecedentes en las Hermandades medievales, pero que, en esencia, posee elementos diferenciadores propios suficientes para ser considerada, institucionalmente hablando, radicalmente diferente de las Hermandades medievales.

ASPECTOS LEGALES DE LA NOTIFICACIÓN A LOS CONTACTOS SEXUALES DEL PACIENTE CON VIH/SIDA EN COSTA RICA

CARLOS J. VALERIO MONGE
ABOGADO Y MASTER EN SALUD PÚBLICA
DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA

1. Introducción

Los conflictos que se generan entre los derechos y los intereses individuales y colectivos cobran fuerza cuando están relacionados con el tema del VIH/SIDA. Por un lado, por ejemplo, los intereses de los trabajadores de la salud frente al derecho a la atención integral de los pacientes; por otro, el derecho de una persona de conocer si su pareja está infectada, de frente al derecho a la vida privada del mismo paciente.

El tema del derecho a la confidencialidad de la persona que vive con el VIH/SIDA y su relación con el deber del secreto profesional del trabajador de la salud constituye uno de esos conflictos entre derechos y deberes. Este conflicto puede ser resuelto si se hace en armonía con el resto del ordenamiento jurídico, el respeto por los Derechos Humanos y el interés de la protección de la Salud Pública.

La regulación normativa del VIH/SIDA atañe directamente a un tema de derechos fundamentales y de políticas de Salud Pública. Lo anterior convierte el asunto en un tema que debe ser sólo regulado mediante una Ley de República. En razón de lo anterior, en Costa Rica las implicaciones legales del VIH/SIDA se encuentran reguladas de manera puntual mediante la Ley General del VIH/SIDA, Ley núm 7771 de 20 mayo de 1998.

El principio del respeto por la confidencialidad del diagnóstico

por VIH/SIDA fue establecido por primera en la Primer Consulta Internacional sobre el SIDA y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que se celebró en Ginebra, Suiza, en 1989. Las recomendaciones emitidas en dicha reunión internacional fueron incorporadas en la Ley General del VIH/SIDA, con lo cual es posible afirmar que el procedimiento de notificación a los contactos sexuales de la persona que vive con el VIH/SIDA es respetuoso de los derechos fundamentales del paciente y un mecanismo que no presenta controversias legales ni éticas para los trabajadores de la salud.

2. Normas y principios generales del derecho a la confidencialidad y del deber del secreto profesional

Las recomendaciones internacionales de los organismos de Derechos Humanos y de la Organización Mundial de la Salud han sido enfáticas en establecer que el derecho a la confidencialidad del paciente debe respetarse en el ambiente hospitalario. Dicha recomendaciones internacionales han pretendido conciliar el conflicto que se plantea entre el derecho a la confidencialidad de la información relacionada con el paciente y el deber del secreto profesional del trabajador de la salud.

La reglas deontológicas de la Medicina postulan el principio básico de que el médico en su relación con el paciente debe actuar siempre en beneficio de éste, tal y como lo establece el artículo 28 del Código de Moral Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica al señalar que "El médico debe tener presente que la vida humana es inviolable, por lo que debe guardar respeto y actuar siempre en beneficio de la misma.". Este es el llamado "Principio de Beneficencia" de la Medicina.

El respeto a la vida privada y la intimidad del paciente implica en primer lugar no ir más allá de lo estrictamente imprescindible en la exploración médica para elaborar un diagnóstico correcto, pero sobre todo alude directamente al correlativo deber de confidencialidad de la información del paciente al secreto profesional del médico.

Este deber se extiende a todo lo relativo a los resultados de las exploraciones y pruebas, así como al diagnóstico, pronóstico y a la enfermedad misma y, al tratamiento del paciente; incluso al acto mismo de la hospitalización. Si es solicitado por el paciente, el secreto puede incluso alcanzar también a guardar la confidencialidad frente a sus familiares. Puede incluso extenderse la confidencialidad en casos de las historias clínicas y a la protección de la imagen del paciente en publicaciones.

En general, los sujetos que quedan obligados a respetar el derecho a la confidencialidad son todos los profesionales de la salud, cualquiera que sea su rango o función. En consecuencia, no es sólo están obligados los médicos y el personal de enfermería.

El derecho a la confidencialidad sólo cede cuando se encuentra

previamente establecida su justificación en la ley, como consecuencia de un estado de necesidad, en una situación de una colisión de derechos o, cuando lo autorice una autoridad judicial con competencia para ello. En este mismo sentido se ha manifestado la Defensoría de los Habitantes:

"Toda persona tiene derecho a ser protegido contra las interferencias ilegales o arbitrarias. Es un deber de los Estados el proteger este otro derecho fundamental. Esta protección incluye la obligación de asegurar que existen salvaguardas adecuadas para proteger la confidencialidad, particularmente en cuestiones sociales y de salud.

Con respecto a la privacidad y la confidencialidad, se requiere que la información personal o clínica, conocida por trabajadores médicos o sociales no sea revelada ni utilizada por terceras personas sin el consentimiento de la persona implicada, a menos que sea en estricta conformidad con las previsiones internacionales en Derechos Humanos y con los protocolos de ética profesional.

En el contexto del VIH/SIDA, la vigencia de los derechos a la intimidad y a la vida privada, que han sido probablemente los más repetidamente ignorados en el ámbito hospitalario, debe ser considerada con especial cuidado.

El deber de confidencialidad solo cede cuando así lo establece la ley o se deduce de ésta como consecuencia de un estado de necesidad o de una colisión de deberes o lo autoriza el juez según el ordenamiento jurídico.

A pesar de lo anterior, la confidencialidad acepta excepciones con la condición de que se tutelen valores jurídicamente superiores, se respeten los derechos humanos y que la finalidad tienda a proteger la salud pública. La doctrina de manera generalizada acepta excepciones al deber de confidencialidad. En lo que interesa, por razones de salud pública es posible divulgar información a otros profesionales de la Medicina— incluso a otras personas— sólo cuando lo que se pretende es establecer medidas de prevención dirigidas al control de una enfermedad y evitar su contagio.¹

Lo anterior significa que el secreto profesional acepta excepciones con la condición de que se haga con el fin de proteger valores o derechos jurídicamente superiores, se respeten los Derechos Humanos y se busque un propósito coincidente de la salud pública.

La doctrina y la legislación nacionales aceptan varias excepciones al deber del secreto profesional. Sin embargo, en relación con los propósitos de este estudio, interesa revisar aquellos casos en los que es posible divulgar información a otros profesionales

¹ Defensoría de los Habitantes Expediente núm. 2232-23-97, Oficio núm. DHR-13735-97, 13/11/97.

de la Medicina —e incluso a otras personas— con el fin de que se establezcan medidas de prevención dirigidas al control de una enfermedad y a evitar su contagio con el fin de proteger un interés colectivo frente a uno individual.

"En relación con el VIH/SIDA, un médico, en el caso excepcional que tenga la evidencia comprobada de que existe un peligro real de contagio para un tercero (v.gr, el cónyuge) y con ello un peligro, también real para su vida o grave para la salud y en el caso de que el afectado no esté dispuesto a comunicar su situación a ese tercero y/a tomar medidas preventivas adecuadas, el médico podrá revelarla pero no como un deber jurídico, amparado a un estado de necesidad justificante de su conducta, siempre que se den los requisitos, de entre los que podemos destacar ahora el que exige que el mal causado (el atentado contra la intimidad del paciente o del donante) sea menor-excepcionalmente que el mal que trata de evitar (la pérdida de la vida o menoscabo para la salud del tercero)."²

La actual doctrina del Derecho Médico considera que, en atención a los avances de la medicina moderna, la tecnología y las comunicaciones, el ejercicio del secreto profesional ha variado sustancialmente. No es el secreto mismo, ni el valor ético que encierra lo que caducó, sino el contexto y la forma tradicional en que se entendió.

"Los servicios de salud y, en general, casi toda la atención médica está dejando de ser privada para convertirse en un hecho social, que transcurre en clínicas y hospitales en los que, por oficio, deben actuar e informarse muchas personas del cuerpo médico y paramédico, juntamente con los administradores de dichos servicios. Fuera de esa consideración debe tenerse en cuenta que, como fenómeno común en todos los países, las enfermedades y su tratamiento rutinario repercuten en el orden judicial, político, económico, así como en los medios masivos de comunicación".³

La moderna dinámica entre la vida privada y el secreto profesional obligan a reconocer que los derechos se relativicen:

"El manejo del secreto profesional por parte del médico es doble, a saber, los intereses del paciente y el bien de los terceros, fundamento que actúa en cada caso. El médico y demás poseedores del secreto del paciente no pueden caer en el simplismo de verse amarrados a uno a otro, como si uno de los dos presentara carácter absoluto. En cada caso, ambos derechos, los del paciente y los de los terceros, ejercen sus exigencias concretas que deben tener el médico y demás funcionarios que por, oficio, se enteran

² Romeo Casabona (Carlos M.) y Castellano Arroyo (María), *La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. Derecho y Salud*; Publicación Oficial de la Asociación de Juristas de la Salud, vol 1, núm. 1, 6/12/93, p. 8.

³ Llano (Alfonso), *El Manejo del Secreto Profesional con Pacientes con Sida*; Aportes de la Ética y el Derecho al Estudio del Sida, p. 149.

del caso. Ningún derecho queda anulado sino relativizado: Los derechos del individuo y de la comunidad forman un campo de tensión en el que ambos se relativizan".⁴

Será el trabajador de la salud, en cada caso concreto, el que deba hacer la ponderación de los derechos en conflicto para ver con objetividad cuál prevalece sin afectar el derecho contrario. Sin embargo, dejar al arbitrio del trabajador de la salud las decisiones en cada caso acerca de situaciones en las cuales él considera que puede revelar información a otras personas, podría producir en la práctica situaciones de abuso y violación a la dignidad y la vida privada de las personas involucradas, tanto pacientes como contactos.

Por este motivo, en el caso de la atención a las personas que viven con el VIH/SIDA, se establece un procedimiento previsto en la Ley General del VIH/SIDA en el que, con el fin notificar a los contactos sexuales de un paciente, los derechos de éste no sean excesiva ni injustificadamente alterados.

3. Derecho comparado

De conformidad con un reporte del Programa de Las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el Sida (ONUSIDA) de 2006, la legislación sanitaria debería autorizar, pero no exigir, que los profesionales de la salud, decidan las circunstancias en cada caso y las consideraciones éticas cuando se trate de los informar a las parejas sexuales del paciente con respecto al VIH.

La decisión debería adoptarse únicamente según los siguientes criterios:

1. La persona con VIH haya recibido suficiente asesoramiento
2. Dicho asesoramiento no haya dado resultado para adoptar los cambios de comportamiento apropiados
3. La persona con VIH se haya negado a informar o a consentir que se informe a su pareja.
4. Exista un riesgo real de infección a su pareja
5. Se halla avisado a la persona con VIH con suficiente antelación
6. No se revela la identidad de la persona con VIH cuando ello se posible en la práctica.
7. Se asegure el seguimiento para prestar apoyo a los interesados.

De conformidad con el PNUD, el estado de esta cuestión en algunos países es la siguiente.

a) Países que no tienen regulado el tema y que requieren de cambios concretos en la normativa: Argentina, Chile, Ecuador, Paraguay y Panamá.

⁴ Op. cit., p. 153.

b) Países cuya legislación contempla algunos de los componentes de la directriz, pero requiere de acciones puntuales: Perú, Venezuela, Uruguay, República Dominicana, Guatemala.

c) Está contemplado en la legislación: Bolivia, Colombia y Nicaragua.

4. El derecho del familiar como contacto sexual del paciente a ser notificado

Aún cuando los contactos sexuales actuales pueden hacer referencia a personas no incluidas en el grupo familiar del paciente, en muchos casos los contactos sexuales suelen ser las personas con las que se guarda vida marital. Además el trabajador de la salud debe saber quiénes son —desde el punto de vista legal— las personas que pueden calificar como familiares del paciente.

"Acerca de quiénes sean los parientes o allegados llamados a ser informados, la legislación podría intentar determinarlos conforme con las reglas del Código de Familia para lo relativo al deber de prestar alimentos, sin perjuicio de las reglas de la tutela y la curatela. En todo caso, debe guardarse un orden de sentido común: cónyuge, padres, hijos, hermanos."⁵

En la práctica médica, la determinación de informar a los familiares acerca de la salud de un paciente deber ser adoptada en cada caso particular, pero en dicha determinación, siempre deben verse equilibrados los principios de bienestar común frente a los derechos personales del paciente.

Es desde esta perspectiva que la familia juega un papel importante. El proceso salud-enfermedad de un paciente depende en gran medida de la participación de la familia.

A este respecto, resulta valioso revisar algunos de los pronunciamientos de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica en cuanto al tema de la información a los familiares del paciente.

En primer término, una disposición legal expresa en relación con el derecho de información a los familiares es omisa en nuestro ordenamiento jurídico.

"El deber legal de informar a los familiares o allegados de que un pariente se encuentra hospitalizado no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico vigente de forma expresa. Sin embargo, es posible inferir a partir de lo establecido en el artículo 10 de la Ley General de Salud, un principio general de información acerca de temas relacionados con la salud a la sociedad y a la familia, al señalarse que:

"...toda persona tiene derecho a obtener de los funcionarios competentes la debida información y las instrucciones adecuadas sobre asuntos, acciones y prácticas conducentes a la promoción y

⁵ Defensoría de los Habitantes; Expediente núm. 7665-23-99; Oficio: 10287-99-DHR, 8/12/99.

conservación de la salud personal y la de los miembros de su hogar, particularmente sobre higiene, dieta adecuada, orientación psicológica, higiene mental, educación sexual, enfermedades transmisibles, planificación familiar, diagnóstico precoz de las enfermedades y sobre prácticas y en el uso de elementos técnicos especiales".⁶

Sin embargo, dicha omisión normativa no impide que exista la posibilidad de notificar a los familiares de una persona que sufre una enfermedad infecciosa. Ello es posible con fundamento en la Ley General de Salud, como lo señala la Defensoría a continuación:

"En estos casos el médico tiene el deber legal de informar a los parientes acerca del riesgo en que se encuentran de contraer la enfermedad infecciosa que padece un pariente cercano. Se trata, en estos casos, de una relación en los que el médico tiene el deber, por razones de prevención de las enfermedades, incluso de dar dicha información a los parientes en contra de la voluntad del paciente (art. 163 de la Ley General de Salud, art. 17 de la Ley General del VIH/SIDA)".⁷

En razón de lo anterior, es válido concluir que existe la posibilidad legal de los parientes de poder ser informados acerca del estado de salud de uno de los miembros de su familia. En el caso del VIH/sida el deber legal surge con aquel miembro de la familia con quien el paciente mantiene relaciones sexuales, es decir que en el ámbito familiar la información al cónyuge es una obligación del trabajador de la salud.

5. La notificación a los contactos sexuales como una intervención en salud pública

Sin perjuicio de otras formas de infección en Costa Rica, el comportamiento de la epidemia es a una epidemia concentrada.

El número de personas viviendo con VIH periodo 2002-2010 fue de 2,620 (el 74.9% son hombres y 25.1% mujeres). Las personas con sida periodo 2002-2010 fueron 1,937 (83.4% hombres, 16.6% mujeres) La prevalencia del VIH en hombres que tienen sexo con otros hombres es de 10.9 %1. El país reporta el 100% de atención de la co-infección por VIH y TB.⁸

En cuanto a prácticas sexuales, según la última Encuesta Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (ENSSR 2010) entre las personas de 15 a 44 años que declararon una edad de inicio de las relaciones sexuales, el 22% de los hombres y 11.2 % de las mujeres había

⁶ Defensoría de los Habitantes; Expediente núm. 7665-23-99; Oficio: 10287-99-DHR, 8/12/99.

⁷ Defensoría de los Habitantes; Expediente núm. 7665-23-99; Oficio: 10287-99-DHR, 8/12/99.

⁸ Informe Nacional sobre los avances en la lucha contra el SIDA 2010-2011 Costa Rica; Ministerio de Salud, Consejo Nacional de Atención Integral al VIH y SIDA CONASIDA – Equipo Técnico Nacional de Monitoreo y Evaluación 30/3/12.

tenido relaciones sexuales antes de cumplir los 15 años. Un 67.9% de los hombres y un 51.4% de las mujeres había tenido relaciones sexuales antes de cumplir los 18 años.

Uno de los grupos de población más afectados por el contagio por el VIH son las mujeres, sobre todo de aquellas que se encuentran en un contexto de vulnerabilidad social o alguna violación a sus derechos.

En este sentido es bueno apuntar los resultados de un reciente estudio sobre las vulnerabilidades de las mujeres con VIH, realizado por ONUSIDA y otros asociados institucionales, en el cual se identificó que de una muestra de 96 mujeres con VIH, un 80,2% son costarricenses, un 17,4% son nicaragüenses y el 2.4 % restante son de otras nacionalidades. Que de este porcentaje de extranjeras solo el 60% están en condición migratoria regular y el 40% se encuentran en condición irregular.

Resulta interesante conocer que el 43% de las mujeres con VIH se hicieron la prueba al enterarse que sus parejas estaban infectadas con VIH y el 36.5 % en un análisis de rutina por algún problema de salud asociado. El 16.5% se hizo la prueba en la atención prenatal por su embarazo, el 8.2 % porque comprendieron que estuvieron en una situación de riesgo (usaron drogas, se rompió el profiláctico o no usaron este ultimo), el 1.2 % previo a una cirugía y el 1.2 % porque fueron víctimas de una violación sexual.

Vale la pena agregar además que el 60.5% de estas mujeres se realizó la prueba por indicación médica (a partir de las situaciones mencionadas anteriormente) y sólo el 18.6% lo hizo por su propia iniciativa.

El 71% de las mujeres informó haberse infectado a través de su pareja estable o su novio. Pero de manera significativa a los efectos de este estudio, el 67.22 % enfrenta alguna dificultad para compartir su diagnóstico con sus familiares. Lamentablemente, este estudio no evaluó el porcentaje de mujeres que informan a sus compañeros que se encuentran infectadas.

En razón de lo anterior no sólo los contactos sexuales en parejas homosexuales se encuentran en riesgo de infección, sino que también de manera especial los contactos sexuales de las parejas heterosexuales.⁹

Es importante recordar que la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades cuentan con tres niveles de intervención. Mientras que la prevención primaria se dirige a toda la población intentado mejorar el nivel general de la salud mediante las tareas inmunización y sanidad ambiental, entre muchas otras; la prevención secundaria se ocupa principalmente del diagnóstico temprano de las enfermedades como por ejemplo la

⁹ Fuente: Departamento de Control del Sida; Ministerio de Salud; Casos sida en Costa Rica, 1993/1999.

detección temprana del cáncer, la hipertensión y las enfermedades venéreas. Finalmente, la prevención terciaria se ocupa de evitar y atender la discapacidad total en aquellos que han enfermado y asegurar calidad de vida a las personas con problemas crónicos e incurables.

La prevención secundaria persigue la curación de los pacientes —cuando ello es posible—, y busca la reducción de las consecuencias más graves de la enfermedad mediante diagnóstico y tratamiento precoces¹⁰. Es aquí donde cobra importancia la notificación de contactos sexuales.

En general, la prevención de las enfermedades de transmisión sexual (ETS), incluida el SIDA, requiere de la localización de los contactos sexuales de las personas diagnosticadas con el objeto de identificar a las personas infectadas o en riesgo de infección, proporcionar tratamiento para curar la infección, interrumpir la transmisión y aconsejar sobre medidas preventivas futuras.¹¹

En las técnicas de localización de contactos sexuales, es preferible y deseable la participación del paciente. En España, por ejemplo, se han empleado varias estrategias, siendo una de ellas la de que el paciente se presente personalmente luego de su diagnóstico, junto con su contacto; o bien se emplea el sistema de tarjetas de visita que el paciente entrega a sus contactos con el fin de que éstos se presenten en los centros de salud. Se establece una atención prioritaria las personas portadoras de estas tarjetas.

6. La notificación a los contactos sexuales conforme con la Ley General del VIH/SIDA y su reglamento

Conforme se señaló anteriormente, por tratarse de la afectación a un derecho fundamental, el procedimiento de comunicación a los contactos sexuales de una persona que padece de una enfermedad de transmisión sexual debe ser regulado en una norma con rango de Ley conforme los dispone la Constitución Política de Costa Rica. A este respecto, la Defensoría de los Habitantes ha hecho especial mención:

Por otra parte, desde la perspectiva del paciente, el reconocimiento de los derechos individuales, o personales, como la vida privada consagrado en el numeral 24 de la Constitución Política al señalar que se garantiza el derecho a la intimidad, exige un deber del Estado de no alterarlos o violentarlos.

“El derecho a la intimidad ha sido definido por la Sala como ... el derecho del individuo a tener un sector personal una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad

¹⁰ Beaglehole (R), Bonita (R) y Kjellstrom (T), *Epidemiología Básica*; Organización Panamericana de la Salud, Washington, D. C., 1994, p. 96

¹¹ Hernández Aguado (Ildelfonso), y Pérez Izquierdo (José Manuel) *Epidemiología y prevención de las enfermedades de transmisión sexual*. En: Martínez Navarro (F), Anto (J.M.), y otros, *Salud Pública*; Mc. Graw-Hill-Interamericana, España, Madrid, 1999, p. 762.

del interesado" (S. C. V. 5376-94).

Así las cosas, la disposición legal que estableciera la potestad de los trabajadores de la salud de informar a los familiares acerca del diagnóstico, tratamiento o pronóstico de un pariente, al consistir en una afectación de derechos fundamentales debería ser una disposición que se adopte en un marco de constitucionalidad y legalidad.

"Así es como la competencia del Estado de investigar hechos contrarios a la ley y perseguir un delito debe estar en consonancia con el fuero particular de la intimidad, del domicilio o de las comunicaciones, salvo que estemos en presencia de circunstancias de excepción que indique la Constitución Política y la ley, caso en el cual se debe seguir los procedimientos prescritos." (S. C. V. 1036-94).¹²

En consonancia con lo anterior, el art. 8 de La Ley General del VIH/SIDA regula con cuidado el tema de la confidencialidad y establece que:

"Con las excepciones contenidas en la legislación, la confidencialidad es un derecho fundamental de los portadores del VIH-SIDA. Nadie podrá, pública ni privadamente, referirse al padecimiento de esta enfermedad, sin el consentimiento previo del paciente.

El personal de salud que conozca la condición de un paciente infectado por el VIH/SIDA, guardará la confidencialidad necesaria referente a los resultados de los diagnósticos, las consultas y la evolución de la enfermedad.

El portador del VIH/SIDA tiene derecho a comunicar su situación a quien desee; sin embargo, las autoridades sanitarias deberán informarle su obligación de comunicarlo a sus contactos sexuales y advertirle, a su vez, sus responsabilidades penales y civiles en caso de contagio."

Por la importancia del tema de la confidencialidad del diagnóstico del VIH, el art. 43 de la Ley General del VIH/SIDA establece que se impondrá prisión de seis meses a tres años al trabajador de la salud, público o privado, o al que tenga restricción por el secreto profesional que, a sabiendas de que un paciente está infectado por el VIH, sin su consentimiento, de mala fe y sin justa causa, facilite información, y se refiera pública o privadamente a la infección o la comunique a otra persona.

Por su parte, el reglamento a la Ley, Decreto Ejecutivo núm. 27894-S de mayo de 1998 regula con detalle el manejo de la información clínica del paciente seropositivo en dos artículos de interés:

"Artículo 18: El expediente médico es un documento informa-

¹² Defensoría de los Habitantes; Expediente núm. 7665/23/99; Oficio: 10287-99-DHR, 8/12/99.

tivo cuya manipulación administrativa corresponde al funcionario de salud, según las responsabilidades que le asigne su puesto. Esta manipulación deberá realizarse bajo estrictas medidas ético-legales de reserva de la información, garantizando la confidencialidad de esta. Las jefaturas serán responsables de garantizar la capacitación e información adecuadas al personal a su cargo, para que la confidencialidad se mantenga en todos los niveles.

Artículo 19: El expediente clínico de la persona portadora o enferma deberá contener la información científica necesaria que permita brindarle el mayor beneficio: historia clínica completa, examen físico completo, pruebas de laboratorio y gabinete, diagnóstico y tratamiento."

A pesar de que se establece la norma y regla de la confidencialidad, la Ley General del VIH/SIDA establece las excepciones a la misma. Excepciones que encuentran su fundamento en la importancia de proteger bienes jurídicos o intereses de superior rango.¹³

En cuanto interesa a este estudio, con el fin de proteger el bien jurídico vida y con propósitos puramente preventivos, la ley desarrolla el procedimiento denominado notificación a los contactos o de detección o identificación de casos entre parejas de individuos infectados. Dicha regulación obedece al cumplimiento de las directrices emitidas en el ámbito internacional consistente en recomendar a los Estados, la regulación en una ley de un procedimiento tendiente a facilitar a los trabajadores de la salud el desarrollo de las acciones de vigilancia epidemiológica y fundamentalmente el de prevenir nuevas contagios a partir del conocimiento de un caso de infección por VIH/SIDA.

Al respecto el numeral 17 de la Ley establece que el médico tratante o el personal de atención en salud que informe a un paciente sobre su condición de infección por VIH, deberá indicar, además del carácter infectocontagioso de esta, los medios y las formas de transmitirla, el derecho a recibir asistencia, adecuada e integral, en salud y la obligatoriedad de informar a sus contactos sexuales.

Para ese efecto, el médico tratante o el personal de salud deberá proveer a la persona infectada por el VIH la información necesaria que deberá facilitarles a sus contactos y la forma de hacerlo. Se establece a continuación, que cuando el paciente no quiera o no pueda comunicar el resultado de su diagnóstico por lo menos a sus contactos sexuales actuales, el personal de atención en salud deberá realizar las gestiones posibles, a fin de lograr dicha

¹³ Por ejemplo, con el propósito de aclarar la comisión de un delito, es decir para fines de satisfacción de la Justicia, el numeral 9 de dicha ley señala que para efectos exclusivamente probatorios en un proceso penal o de divorcio en materia de familia y a solicitud de la autoridad judicial competente, el personal de salud que atienda al paciente con VIH/SIDA deberá reportar la situación de infección por el VIH, con el debido respeto a la dignidad humana del paciente.

notificación.

El Reglamento a la Ley General desarrolla luego el procedimiento de notificación a los contactos como a continuación se señala:

Artículo 38: El/la trabajador(a) de salud deberá señalarle a la persona portadora de VIH la obligación de informar a las parejas sexuales sobre su condición, directa o indirectamente, mediante funcionarios del área social —trabajador(a) social psicólogo(a)—, quienes deberán estar debidamente capacitados(as) para tal fin.

Cuando se detecte que la persona portadora o enferma no puede o no desea informar a la(s) pareja(s) actual (e)s y regular(es) después de un lapso de cuatro semanas, el equipo multidisciplinario tomará medidas para notificar a esta(s) personas(s) sobre el potencial riesgo de haber adquirido el VIH. En la medida de lo posible, dicha notificación deberá realizarse de manera tal que no afecte la situación laboral, social y familiar de los involucrados.

Artículo 54: Los/las médicos y demás trabajadores(as) de la salud que tengan a su cargo la notificación de personas, deberán informarse y capacitarse en aspectos de consejería y enfoque de género, para poder tratar adecuadamente a las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA e informarlas sobre medidas de auto-cuidado, técnicas para realizar sexo seguro, posibles vías de transmisión del VIH (contacto o transfusión sanguíneos, relaciones sexuales y leche materna) y formas de evitar su transmisión."

La notificación a los contactos ofrece serias dificultades a los trabajadores de la salud llamados a cumplir con dicho mandato legal. Las recomendaciones internacionales hacen énfasis en el tema, al señalar que la necesidad de recolectar información por motivos de interés para la Salud Pública es una medida de gran importancia, pero por razones de protección de la vida privada se sugiere el uso de protocolos para la notificación de los compañeros sexuales de las personas infectadas por el VIH/SIDA sin su respectiva autorización¹⁴.

El uso de un protocolo que facilite la labor del trabajador de la salud y a la vez permita el cumplimiento de los derechos del paciente tiene como consecuencia unificar los procedimientos por parte de los funcionarios de salud al momento de notificar a los contactos sexuales.

Recientemente se ha estado debatiendo en la Asamblea legislativa un proyecto de Reforma de la Ley General del VIH/SIDA. En los foros de discusión se ha mantenido la postura de que mantener vigente este procedimiento es altamente recomendable a pesar de la oposición que —de forma aislada— han presentado algunos grupos de personas que viven con el VIH.

¹⁴ Handbook for Legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights: Action to Combat HIV/AIDS in View of its Devastating Human, Economic and Social Impact executive summary, UNAIDS/IPU, Geneva, Switzerland, 1999.

En la práctica, debe quedar claro que el paciente podrá oponerse a que el médico tratante informe a los familiares que no sean contactos sexuales pues el sentido de la notificación a los contactos sexuales no es otro que evitar el contagio con el miembro de dicha familia con quien el paciente mantiene relaciones sexuales.

"No obstante, desde el punto de vista de la finalidad de la información a terceros, por tratarse de un derecho del paciente, parece que éste podría impedir que los datos relativos a su salud les sean comunicados a todos, a algunos de ellos, o a ninguno de sus familiares, como parece ser la intención del inciso p) del artículo 75 del Reglamento del Seguro de Salud al señalar que es un derecho del paciente "ser visitado por sus familiares, amigos y otros o recibir de ellos comunicaciones telefónicas o escritas, así como a rechazar la visita de aquellas personas con quienes no desee comunicarse"

En estos casos, la mediación del médico tratante es fundamental. Por medio de los distintos sistemas de intervención médica tales como la información, la argumentación, la persuasión o la motivación, es posible mostrar a un paciente los beneficios de una medida, que el paciente las razone y se genere un interés de su parte por el cambio de actitud para producir finalmente una decisión distinta.

En todo caso, quedan a salvo aquellos casos en que existe obligación de informar, como señalara para los casos de enfermedad transmisible.¹⁵ Este asunto ha sido ampliamente debatido en los Estados Unidos, donde ha habido consenso acerca del deber de informar sólo a las parejas sexuales del caso índice o a las personas que compartan jeringas con él. Sin embargo, el acuerdo es menor cuando se trata de determinar hasta qué punto constituye una obligación moral de informar a las familiares que no son contactos sexuales o, cuándo debe dejarse a discreción del médico dicha notificación.¹⁶

7. Conclusión

En conclusión, Costa Rica cuenta con un procedimiento legal de notificación a los contactos sexuales de la persona que vive con el VIH/SIDA que se ajusta a las disposiciones constitucionales y de Derechos Humanos, así como a las recomendaciones internacionales en cuanto a poner en práctica un procedimiento que justifique la importancia de la prevención y a la vez facilite la labor de los trabajadores de la salud sin poner en riesgo la vida privada, la salud y la vida de las personas involucradas.

¹⁵ Defensoría de los Habitantes; Expediente núm. 7665-23-99; Oficio: 10287-99-DHR, Fecha 8/12/99.

¹⁶ Bayer (Ronald) y Gostin (Larry). *Aspectos legales y éticos relativos al SIDA*. En *Bioética, Temas y Perspectivas*, Organización Panamericana de la Salud. Washington, D.C., Estados Unidos, Publicación Científica núm. 527, 1990, p. 101.

FORENSIC DNA BANKS: EUROPEAN «INTERSECTIONS»

ILARIA ANNA COLLISI

PH. D. CANDIDATE IN COMPARATIVE AND EUROPEAN LEGAL STUDIES

1. Introduction: Genetics and the Law

"We have discovered the secret of life": these were the words that in 1953 were pronounced by two scientists, Watson e Crick, in order to introduce to the world an epoch—making scientific discovery, i.e. the double—helix molecule named DNA.

Over the years DNA has shown itself as a "cultural icon"¹: indeed, it has been, is and will increasingly be a «handy entity», commonly known and used, whose implications go beyond the boundaries of the proper theoretical scientific knowledge.

Its relevance can be recognized in the field of health and medicine (in genetic tests, therapies and counselling), in the matter of insurances and employment (use of genetic data with the purpose to prevent the stipulation of insurances or the recruitment of workers that could be carriers of genetic diseases), in reference to patents' system, within trials (in civil ones, for example, as regards the ascertainment of parental relationships or personal identification or for research of missed and disappeared people after conflicts or mass-disasters, etc.).

2. Forensic DNA banks and the rights at stake

In the criminal and forensic context, the discovery of the "genetic fingerprint" by Alec Jeffreys in the Eighties², i.e. the variation

¹ This is the subtitle of a work written by Dorothy Nelkin and M.Susan Lindee. (D.Nelkin M.S Lindee *The DNA Mystique. The Gene as a Cultural Icon*, Freeman, Michigan, 1996).

² See <http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys>.

of DNA that makes each individual unique and different from the others, has led to the use of DNA as a means for criminal investigation (for identifying the author of a crime from the tracks found in the crime scene) and as an evidence in courtrooms.

Over time, DNA profiles that were collected for investigative purposes have been assembled by police in specific data banks, called forensic DNA banks³. Initially the databases contained only the profiles belonging to those guilty of crimes or convicted or under investigation; afterwards, the types of profiles to be included have widened, together with the duration of storage of the profiles themselves, on the basis of their utility in the reconstruction of past cases or the reopening of unsolved cases (the so-called "cold cases").

The necessity of regulating DNA forensic banks is plain, but at the same time the difficulty of achieving this purpose lies in the fact that the challenge consists in finding a proper balance among the right to private life referred to people whose profiles are included in the bank, and the collective necessities of security and prevention from crimes.

The experience of different countries has shown that, in some cases, single forensic banks ad hoc for specific investigations have been created⁴; other times, national catalogues have been established, usually distinguishing, on the one hand, a repository of biological samples taken from the crime scene or belonging to already condemned people, and, on the other hand, a data bank assembling only the profiles, that must be kept separated from the personal data of people whose profiles are inserted⁵.

3. The ruling *S. and Marper v. UK* (European Court of Human Rights, 2008)

In order to analyse the complex issues related to the access of the police to (genetic) personal data, it is relevant to take into consideration a meaningful ruling uttered in 2008 by the European Court of Human Rights (further: ECHR), which is the Court settled in Strasbourg within the international (regional) organization of

³ It should be noticed that the phenomenon of DNA databasing (biobanks), namely the establishment of organized collections of genetic profiles, is very heterogeneous. On the basis of the pursued aim, biobanks can be classified into research biobanks, pathology biobanks or having diagnostic and therapeutic purposes, and banks used for criminal aims, such as for the prevention and suppression of crime.

⁴ An example could be an Italian case occurred in 2003 in Dobbiaco, a small village in the North, where the DNA belonging to the whole population of the village was collected by police forces in order to solve a case of murder. The profiles were given according to a voluntary basis and the forensic bank was built only for that specific case.

⁵ See UK and USA experiences of DNA National banks (at <http://www.dna.gov/> and, <http://www.npia.police.uk/en/8934.htm>). For having a look on the international situation about forensic DNA databanks, i.e. whether and how they are adopted in each country of the world; see <http://www.genewatch.org/sub-566699>.

the Council of Europe: the judgment at stake is the one released in *S. and Marper v. UK* case⁶, that represents the first judicial case as regards the forensic DNA banks at a supranational (European) level.

The English law is at stake, in particular the provisions of the Police and Criminal Evidence Act (PACE), in the section 64⁷, as modified in 2001 by Criminal Justice and Police Act, referred to the unlimited police powers in collecting biological samples from the citizens that are under investigation or convicted or simply suspected of the commission of crimes, and the power of keeping the genetic profiles derived from those biological sample for an indefinite range of time (even after the declaration of their possible innocence).

The claims come from two English citizens (*S.* who was minor at the phase of the occurrence of facts, and *Marper*), who were accused of robbery and sexual violence and, because of such charges, their genetic profiles were inserted in the UK National DNA Database (further: NDNAD). Although at the end of the proceedings their innocence was stated and they asked for their profiles to be deleted from the bank, their requests did not find satisfaction; for this reason, they presented their pleadings before English Courts and, then, in front of the ECtHR.

In a nutshell, the ratio decidendi of the Strasbourg Court affirms that: "the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants' right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society"⁸.

⁶ *S. and Marper v. United Kingdom* case, applications nn. 30562/04 and 30566/04, ECHR-GC, 4th December 2008, at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90051>. As a confirmation of the relevance of this ruling, it could be observed that the same ratio decidendi has been adopted in *W. v. The Netherlands* case (*W. v. The Netherlands* case, application n. 20689/08, ECHR, 20th January 2009), where a minor, who was accused of committing physical violence, was taken of a biological sample and his genetic profile was inserted in the Dutch database, according to the DNA Testing (Convicted Persons) Act. After his condemnation by the Tribunal, the minor complained in front of the European Court of Human Rights, so that to have his profile removed from the databank, by invoking art. 8 ECHR and art. 40 of the Convention for the Rights of Children (UN). The Court of Strasbourg stated that the claim was inadmissible and opposite to *S. and Marper* case: indeed, *W.* was a condemned person, and not only a suspected, and the Dutch Act contained proportional measures as regards the types of data to be contained in the bank.

⁷ For the text of PACE, see <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/64>.

⁸ § 125.

So, the permanent retention of DNA profiles constitutes a violation of the right to privacy and the English law has not fixed a correct and proportional balance among the individual freedoms and the public needs.

This ruling goes beyond the specific *thema decidendum*, and represents an opportunity to evaluate the relationship between the international law of the Council of Europe (based on the European Convention of Human Rights – further: ECHR – to which the European Court of Human Rights gives application), European Union law and national dimension, since the decision is part of a «magma» of different structures and regulations and «affects» EU, international and national levels of law. The judgment, therefore, maybe a way to reflect on what point the constitutional development in Europe has arrived at, and to meditate on the possible convergence or competition between the disciplines adopted by the EU law and the ECHR. More precisely, the impact of the sentence refers, on the one hand, to the matter of privacy in relation to genetic data and, secondly, to the rules about the use and exchange of genetic information between police forces.

4. The notion of privacy

The judges in Strasbourg start their reasoning by considering art. 8 ECHR⁹, a rule that protects privacy in all its forms and is invoked both in order to mean the mere possession of biological samples and genetic profiles as a clear interference to the right to privacy and informational self-determination (§ 1), and in order to admit exceptional cases of intrusion to the privacy of people involved, provided that strict criteria are complied with (§ 2).

The Court grounds its judgment on a "multi-purpose right that responds to multiple purposes and provides protection to different facets of a person"¹⁰, an "umbrella concept"¹¹ assembling "a constellation of rights"¹²: indeed, the right to privacy can be quoted as including the right to physical and psychological privacy¹³, the right to physical and social identity¹⁴, the right to identification

⁹ Art. 8 ECHR states: "1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others".

¹⁰ Translation from S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità*. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali, in *Rivista critica di diritto privato*, 1997, p. 583.

¹¹ Translation from C. De Giacomo, *Diritti, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Giuffrè, Milan, 1999, p. 16.

¹² Translation from F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Turin, 1995, p. 20.

¹³ See *Pretty v. UK* case, application n. 2346/02, ECHR-III, 2002; *Y.F. v. Turkey* case, application n. 24209/94, ECHR-IX, 2003.

¹⁴ See *Mikulić v. Croatia* case, application n. 53176/99, ECHR-I, 2002.

of gender, name, orientation and sex life¹⁵, the right to personal and family identification¹⁶, the right to check personal data held by public authorities¹⁷, the right to protection of information related to health¹⁸, up to the point to absorb even the right to healthy environment¹⁹.

After clarifying the notion of privacy in general terms and all the possible applications of art. 8 ECHR, the Court tries to explain what kind of privacy arises in *S. and Marper* case. The focus is posed upon three types of personal information mentioned by the applicants: fingerprints, DNA profiles, biological samples. The Court, recalling its decision in *Van der Velden v. the Netherlands* case²⁰, emphasizes that biological material from which the genetic data can be obtained is different from fingerprints, in the sense that the formers contain not only unique information relating to the sphere of the individual, but also to the one of his/her biological family, while the fingerprints do not share the same features.

5. When justifying the interference to privacy?

Art. 8 ECHR does not prohibit interference to private sphere in absolute terms, but it acknowledges some exceptional cases of intrusion, according to § 2, which is an exception to the general rule, enucleated in the paragraph 1.

The first requirement in order to allow interference to privacy is a formal one and it consists in the principle of legality («in accordance with the law»), that is to say that any measure that affects privacy must be provided by law. According to the broad interpretation of the clause adopted by the Court of Strasbourg, the term «law» is not referred to the strictly legislative act enacted by Parliament, but, regardless of the *nomen juris*, all provisions

¹⁵ See *Bensaid v. UK* case, application núm. 44599/98, ECHR-I, 2001; *Peck v. UK* case, application núm. 44647/98, ECHR-I, 2001.

¹⁶ See *Burghartz v. Switzerland* case, application núm. 16213/90, in 280-B, Series A, 1994; *Unan Tekeli v. Turkey* case, application n. 29865/96, ECHR-X, 2004.

¹⁷ See *Leander v. Sweden* case, application núm. 9248/81, in 116, Series A, 1987.

¹⁸ See *Z. v. Finland* case, application núm. 22009/93, in Reports of Judgments and Decisions 1997-I.

¹⁹ See *López Ostra v. Spain* case, application núm. 16798/90, ECHR-GC, 1994.

²⁰ The case was about a subject who was convicted on a charge of extortion, and subjected to removal of biological material. The Public Prosecutor on the basis of the Dutch DNA Testing (Convicted Persons) Act ordered the insertion of his genetic profile in the Dutch national database, while the applicant opposed to this command, believing that his DNA had never played any role during the investigation and pleading a violation of art. 7 ECHR (to the extent that the order of the Public Prosecutor represented a further penalty which was not possible to impose at the time when the charged facts had occurred), art. 8 (violation of privacy) and art. 14 (discriminatory measure). In this case, the Strasbourg Court, while rejecting the reference to art. 7 as incompatible *ratione materiae*, allowed the exceptions to privacy under art. 8, stating that the ownership of biological material is not neutral and represents an interference to private life *per se*. A distinction among biological samples and DNA profiles, on the one hand, and fingerprints, on the other, was enucleated.

having a binding force can be labeled as «law»²¹ (such as treaties, statutes, regulations, governmental acts, administrative acts, case laws, the sources of unwritten law). What matters is that such a source of law owns certain characteristics: public accessibility (an act that is secret or internal to a body, such as Home Office Guidelines, is not considered as «law»), predictability (the consequences of actions, the sanctions, the effects of the application of the law must be settled²²), clarity (the law must be sufficiently understood by everyone), precision (the rules should be detailed, thus providing adequate protection from arbitrariness²³), completeness and binding force (not mere recommendations or opinions).

The second requirement, a teleological one, is the respect of the principle of finality, i.e. the purpose for restricting privacy has to be explicitly indicated in the law. Legitimate targets could be the national security, the public safety or the economic well-being of the country, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, the protection of the rights and freedoms of others.¹

The third condition for interference is summarized in the formula «necessity in a democratic society». It is an axiological requirement, according to which the interference in private life is admissible only if other means are not possible or have less effect than that desired one, resulting in the exclusion of all means that are excessive and redundant. Such «necessity» is visible in the presence of a pressing social need (the compression of freedom and privacy is needed for protecting public or collective social needs²⁴), and it is connected to a principle of proportionality (in the sense that the chosen measure must be proportionate to the legitimate aim, and a balance between the objectives to pursue and the means, tools, time, methods to adopt must be achieved). Moreover, it includes the criteria of relevance, pertinence, sufficiency, adequacy of the reasons that are given in order to justify the interference (according to a suitability test²⁵).

Once fixed the conditions for justifying the interference to privacy and once demonstrated that the notion of privacy can be extended to genetic profiles, the next step of the Court's argument consists in applying art. 8 § 2 to DNA profiles, for outlining how the compression of genetic privacy (which emerges in the case of forensic DNA databanks) could be admitted. The role played by DNA analysis in recent years in the fight for crime prevention and detection is so meaningful that it necessitates clear rules to be employed and developed. For this reason, the Court states that a law

²¹ See, for example, *Kruslin v. France* case, application núm. 11801/85, ECHR-GC, 1990.

²² See *Malone v. UK* case, application núm. 8691/79, ECHR-C. Plenary, 1984.

²³ See *Goodwin v. UK* case, application núm. 17488/90, ECHR-GC, 1996; *Wingrove v. UK* case, application núm. 17419/90, ECHR-GC, 1996.

²⁴ See *Chapman v. UK* case, application núm. 27238/95, ECHR-I, 2001.

²⁵ See *Olsson v. Sweden* case, application núm. 13441/87, ECHR-GC, 1992.

in the field should be clear, accessible, unambiguous and not contradictory, the purpose must be indicated, the way of exercising the power should be proportionate to the aims.

At the light of this, it results that English law has violated the provisions of art. 8 ECHR, in particular from the perspective of the principle of proportionality. Indeed, the law takes into account neither different cases and timings for the storage of genetic profiles, nor sets their removal from the bank on the basis of the seriousness of the offense, the age of the subjects, or their status (of suspected or convicted). The Court, therefore, indicates what the content of a national legislation about forensic DNA databases should be, pointing out that the collection and storage of samples and profiles must be modulated in relation to objective criteria (such as considering the type and nature the offense), subjective criteria (the status of the person that has to undergo the biological sampling) and temporal criteria (deciding different ranges of time according to the crimes that have been committed and the status of people involved). The violation of proportionality entails that a social stigma can arise: if the police has the power to keep the DNA profiles of people for an undetermined period, even after the trial declaring their innocence, this injures the presumption of innocence, thus producing an equalization between innocent and condemned people, and labeling the people whose profiles are inserted in the bank as «permanent suspected».

With a metaphor, it could be said that the Court asserts that the «doors» to enter and go out from the forensic DNA bank should have the same width, and it is not acceptable that there is a large door to come in the database (i.e. a lot of types of profiles are admitted) and a tiny output door (the deletion is allowed only for a minimal portion of data).

6. The effects of the judgment *S. and Marper v. UK* on the European Union law

In order to draw a balanced regulation of forensic DNA databanks, the Strasbourg Court uses different sources of law, having different origin and spatial application. To this extent, the judgment in *S. and Marper* case is a meaningful one for checking the convergence between EU and ECHR system.

First of all, it is needed to have a quick look at the general relationship among the two main «actors» within European territory.

The Council of Europe is, as known, an international organization, focused on the protection of human rights and fundamental freedom (and centered on the ECHR), while the EU, whose nature is ambiguous²⁶, was born for purely economic purposes, and

²⁶ According to some positions the EU is Confederation of States (for example, T. SCHMITZ, *Integration in der Supranationalen Union*, Das europäische Organisa-

only over the years it has put attention on fundamental rights. The Maastricht Treaty (1992) in its art. F²⁷, subsequently repeated in art. 6 from the Amsterdam Treaty (1997), was the first to identify the value of human rights in the EU context, mentioning them as "general principles of Community law", whose sources could be found in the ECHR and in the common constitutional traditions of the Member States.

Such reference to the ECHR is nowadays even more significant in light of the coming into effect of the Lisbon Treaty (December 1, 2009)²⁸, which has stated a new art. 6 TEU, underlining the legally binding value of the European Charter of Fundamental Rights (that is the "Bill of Rights", drafted in Nice and enacted in the EU in 2000²⁹, but without a binding value until 2009). In Nice Charter, in particular, the fundamental rights are considered as principles that should inform the discipline and approach of any EU policy. Moreover, the Charter recognizes to the rights mentioned within it the same value and the same scope of rights contained in the ECHR (as provided by art. 52 § 3 of Nice Charter), thus allowing a mutual integration between the two catalogues of rights, and permitting to make prevail, in case of contradictions, the source that offers the highest level of protection of rights (art. 53).

Such a framework lets note how tangible the interconnectedness, convergence and «osmosis» among the bills of rights is in the European context, at the point that some Authors have spoken of a reached "multilevel protection of human rights"³⁰.

tionsmodelleinerprozesshaften geo-regionalen Integration und seine rechtlichen und staatstheoretischen Implikationen, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001, p. 173); for others, it is a hybrid organization among Federation and Confederation (T.A. BÖRZEL-T. RISSE, Who is Afraid of a European Federation. How to Constitutionalise a Multi-Level Governance System, in C. JOERGES - Y. MÉNY - J.H.H. WEILER (EDS.), What kind of constitution for what kind of polity. Responses to Joschka Fischer, The Robert Schuman Center for Advanced Studies, European University Institute, 2000, part IV, at <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/symp.html>); in another perspective, it is a Federation (for example, J. FISCHER, From Confederacy to Federation - Thoughts on the finality of European integration, Speech at the Humboldt University in Berlin, 12th May 2000, at http://www.auswaertiges-amt.de/www/en/ausgabe_archiv/archiv_id-1252); in another view, it is a sui generis organization (P. VAN HAM, European Integration and the Postmodern Condition; Governance, Democracy, Identity, Routledge, London-New York, 2001).

²⁷ The Maastricht Treaty, in Official Journal C 191, 29th July 1992, at <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>.

²⁸ The Lisbon Treaty, amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon on the 13th December 2007, in force on 1st December 2009, in Official Journal C 306, 17th December 2007, at <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:EN:HTML>.

²⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed on 7th December 2000, published in Official Journal C 364, 18th December 2000, at http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

³⁰ M. Cartabia, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European Pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. Casonato (ed.), *The*

Moreover, the relationship between the ECHR and the EU system appears, in parallel to the sources of law, in the area of case-law, as it is through the courts' activity that the rights are really implemented. In this sense, the Lisbon Treaty, providing for the future EU's accession to the ECHR, has put to an end the ancient hostilities among the two institutions³¹ and strengthened the «dialogue» between courts. Indeed, at present, all the 27 Member States of the EU belong at the same time to the Council of Europe, but the EU as such does not. When the EU accedes to the ECHR³², the EC Court probably will continue to remain the only ultimate arbiter about the validity of EU acts, but could have the possibility a) to replicate in front of the ECHR, b) to pose a EU judge in the Strasbourg judicial body, and c) the European citizens could appeal against EU decisions in front of Strasbourg Court. On the other hand, the Court of Strasbourg, configured as a court specialized in fundamental rights and not as a supreme court in Europe, will become an external controller for the EU, intervening at the exhaustion of internal remedies in the EU (in the name of the principle of subsidiarity) to monitor the external obligations of international law arising upon EU because of its adhesion to ECHR.

Such a convergence between EU and ECHR represents the new path of the «transnational law» and determines the image of a new Europe, «shared and coordinated by the case law of both the Courts, in which the prominent policy becomes the one of Fundamental Rights»³³.

7. As regards privacy

Keeping in mind the general relationship between ECHR and EU law, it results that the effects of the S. and Marper decision are tangible under two perspectives: as regards the notion of privacy and the use and exchange of genetic information by police forces.

The Strasbourg Court in reference to privacy takes in consider-

protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada, *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento*, 2003, p. 81 a 99.

³¹ This hostility was visible especially in the EC Court of Justice's Opinion (n. 2/94), in which the Court denied the European Community competence to accede to the ECHR, because «at the present state of European Community law, this would lead to the inclusion of EC in a different institutional system» (Opinion, 28th March 1996, in *European Court reports 1996* Page I-01759, at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CV0002:EN:PDF>).

³² At the moment, the adhesion has not occurred yet. The negotiations started on 7th July 2010. A provisional draft has been enacted in June 2011 and it is now at the attention of the Committee of Ministers of Council of Europe. For entering into force, it should be approved by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, by the ECHR and the EC Court of Justice. Then, it is necessary to obtain the ratification by all the Member States that are part of ECHR and by EU itself.

³³ Translation from G. Bronzini - V. Piccone, *Legiurisprudenzeeuropee in movimento. Luci e ombre nel processo di costruzione di uno jus commune*, in *Questione-Giustizia*, 2007 (1), pp. 119 y 140.

ration art. 8 ECHR, as explained above, but also artt. 7 and 8 of Nice Charter: in this way, it offers a transversal interpretation of different sources, thus producing the effect of consolidating the European norms on this topic.

Art. 7 of the EU Charter deliberately refers to the ECHR and other international charters, but with some peculiarities³⁴: firstly, it introduces the right to respect for «communications», instead of the ECHR right to respect for «correspondence», in order to update itself according to the technological developments; secondly, it lacks the content of § 2 of art. 8 ECHR. Then, art. 8 of the Charter is highly innovative, because it explicitly recognizes for every subject the right to have an active control on his/her information (not only the right to keep the others away from his/her privacy). It also sets out the conditions under which the processing of personal data is admitted, affirming the principles of fairness and finality, the relevance of consent to be provided by law, leaving to the legislator's discretion the possible exceptions to it, and stating the individual power of access to data, to the modification and removal of them.

Therefore, both the ECHR and Nice Charter consider privacy as a legal asset that is worth to be protected and brought to a level that can be defined as «constitutional».

As regards the justifications for the interference of private life, the ECHR could «offer» rules of possible integration to Nice Charter, since these provisions are not included within it: thanks to art. 52, § 3 of Nice Charter, art. 8 § 2 ECHR «enters» the EU Charter and can be quoted for completing the framework.

Not only at the «constitutional» level the convergence between the two systems appears. The Strasbourg Court, in fact, mentions the Directive 95/46/EC³⁵ and associates it with the Convention 108/1981 of the Council of Europe³⁶, giving further confirmation of the consolidated common principles in this matter of privacy (although it should be noted that the two documents are carriers of different perspectives and approaches, since the international treaty aims at fixing a minimum standard of rules among all the Member States, while the EU rules have the goal of harmonizing legislations in Europe and ensuring a higher level of warranties).

As regards the use of DNA for investigations and the exchange of genetic data among police forces.

³⁴ See the *Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights*, enacted by the Praesidium, in Official Journal C 303, 14th December 2007, at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:en:PDF>.

³⁵ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 24th October 1995, in Official Journal L 281, 23th November 1995.

³⁶ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28th January 1981, at <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/108.htm>.

Considering the issue of the possible interference to privacy, justified for compelling public needs, such as the use of DNA by police forces, the ECtHR considers, once again, international and European sources, in particular Recommendation R (87) 15 and R (92) 1 of the Council of Europe³⁷ and, in the EU context, the Prüm Treaty³⁸ (adopted by some EU Member States outside EU legal framework, but become part of EU law through Decisions JHA/615 and JHA/616 in 2008³⁹) and the Framework Decision 2008/977/JHA on the protection of personal data in relation to police activities⁴⁰.

The rules of the Prüm Decisions provide that the Contracting Parties undertake to create and manage a national database for DNA analysis in criminal contexts, and foster the exchange of genetic information with other States in order to fight criminality, even allowing other States to have access to those databases. The result appears to be a framework for allowing the comparison of unidentified anonymous profiles with those coming from other national databanks: a Member State carries out the consultation of the other State's database in a direct way (online), and only in case of positive response about matching (system hit/no hit) it may request the Member State administering the file to give personal data associated to that profile.

Checking whether these rules are in line with *S.* and *Marper* decision or not, it results that the Prüm norms are vague and lacking some of the conditions that have been set out by the judgment at stake.

From the perspective of the principle of legality, the Prüm system lacks in clarity and completeness, neglecting to indicate the parties that are involved and the type of offenses in relation to

³⁷ Recommendation R (87) 15 of the Committee of Ministers to Member States regulating the use of personal data in the police sector, 17th September 1987, at http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf. Recommendation R (92) 1 of the Committee of Ministers to Member States on the use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system, 10th February 1992, at <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1518265&SecMode=1&DocId=601410&Usage=2>.

³⁸ The Prüm Treaty was signed by Belgium, Luxembourg, the Netherlands, Germany, France and Austria with the purpose to enforce the interstate cooperation for a real fight against terrorism, transnational criminality, illegal immigration, by potentiating the exchange of information (especially genetic data and fingerprints: Title II), so that to protect public security and prevent/repress crimes.

³⁹ Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime; Council Decision 2008/616/JHA on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border Cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime. Both the Decisions were drafted on 23rd June 2008 and published in Official Journal L 210, 6th August 2008.

⁴⁰ Council Framework Decision 2008/977/JHA on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, 27th November 2008, in Official Journal L 350, 30th December 2008.

which the treatment, the storage and the exchange of data can be promoted. The Prüm Treaty and Decisions leave the discipline entirely to States and forget about the rights of data subjects; thus giving the impression that data are only owned by the Member States.

As regards the principle of finality, the vagueness of the provisions of the Prüm Treaty is a glimpse of the possibility of incurring into a serious risk of abuse by the police.

In terms of proportionality, it could be noticed that Prüm Treaty totally omits to determine subjective, objective and temporal criteria for entering and exit from the bank. Instead, Recommendations R (87) 15 and R (92) 1 anchor the cancellation of genetic data under the occurring of certain conditions (the end of an investigation; a definitive decision of acquittal; rehabilitation, prescription, amnesty; the age of the person at stake) or, in any case, they do not allow the storage of data beyond the time necessary to fulfill the purpose for which the analysis is carried out.

Furthermore, considering the provisions of Decision 2008/977/JHA and comparing them with the mentioned ECHR case law, it can be said that, although the Decision should be welcomed as the first legal instrument concerning in general the theme of data protection within the field of the police and judicial cooperation in criminal matters, notwithstanding it appears as insufficient at the light of *S. and Marper*: indeed, the Decision concerns only the «cross-border exchange» and leaves out the issue of data processing within the Member States. Besides, recalling the Convention 108/1981, the Decision 977 refers to the same kind of safeguards, thus pursuing only a minimum level of harmonization of data protection norms that, instead, would require further additions. Moreover, there is no standard to distinguish the different categories of data according to their degree of accuracy and reliability, and according to people involved (offenders, suspects, victims, witnesses, etc...), and such deficiencies are clearly at the expense of a proper exercise of individual rights⁴¹.

In conclusion, the current EU provisions about the transmission and exchange of DNA information between police forces and judicial authorities are defective with respect to the indications of the ECtHR.

Therefore, *S. and Marper* ruling could represent a valuable source of integration of the gaps in the EU; on the other hand, the EU could make use of the supranational criteria in order to

⁴¹ Such considerations can be found in the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A comprehensive approach on personal data protection in the European Union, COM(2010) 609 final, 4th November 2010, at http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf, where a unique framework about privacy is suggested.

improve the discipline of the field⁴² and build a "global regime of data protection"⁴³, i.e. a unique regime of protection for any area of EU competence (whose legal basis can be encountered in art. 16 TFEU), that is urgent especially now that the strict separation between pillars in EU no longer exists, having been abolished from coming into force by the Lisbon Treaty.

8. The effects of the ruling *S. and Marper* on Member States of the Council of Europe

The rulings of the ECHR circulate in Europe and enter the national legal systems, thus overcoming national barriers and realizing that integration between the systems that is nowadays possible thanks to the "formidable *glue* represented by the fundamental rights"⁴⁴. This happens for *S. and Marper* decision too.

So, after considering the effects that such a ruling could have on EU law, it is time to analyse whether or not, and which effect, it could determine upon States that belong to the Council of Europe and are part of the ECHR, even if they are not the direct addressees of the judgment.

A brief analysis of the relationship between the ECHR and national systems is convenient as well, in order to check the consequences of the judgment on a specific national system that has been chosen as an example: the Italian one.

In general terms, the judgments of the ECHR produce outcomes even upon other Member States of the Council of Europe (not addressees), by virtue of their adherence to the international organization, the implementation of the ECHR in the internal legal system and the acceptance of the jurisprudence of the ECHR. In particular, the decisions of the Grand Chamber are definitive and cannot be subject to appeals (ex art. 44 ECHR), while the States have the duty to give execution to the ECHR decisions, since an

⁴² See, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, An area of freedom, security and justice serving the citizen, known as Stockholm Programme, COM (2009) 262, 10th June 2009, at <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:en:PDF>>. Furthermore, the Declaration n. 21 on the protection of personal data in the fields of judicial cooperation in criminal matters and police cooperation, annexed to Lisbon Treaty, acknowledges that "specific rules on the protection of personal data and the free movement of such data in the fields of judicial cooperation in criminal matters and police cooperation based on Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union may prove necessary because of the specific nature of these fields".

⁴³ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on an area of freedom, security and justice serving the citizen, 10th July 2009, in Official Journal C 276, 17th November 2009, pp. 8 y 20.

⁴⁴ Translation from A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti. Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, 2007, pp. 1-2, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

obligation of results (but freedom of means) is established in art. 46 ECHR.

The relationship between the States and the Council of Europe takes place mainly under two profiles: a «static» one, related to the constitutional hierarchy of sources of law (in most cases, the ECHR has been transposed in the national legal system through a specific act, should it be a statute, or a regulation, or a constitutional norm or a sub constitutional one), and a «dynamic» level, in reference to the way in which ECHR is implemented and acknowledged by the national judges.

9. The Italian case

In Italy, the framework of the sources of law is a pyramidal and hierarchical one: in this context, the ECHR would have a legislative value, being it transposed into the legal system through the Law n. 848/1955⁴⁵. However, the Constitutional Court has sought to ensure it a higher level⁴⁶, placing it an intermediate level between the Italian Constitution and the primary sources of law, represented by legislative statutes (that in the pyramidal system are hierarchically inferior to the Constitution, which is the main and highest source of the legal system).

The constitutional reference to ECHR has been found in art. 117 of the Italian Constitution (as amended by the Constitutional Law n. 3/2001), that fixes an obligation on both the national and the regional legislators for respecting international duties while enacting new norms⁴⁷. In particular, the rulings nn. 348 and 349 in 2007 from the Italian Constitutional Court (confirmed by further decisions⁴⁸) have changed the paradigm so far existing as regards the relationship between domestic and international law. They have recognized the ECHR to be a system of uniform protection of fundamental rights, stating that the ECHR decisions must apply to all the actors of the legal system, in particular the national judges who must interpret the national rules at the light of ECHR interpretations and consistently with the text and spirit of the ECHR.

⁴⁵ Statute núm. 848, 4th August 1955, Ratification and implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4th November 1950 and the Additional Protocol to the Convention, signed in Paris, 20th March 1952, at <http://www.privacy.it/legge1955848.html>.

⁴⁶ The Italian doctrine has also tried to confer the constitutional value on the ECHR, through the mention of art. 2 Constitution that gives reference to fundamental rights (see F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 1097), or by calling art. 10, paragraph 1, which gives a constitutional value to international customary law, trying to consider the rights mentioned in ECHR as only formally part of conventional law, but in practice identical to customary rules (see R. Quadri, *Diritto Internazionale pubblico*, Editoriale Scientifica, Naples, 1968, p. 64).

⁴⁷ Art. 117, 1 states: *Legislative powers shall be vested in the State and the Regions in compliance with the Constitution and with the constraints deriving from EU legislation and international obligations.*

⁴⁸ See, for example, rulings n. 39/2008, núm. 311 and 317/2009, núm. 187 and 196/2010, n. 80/2011, at <http://www.giurcost.it>.

Only if a consistent interpretation cannot be reached, the case must be given to the attention of the Constitutional Court, who will examine the case on the basis of art. 117 Constitution.

This framework has nowadays to be reviewed thanks to the entrance into force of the Lisbon Treaty, that may involve the construction of a renewed system of sources of law, according to a «horizontal» and axiological model rather than through a hierarchical and vertical one. The criterion of the «highest level of protection of rights» (quoted in art. 53 of Nice Charter) might lead to recognize that ECHR (and the interpretation given by the ECHR) should be applied instead of national provisions for ensuring a more appropriate protection of rights and freedoms.

Moreover, bearing in mind that Nice Charter enters Italian legal system through art. 11 of the Constitution (which allows the EU law to become part of the internal system)⁴⁹, so the ECHR - as much as it is mentioned by Nice Charter (as art. 52 § 3 provides) - could enter the national system in the same way.

Therefore, all these factors determine the consequence that ECHR (and the interpretation of it, given by Strasbourg Court) in the substance assumes a constitutional value in the Italian legal system.

At the light of the general value of the ECHR decisions in the internal legal context, the impact of S. and Marper decision must be evaluated.

The judgment produces, indeed, a significant effect on the Italian legislation about forensic DNA databanks.

A short premise on the Italian law is necessary.

Until 2009, there was not a law about forensic national DNA bank, but the situation fluctuated between forms of storage of DNA profiles established by single police forces (confined to single investigations) and the proposal of numerous statutes that never reached the status of binding law.

In 2009 the Statute 85⁵⁰ was enacted, and it was the result

⁴⁹ Art. 11 states: "...Italy agrees, on conditions of equality with other States, to the limitations of sovereignty that may be necessary to a world order ensuring peace and justice among the Nations..."

⁵⁰ Statute n. 85, 30th June 2009, "Accession of the Italian Republic to the Treaty concluded on the 27th May 2005 between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria about deepening the cross-border cooperation, in particular with a view to combating terrorism, cross-border crime and illegal migration (Prüm Treaty). Establishment of the national forensic DNA database and the Central Laboratory for the national database. The assignment of authority to the Government for the establishment of technical roles within the body of the penitentiary police. The amendments to the Code of Criminal Procedure as regards the technical investigations which may af-

of an arduous process. It provides: a) the accession of the Italian Republic to the Prüm Treaty; b) the establishment of the national forensic DNA database and the Central Laboratory for the national database; c) the assignment of authority to the Government for the establishment of technical roles within the body of the penitentiary police; d) the amendments to the Code of Criminal Procedure as regards the technical investigations which may affect the individual freedom, and about compulsory sampling.

The norms of the statute that deal with the same matter faced by *S. and Marper* decision are those related to the duration and conditions of storage of DNA profiles (art. 13) and the characters of the source of law governing the operability of the system (art. 16).

The criteria established by the Strasbourg ruling have not been fully respected by the Italian legislation.

First, the principle of legality has not been properly followed, having regard to the delegation made by the law to the enactment of further implementing regulations (that are inferior to statutes in the hierarchical system of sources of law) for deciding about important issues, such as data processing, the analysis and way of removal of data, the determination of time limits for the storage of samples and profiles. Furthermore, the features of clarity, accuracy, predictability, accessibility that the law should possess lack in the Italian statute, as it can be seen in the formula on the basis of which it is necessary to start calculating the period of data retention: in fact, the formula, which sounds "from the last circumstance that led to the inclusion of the profiles in the bank and to the sampling" (for the biological material from which DNA is derived), makes it complex for the operator to find the «starting point» by which to compute the retention time, thus leaving an air of uncertainty about what kind of circumstance the reference is made to.

The principle of finality is not violated, since the entire statute is permeated with the target of protecting public security, although, as stated by the Court, a vague formula cannot legitimize any action.

The third criterion—the principle of necessity in a democratic society—arises the main problems of consistency of the Italian law with *S. and Marper* decision. The rule established by the Strasbourg Court, i.e. the profiles of innocent people cannot be kept in the bank, is not exactly reflected in the legislation at stake, since the formulas of acquittal, in the presence of which the cancellation and destruction of the profiles and samples should occur, are not all those provided by Italian Code of Criminal Procedure⁵¹. So, not all the innocent people can see their profiles removed from

fect the individual freedom, and about compulsory sampling", at <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090851.htm>.

⁵¹ For example, the formulas of acquittal mentioned in artt. 408, 411, 469, 425, 529, 530 and 531 of the Code of Criminal Procedure are lacking.

the bank, and this strengthens the social stigma and creates distinctions within the same category of people, violating both the principle of equality contained in art. 3 of the Italian Constitution, and the presumption of innocence ex art. 27.

In addition, a further problematic aspect is represented by the norms that allow a cancellation of data decided ex officio by the Public Prosecutor or by the judge (without a request from private subjects). This provision hampers the defendant's right to request the removal of his/her personal data, and it is clearly in contrast with the recognition of individual's rights dictated by ECHR and in various international instruments (such as the Convention 108/1981) or EU law (such as Directive CE/95/46). The lacking of such a right also harms the principle of equality of arms, which has oriented the Italian Legislator in 1988, while reforming the Code of Criminal Procedure to bring it to a consistently adversarial model. The negation to the data subject of the right of intervention, information, rectification and deletion of data poorly relates with art. 391 (and followings) of the Code of Criminal Procedure, where the role within investigations for the defence party is drawn, in order to allow public prosecution and private defence be equal as regards the tools for investigation.

Moreover, giving the prosecutor the power to request data deletion in favour of the acquitted person confirms the «imbalance» among the body of the prosecution and the accused person.

Turning to the norms about the time storage, the maximum period provided is excessive: the terms of twenty years for the storage of biological samples and forty years for DNA profiles are disproportionate in comparison with the aims to be achieved through the establishment of the forensic bank.

Lastly, the criteria for distinguishing the sampling and the retention of genetic profiles (seriousness of crimes and/or hazard, or other characteristics of the person at stake) are absent in the statute núm. 85/2009: different categories of subjects are fixed only for the phase of biological sampling, thus lacking a norm about the modulation of time in reference to the phase of the storage in the database.

In conclusion, the ratio decidendi of the Strasbourg judges has been neglected by Italian law, and this is even more serious at the light of the value that the ECHR and the jurisprudence of the Strasbourg Court in the Italian legal system have acquired, especially on the basis of the Lisbon Treaty.

10. UK's answer to Strasbourg Court

The condemnation that UK suffered in *S. and Marper* case affects English law, on the basis of the role that ECHR and the jurisprudence of ECHR have in the internal legal system. UK is part of the Council of Europe and in 1998 has given execution to ECHR

through adopting the Human Rights Act⁵²: it had a long and difficult process of birth, because of the English suspicion of introducing a Bill of Rights within a system not having a formal written Constitution, and indeed the incorporation is a particular one⁵³. However, the Act has brought the ECHR within the legal system, making its rules and ECHR decisions binding for institutions and individuals.

UK is obliged to give execution to S. and Marper decision, but the compliance is winding and laborious.

Since 2008, the Government⁵⁴, other Parties⁵⁵, organizations in defence of human rights⁵⁶, commissions and committees⁵⁷ and the Committee of Ministers of the Council of Europe⁵⁸ have expressed their formulations about how to comply with ECHR statement.

Even the UK Supreme Court has expressed his voice, in line with the dictum of the ECHR. On May 18th, 2011⁵⁹ the British Court has answered to the «leapfrog appeal» exercised by two people identified as C. and G.C. against the unlimited storage of their genetic profiles inside the National DNA bank, despite their lack of

⁵² Tony Blair and the Labour Party enacted a *White Book*, entitled "Rights Brought Home" (1997), that has brought to the drafting of the Human Rights Bill, which become an Act in 1998 (for the text see at http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1).

⁵³ For example, only some rights of the ECHR have been stated, the Minister that is competent for the specific subject that is at stake within a case, has been conferred of a strong role in the evaluation of the national legislation, the national judges have the duty to check the conformity of the internal norms to ECHR, remitting the issue to the Parliament in case of incompatibility among norms. So, the supremacy of the Parliament has been respected.

⁵⁴ The Government launched a public consultation in 2009 on the matter *Keeping the right people on the DNA database*, so that to collect the positions of public opinion as regards the Government proposals (see at <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100418065544/http://www.homeoffice.gov.uk/documents/cons-2009-ripa/index.html>).

⁵⁵ For the *Shadow Government* see C. GRAYLING, Keeping DNA data is illegal. So stop, in *The Guardian*, 6th April 2009, at <http://www.guardian.co.uk/commentis-free/2009/apr/05/dna-database-law>.

⁵⁶ See the Report commissioned by J. Rowntree Reform Trust Ltd., entitled "*Database State*" (March 2009, at <http://www.jrrt.org.uk/uploads/database-state.pdf>), that proposes a model similar to the Scottish one (Criminal Procedure Act of Scotland, 1995).

⁵⁷ See Report, entitled "*Surveillance: Citizens and the State*", 2009, by Constitution Committee of the House of Lords (at <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldconst/18/1802.htm>) and "Nothing to hide, nothing to fear? Balancing individual rights and the public interest in the governance and use of the National DNA Database", 2009, by the Human Genetic Commission (at <http://www.hgc.gov.uk/Client/document.asp?DocId=226&CategoryId=10>).

⁵⁸ About the meetings and reports by the Committee of Ministers of the Council of Europe, see at (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp).

⁵⁹ R (on application of GC) (FC) (Appellant) v. The Commissioner of Police of Metropolis (Respondent) case, [2011] UKSC 21 on appeal from the High Court (Administrative Court) [2010] EWHC 2225 (Admin), 18th May 2011.

prosecution after arrest (in the case of G.C.) and acquittal (C.). The Court, overruling the precedent decision by the House of Lords in *S. and Marper* case (2004), has accepted the applicants' claims almost unanimously (apart from the dissenting opinions by Lord Roger and Brown). It has stated that section 64 of the Police and Criminal Evidence Act should be interpreted in a manner compatible with the ECHR (as required by section 3 of the Human Rights Act). Therefore, the Guidelines currently in force (introduced in 2006 by ACPO, the Association of Chief Police Officers), that have subordinated the removal of DNA profiles, fingerprints and data contained in the Police National Computer to "exceptional circumstances" assigned to the choice of Chief Constables (police chiefs), have been defined as unlawful under art. 8 ECHR, according to the interpretation by the ECHR.

Yet, the Supreme Court has neither ordered the removal of profiles from the database nor imposed to change the ACPO Guidelines, but it has granted to the Government a "reasonable time" to implement the decision, at the same time waiting for the legislation that should execute the ECHR decision.

The matter of amendments to be introduced into domestic legislation to comply with the Strasbourg ruling is far-back pending. After a long series of proposals, in April 2010 the "Crime and Security Act" was adopted⁶⁰. Though, because of elections occurring in medias res, the Act did not entered into force as a whole. In particular, the norms about the storage and deletion of DNA profiles were defined as not applicable.

So, in February 2011 a new "Protection of Freedoms Bill" was submitted, but because of the criticism about the non full compliance with ECHR, was reviewed in September 2011, stating, in brief, that:

- the estimated one million innocent people's genetic profiles who are retained in the national database must be deleted;
- as regards minor crimes: people who are arrested but then are either not charged or are acquitted of minor offences will have their records on the DNA database and fingerprints database deleted, when charges are dropped or an investigation is complete; instead, if they are convicted of, or cautioned for, a minor crime, they will have their DNA records and fingerprints kept indefinitely;
- as regards serious offenses: people who are charged with but not convicted of serious offences will have their profiles deleted after 3 years, unless the police apply for a further retention period

⁶⁰ The Crime and Security Act, in reference to cases of deletion of genetic profiles, opted for the illimitate retention of profiles belonging to adults that were condemned for any type of crime, the retention for 6 years after arrest for adults that were arrested but not condemned, the indefinite retention for data of minor people that are condemned of serious offences and retention for 5 years in case of condemnation for minor offences.

of two years; people who are arrested but not charged with serious offences may have their records on the DNA database and fingerprints database retained for 3 years, if so decided by the Home Secretary and approved by a new Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material;

- in case of minors: if they are convicted of a minor crime, they will have their DNA records and fingerprints deleted after 5 years; if convicted for serious offences, they will have their DNA records and fingerprints kept indefinitely;

- all DNA samples will be destroyed once the DNA profiles stored on the database have been obtained from them (not later than 6 months after they were collected).

After a «never-ending saga»⁶¹, the Bill has turned into Act on the 1st May 2012, but at the moment no date has yet been set for its implementation.

Finally, the decision to remove more than a million innocent people's DNA and fingerprint records from police computers and to destroy all DNA samples has been taken. However, none of the legal requirements in the Act have yet been brought into force, and this is expected to begin in July 2012, but it will probably take some time. New guidance will also have to be written for the police, to make sure that Police National Computer (PNC) records are deleted at the same time as people's DNA and fingerprint records.

So doing, the UK has demonstrated to have understood Strasbourg's lesson, although some criticism remains in reference to the fact that the profiles of some innocents still remain in the NDNAD (in case of charge but no conviction for serious offences, and arrest but no charge). However, their permanence is — finally — temporally limited.

11. (A sort of) conclusion. What framework in Europe after *S. and Marper v. UK* decision?

The delicate balance between individual liberties and public needs, set up by the European Court in Strasbourg in *S. and Marper* case as regards the forensic DNA banks is, as we have seen, a reference model from different perspectives and for different actors belonging to the European landscape.

The ruling is significant from both a) a «substantive» point of

⁶¹ It could be noticed that the last Report elaborated by the Committee of Ministers of the Council of Europe (26th May 2011) observes that the dispositions proposed by UK for implementing the ECHR ruling are, in general, consistent with the Strasbourg Court decision, but the Committee asks the UK to justify the reasons that have brought to the choice of prorogation, in some cases, the retention of profiles beyond the acquittal or the declaration of innocence of the people involved. Moreover, the Committee asks for protecting the positions of minor people in a more meaningful way and precisising whether the new normative will apply to North Ireland or not (see CM/Inf/DH(2011)22rev.).

view, namely in reference to the way in which it addressed the specific theme (the relationship of «rule-exception» that the combination of «privacy-security» must have) and offers guidance for the construction of a proper DNA bank, and b) from the «structural» point of view, i.e. as regards the sources of law, considering its impact and its dense «network» of relations with different legal systems in Europe.

In reference to the first aspect, the judgment allows us to understand the complex interplay of needs and rights that the science raises, and the difficulty of achieving the correct balance among different interests, without sacrificing any of them. Moreover, the case shows how scientific applications are not isolated from reality, do not live in an independent dimension, with no interactions, but tackle a range of rights, needs, interests, that must be considered in the assessment of new technologies. That is why this issue has a strong cross-cutting feature, i.e. it is transversal to the different cultural, political, ethical orientations, thus permitting to see and appreciate the complexity of the issues that the current society is nowadays called to face with.

As to the second aspect, the rich interaction that the judgment may have with different legal systems and jurisdictions is a confirmation of that phenomenon, increasingly growing at the global level, defined as "transnational flow of legal standards". The science, with its discoveries and applications, assumes a global dimension and goes beyond the national boundaries of the States; at the political level, the overcrossing of the traditional idea of national sovereignty is witnessed, together with the arising of phenomena of interconnection labelled as "transgovernmentalism". Analogously, in the legal field the process of globalization is testing transnational levels. The interconnections between the national case laws, their mutual appeal to international conventions or decisions taken at European, international and supranational level, the relationship with other courts in the ground of human rights produce, indeed, a stream of legal standards that is going to enrich itself in the future. So, Strasbourg Court broadens the debate on a specific theme (such as the one of forensic DNA databanks), and simultaneously it increases the formation of a common framework of rules, at the transnational level, asking the various European institutional actors to take into account its rulings, both during the introduction of standards in a determinate area and in the phase of revision of standards already adopted.

MUESTRAS BIOLÓGICAS HUMANAS Y BIOBANCOS PARA INVESTIGACIÓN

EMILSEN GONZÁLEZ DE CASCINO
DIRECTORA DEL CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

1. Introducción

Los biobancos¹ constituyen en la actualidad una de las instituciones básicas en investigación médica. Su estudio abarca, entre otros, temas científicos, económicos, sociológicos, demográficos y jurídicos. Dentro de estos últimos, los asuntos relacionados con el consentimiento previo e informado de los donantes, la naturaleza jurídica y los derechos sobre las muestras biológicas humanas y la información que de ellas se obtiene, así como aspectos particulares de los denominados biobancos poblacionales son aspectos muy importantes de los debates en torno de estas instituciones, de manera especial cuando están dirigidos a la investigación *in vitro* y, dentro de ellos, de los bancos de tumores. A estos puntos dedicaremos nuestra atención en el presente escrito.

2. El Consentimiento de los Donantes

Sabemos que no por repetir en reuniones de expertos que no se puede invadir el área de competencias de otra persona sin su consentimiento², que este postulado pone en práctica el derecho

¹ La Ley española 14 de 2007 sobre investigación biomédica los define así: Un biobanco es un establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino.

² En realidad, tampoco se puede vulnerar el cuerpo de las personas con autonomía disminuida pues su vulnerabilidad no disminuye su dignidad. Cfr. L. Velásquez Fandiño, *La relación médico-paciente: una aproximación al problema de la auto-*

fundamental a la autonomía personal que deriva del principio general de libertad, se ha logrado en la práctica que todo médico, clínico o investigador, lo conciba en esa tesitura y deje de ver en él sólo el documento que la ley requiere o que le permitirá probar que los riesgos se han trasladado al paciente o donante, si se presenta un litigio que deba ser resuelto por el juez³.

El consentimiento previo e informado, comprendido en todo su significado y dinámica ética y jurídica tiene mucha importancia como elemento necesario en investigación biomédica. Es uno de los pilares en que se apoya la legitimidad y validez de la misma, pero no el único; en otras palabras, lo acordado entre el sujeto fuente o persona que ha permitido que sobre ella se investigue no constituye la única carta de navegación para el investigador—incluso parte de la doctrina afirma que se trata de un instrumento demasiado débil para proteger los derechos de los donantes⁴—; le hará falta observar normas técnicas, considerar aspectos éticos, obedecer las leyes y ajustar su conducta a las prescripciones del derecho internacional de los derechos humanos.

2.1. Oportunidad

Es verdad ya sabida que el consentimiento para permitir la intervención en el cuerpo humano debe obtenerse antes de tal intervención.

En el caso de los biobancos de tumores se dan dos situaciones diferentes: a) la de los pacientes donantes, b) la de los donantes sanos.

Con relación a estos últimos el derecho tiene bien establecidos los requisitos y resulta claro que el consentimiento debe expresarse en tiempo anterior a la toma de la muestra, cualquiera sea el procedimiento para obtenerla o la clase de fluido o tejido que la conforme.

Si se trata de un paciente donante, el consentimiento para almacenar la muestra en el biobanco para investigación⁵, en teoría,

nomía, en *Revista colombiana de bioética*, vol. VII, núm. 1 (1/2012), pp. 163 y 171.

³ C. Ovalle Gómez, *Práctica y significado del consentimiento informado en hospitales de Colombia y Chile: estudio de casos*, Bogotá, 2009; c. Wiesner y I. Monsalve, *Interactuar, comunicar, deliberar: un estudio de caso; el consentimiento informado en el Instituto Nacional de Cancerología*, Bogotá, 2009; S. Rodotà, *La vida y las reglas. Entre el Derecho y el no Derecho*, Madrid, 2010, p. 306: De la constatación del horror nazi se escapa, como acabamos de recordar, mediante la atribución de un valor absoluto al consentimiento informado, como la que abre el Código de Núremberg. Con ella, el poder médico cambia de naturaleza y la persona se libera de todo aquél que pueda apropiarse de su cuerpo y su voluntad.

⁴ C. Blohm y Jürgen Simon, *Group consent in population based research*, en *Journal international de bioéthique*, 2007, vol. XVIII, núm. 4, p. 1 a 19.

⁵ Es claro que las muestras de los pacientes pueden ir a un biobanco clínico (empleamos la palabra en sentido amplio que comprende las colecciones que no se comparten con los investigadores) y permanecer almacenadas allí mientras sean necesarias para diagnóstico o tratamiento terapéutico.

podría ser posterior a la intervención quirúrgica o la toma de la biopsia, pero si tenemos en cuenta las condiciones en las que el paciente podría encontrarse en ese entonces y la necesidad de acondicionar las muestras en tiempo muy breve para que conserven su utilidad, lo más conveniente será obtenerlo con anterioridad a la extracción del tumor o de una parte de éste

Cabría preguntarse entonces si basta un proceso único de información, deliberación y expresión del consentimiento, o son indispensables dos diferentes, y si su expresión debe verse en documentos independientes o no.

En nuestra opinión, es preciso no entender que simultaneidad sea sinónimo de confusión o dependencia; sin embargo, no se pueden perder de vista las diferencias esenciales entre la actuación médica con finalidad terapéutica y la investigación biomédica, así como la obligatoriedad de respetar la regla que impide convertir a un paciente en sujeto de investigación sin su consentimiento expreso⁶.

Distintos deben ser los documentos en los que consta el consentimiento del paciente, distintas las informaciones que deben suministrarse para formar la voluntad y distintos los profesionales que las provean⁷.

Las normas que regulan la asistencia sanitaria y la documentación correspondiente son unas, las aplicables a la investigación son otras. En el entorno clínico, el médico tiene la obligación, so pena de incurrir en responsabilidad civil, de informar a su paciente sobre el riesgo previsto del acto médico y dejar constancia de ello en la historia clínica, documento sometido a exigencias legales concretas. De otra parte, los beneficios previstos son bastante comprensibles en cuanto, de concretarse, serán más palpables y personales que los que se deriven de una investigación⁸.

⁶ Las opciones pueden ser a) consentimiento afirmativo para ceder la muestra para investigación; b) declaración expresa de la oposición a la cesión. En nuestra opinión, es la primera la que garantiza el derecho de autonomía del paciente. En Islandia el Biobanks Act de 25 de mayo de 2000 establece que el donante de una muestra biológica debe informar sus deseos al Director médico de salud (Medical Director of Health) y que éste debe mantener un registro (encriptado) de los individuos que hayan prohibido el uso de sus muestras biológicas provenientes de análisis clínicos para estudios científicos y el almacenamiento de tales muestras en un biobanco de investigación (art. 7). Además, el art. 5 ordena, cuando las muestras clínicas y las destinadas a investigación se encuentran en las instalaciones del mismo biobanco, mantenerlas claramente separadas y con las etiquetas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las disposiciones referidas a cada clase de ellas. En Colombia, las disposiciones están en cuerpos normativos diferentes.

⁷ Colombia; Resolución 8430 de 1993 del entonces Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social; L. A. Cifuentes Alzate, *El consentimiento informado en proyectos de investigación y experimentación en seres humanos*, en *Derecho y Vida* lus et vita, marzo 2006, núm. 50.

⁸ Riesgos y beneficios tienen un amplio campo de referencia en la literatura médica que contiene informaciones precisas sobre experiencias médicas.

En cierto sentido se puede decir que el acto médico terapéutico tiene un espacio, un tiempo y unos protagonistas conocidos o determinados.

En los tiempos que corren, la investigación que se vale de las muestras biológicas almacenadas en los biobancos, en cambio, se extiende en el tiempo y va incorporando nuevos conocimientos, técnicas, instrumentos y métodos que le permiten acrecentar la utilidad de los materiales con los cuales trabaja; no está circunscrita a una institución o un país sino que cruza las fronteras, fragmenta sus pesquisas, publica y aun globaliza la información que produce. Además, es mayor el número de investigadores que puede entrar en contacto con las muestras, y éstas portan información que permite conocer condiciones actuales y futuras de la persona de la cual provienen, así como de los miembros de su familia o grupo étnico o poblacional, sin olvidar que si están asociadas al donante, es fácil conocer su historia clínica, su estilo de vida, etc.

De lo anterior se deduce que la finalidad, los procedimientos técnicos, los beneficios y los riesgos de la investigación difieren de los propios de la intervención quirúrgica en la cual se extrajo el tumor o se obtuvo la muestra; en consecuencia, la información debe cobijarlos de manera independiente y detallada.⁹

Los beneficios en este escenario lucen más difusos y podrían incluso mostrarse como la esperanza de una participación económica si la investigación arroja ganancias de ese tipo; quien provee la información tiene el deber de poner las cosas en claro. Su conducta sería reprochable tanto si alienta esa esperanza, pues actualmente los donantes no participan, o por lo menos no lo hacen en forma automática¹⁰, en las ganancias que pueda dar, por ejemplo, una patente sobre algún producto de la investigación, como si concede o promete dar un incentivo a nombre propio o de otra persona o institución, o si usa argumentos que conmuevan el ánimo con el propósito de lograr –en realidad estaría forzando– el consentimiento del posible donante.

2.2. Alcance del consentimiento

En este punto las consideraciones que entran en juego están relacionadas con los derechos fundamentales e intereses de los donantes, los valores democráticos de la sociedad, y los intereses de ésta y de la ciencia.

La regla de partida está contenida en varias Declaraciones

⁹ Noruega, *Act relating to biobanks*, 2003, § 12. Según esta disposición también debe darse información sobre la sensibilidad del material y la vulnerabilidad del grupo de muestras.

¹⁰ Ya se han dado varios casos en los que un grupo o asociación de pacientes llega a un acuerdo con los investigadores para participar en los derechos de las patentes resultantes de la investigación; por ejemplo, el que firmaron la Universidad de Hawai y los parientes de los enfermos del pseudo xantoma elástico.

internacionales¹¹: los intereses del individuo deben prevalecer sobre aquellos de la sociedad y de la ciencia.

Las principales opciones serían:

a) Presumir el consentimiento si no se ha expresado voluntad contraria.

b) Obtener un consentimiento en blanco, de manera que desde el momento de la aprehensión de la muestra por los médicos el individuo renuncie a todos los derechos y facultades que pueda tener sobre la misma y sobre la información en ella contenida; en consecuencia, aquella quedará a entera disposición del biobanco.

c) Consentimiento amplio pero dirigido hacia un sector de la investigación; por ejemplo, para investigación en salud.

d) "Consentimiento futuro", es decir, autorización para una finalidad específica inmediata y para que el biobanco decida sobre los posibles usos posteriores.

e) Consentimiento específico con diferentes grados de determinación: para investigación en cáncer, o en cáncer de piel, etc.

f) Consentimiento específico o particular para un proyecto suficientemente identificado y sólo para ese.

En la doctrina podemos encontrar partidarios de cada una de las varias opciones mencionadas¹².

El consentimiento en blanco pone las muestras a disposición de los investigadores sin más límites que los contenidos en las leyes o en las convicciones éticas de aquellos¹³; mas, opinamos que en el caso de un biobanco para investigación en realidad no puede darse este tipo, pues si éstas le han sido confiadas, la misión, los estatutos, reglamentos y protocolos institucionales deben señalar un marco de actuación científica que garantice los derechos de los donantes en mejor forma y mayor medida que la donación directa a los científicos. Esta circunstancia se convierte en un activo del biobanco porque incrementa la confianza del público, la respetabilidad de la institución y, en consecuencia, el número de donaciones; así las cosas, si el donante los conoce - y debe conocerlos porque suministrárselos y explicárselos es parte del contenido del deber de información -, los documentos mencionados entrarán a formar parte del consentimiento informado, acuerdo que vincula al biobanco.

¹¹ La Declaración de Helsinki de 1964 con sus posteriores modificaciones, así como las Declaraciones de la UNESCO, sobre el Genoma humano y los Derechos humanos de 1997 y sobre Bioética y Derechos humanos de 2005.

¹² Consultense, entre otros, M. Mello y L. E. Wolf, *The Havasupai indian tribe case - Lessons for Research Involving Stored Biological Samples*, *The New England Journal of Medicine*, consultado en: www.nwjm.org, junio 10 de 2010, p. 1.

¹³ Igual pasaría con el consentimiento presunto, pero una disposición que así lo dispusiera quizá no contaría con la aceptación social apetecida. En los trasplantes se ha abierto paso con relación a los donantes cadavéricos en virtud de la finalidad terapéutica con beneficios tangibles para el receptor. La información sería siempre insuficiente y la deliberación escasa; en realidad no podría hablarse técnicamente de consentimiento informado.

Es oportuno observar aquí que generalmente el proceso de comunicación y deliberación dirigido a obtener el consentimiento termina con la firma de un formato predispuesto por el biobanco y, por lo tanto, en desarrollo del principio de buena fe y las reglas de interpretación de los negocios jurídicos, si sus cláusulas son ambiguas o se consideran abusivas, por ejemplo, porque restringen la responsabilidad de la institución más allá de los límites permitidos, se interpretarán en contra de aquél¹⁴.

El consentimiento amplio pero determinado —para investigación biomédica o en salud—, y más aun el específico con distintos grados de determinación para investigación en cáncer, para investigación en cáncer de médula, para el proyecto C800 del Instituto Colombiano de Cancerología, por ejemplo lucen más ajustados a los principios del constitucionalismo actual que, junto a la idea de proteger a los individuos frente al Estado, ha colocado y, hasta podría afirmarse que ha superpuesto, la de la protección de los individuos y grupos vulnerables frente a quienes tienen una situación de poder o superioridad, sin importar si éstos pertenecen al ámbito público o al privado¹⁵.

Desde ya afirmamos que en nuestra opinión los bancos de tumores podrían moverse con comodidad y eficiencia en el marco acotado por un consentimiento para investigación en cáncer¹⁶.

Algunos autores han expresado su opinión en favor del consentimiento amplio (incluso en blanco) con base en argumentos tales como la utilidad de la investigación que emplea las muestras almacenadas en los biobancos; el mayor respeto por la autonomía del donante, el riesgo bajo y, en territorios específicos, la práctica reiterada aun en contra de disposiciones legales en contrario¹⁷.

Sin poner en discusión la utilidad reconocida por la mayoría de los científicos actuales a la investigación que utiliza los materiales de los biobancos, no creemos que este sea un argumento para fundamentar el recorte de la autonomía del donante dirigida a indicar algunos límites al investigador. Es más, la utilidad de cualquier investigación científica hace parte de su razón de ser y es la base del reconocimiento constitucional de la libertad para realizarla y de las políticas públicas destinadas a apoyarla, estimularla y, en lo posible, financiarla¹⁸, es una *condicio iuris*,

¹⁴ Art. 1624 del Código Civil Colombiano.

¹⁵ A. Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, 2000.

¹⁶ La presión de las multinacionales que adelantan proyectos de investigación determina que generalmente se establezca como principio la obtención del consentimiento y la consecuente disposición de las muestras para objetivos más amplios.

¹⁷ D. Hansson et al., *Should donors be allowed to give broad consent to future biobank research*, en *Lancet Oncol*, 2006, pp. 266 ss., citado por B. Hofmann, *Broadening consent and diluting ethics*, en *J. Med. Ethics*, 2009, pp. 125 y ss., consultado en: jme.bmj.com, el 22/05/2009. Se habla de argumento de la consistencia.

¹⁸ Cfr. Colombia, Constitución política, art. 61, 69 y 71.

no un elemento que sume grados a su valor social. Los criterios para graduar su importancia pueden resultar confusos, demasiado flexibles y depender en gran parte de ideas que se esgrimen desde posiciones de poder¹⁹. Estos problemas que acompañan al argumento de la utilidad muestran que no puede servir de base a una excepción a la regla del interés superior del individuo en los Estados democráticos.

Por otro lado, tal vez sea cierto que la posibilidad de expresar un consentimiento amplio represente mayor respeto por la autonomía del donante y que en ese sentido la tarea del derecho consista en garantizar que aquél sea expresión genuina de ésta. Así las cosas, el deber de información se valoraría con especial rigor.

Sin embargo, la interpretación del concepto "consentimiento amplio" puede llegar a ser tan elástica²⁰ que una norma que lo consagre como opción única concitaría críticas de gran calado que minarían el reconocimiento social que deben ganar los biobancos para investigación como instituciones que colaboran con ella en un ambiente de garantía de los derechos fundamentales de los donantes²¹.

Podría pensarse, como lo hace Hansson²² que las exigencias legales para el manejo de la información, el derecho a revocar el consentimiento y la supervisión de los comités de ética se practican acuciosamente en todo biobanco y son suficientes para evitar los riesgos que pueda presentar un consentimiento amplio.

En cuanto hace al primer punto, la información suele protegerse mediante su codificación. El problema mayor no radica en que aun aquella que se presenta como dissociada irreversiblemente de la identidad del sujeto fuente pueda decodificarse, al parecer, cada día con menor esfuerzo, sino en la imposibilidad en que estamos de conocer con certeza la manera como la información que se acopie ahora o la que pueda obtenerse en el futuro con el progreso científico, pueda causar daños²³ al donante, su familia o su grupo.

Un consentimiento que se otorga para una línea específica de investigación resulta más eficaz para proteger los derechos a la autonomía, la intimidad, a no saber y a la autodeterminación

¹⁹ B. Hofmann, *Broadening consent and diluting ethics*, ob. cit., afirma que el argumento de la utilidad o beneficio se basa en lo que ha sido llamado *hopeful principle* que, en su opinión, es tan erróneo como el principio de precaución.

²⁰ Podría abarcar autorizaciones para ceder las muestras a cualquier investigador en cualquier parte del mundo sin conocer los márgenes de seguridad y garantía de los derechos fundamentales que rigen en el país al cual se trasladarán.

²¹ Si las muestras provienen de niños o adolescentes es bueno recordar que, los jueces constitucionales, por ejemplo en Colombia, muestran una tendencia hacia exigencias cada vez más rigurosas para el consentimiento de los padres o representantes legales, aun tratándose de diagnóstico y tratamiento terapéutico.

²² D. Hansson et al., *Should donors be allowed to give broad consent to future biobank research*, ob. cit., pp. 266 y ss.

²³ B. Hofmann, *Broadening consent and diluting ethics*, ob. cit., p.126

informática²⁴ por cuanto en la práctica es relativamente más fácil para el biobanco que suministra las muestras conocer los investigadores que se dedican a la clase de investigación autorizada por el donante, aplicar criterios de trazabilidad a las muestras y, por lo tanto, controlar que los cesionarios hagan de éstas un uso correcto de acuerdo con las normas éticas y jurídicas²⁵.

La posibilidad cierta de revocar el consentimiento es un reconocimiento a la autonomía de las personas; empero, como instrumento de garantía de otros derechos es débil. El donante necesitaría tener conocimientos similares a los de los investigadores, además de la opción de seguir paso a paso el desarrollo de las actividades que ellos realicen sobre sus muestras, para estar en capacidad de revocarlo en el momento oportuno y con plena conciencia de los motivos. Indudablemente, entre mas amplia sea la autorización para los investigadores, menor será el grado de control sobre las circunstancias que validen reflexivamente la revocación. Incluso, como se ha dicho, una serie de temores podría provocar avalancha de revocaciones que puede afectar la consideración pública de un biobanco.

El endoso a los comités de ética de las facultades para decidir el cambio de uso o los usos futuros de las muestras biológicas humanas goza de enorme acogida en la doctrina, en los instrumentos de bioética y en las leyes; la experiencia aconsejaría cierto grado de cautela; en los países sin tradición en su creación y funcionamiento porque no se ha acumulado la experiencia necesaria para tomar las mejores decisiones, y en las naciones adelantadas porque en su seno se mueven muchos intereses dirigidos con fuerza hacia la promoción de la investigación²⁶. Si el consentimiento de los donantes es muy amplio, el mayor número de decisiones quedará en manos de los comités; para quienes creemos que el mejor guardián de los derechos individuales es el individuo mismo, la solución no luce óptima y debe concederse con cautela y selectividad.

La apreciación del riesgo tiene un peso específico en la elaboración legal de una escala de requisitos que asciende en cantidad

²⁴ En la actualidad se piensa que estos son los que se encuentran en mayor peligro de vulneración en el terreno de la investigación biomédica.

²⁵ En caso de transferencia internacional el control del biobanco es previo, de tal manera que no ceda muestras a instituciones pertenecientes a países cuyos ordenamientos no aseguren un nivel de protección de los derechos por lo menos igual al de origen de las muestras.

²⁶ Una investigación sobre diabetes tipo 1 en niños, que se llevó a cabo en Noruega a partir de 2001, fue cuestionada por los padres porque no cumplía con las exigencias legales para la aprobación de los análisis genéticos y para la investigación genética de enfermedades sin tratamiento disponible; los investigadores participantes consideraron que no estaba garantizada la seguridad de la información vinculada con los niños; sin embargo, el comité regional de ética le dio su aprobación. (B: Hofmann, Broadening consent and diluting ethics, ob. cit., p. 127.

y exigencia en la medida en que el riesgo aumente²⁷.

El tratamiento de las muestras biológicas, como elementos físicos, por un biobanco de tumores es, en realidad, una actividad sin riesgo para el sujeto fuente; empero, si consideramos su función como soporte de información valiosa, la naturaleza de la investigación de los biobancos posee un término abierto o no definido²⁸ durante el cual los peligros derivados del manejo fraudulento o no idóneo de aquella pueden incrementarse, ya porque el progreso de la tecnología permita extraer datos nuevos que afecten más profundamente los derechos fundamentales de los donantes, ya porque la cadena de investigadores se amplíe y la responsabilidad se diluya.

Si bien el biobanco no podrá responder por los malos usos posteriores sino en la medida en que no tome las previsiones necesarias para evitar que los riesgos previsibles se concreten, tiene la obligación de tomar las medidas conducentes a tal fin, entre las cuales están las relacionadas con el deber de información y con la obtención del consentimiento que, si contiene en su expresión una línea específica de investigación, en nuestra opinión garantiza de mejor manera los derechos del donante.

1.3. Consentimiento para la anonimización de las muestras.

Este procedimiento suele mirarse como una garantía contra los riesgos del mal uso de la información, pero de inmediato surge la pregunta sobre su equivalencia con un consentimiento en blanco cuyas desventajas hemos examinado.

Se ha llegado a señalar que es una alianza entre el derecho y la ciencia para minimizar los derechos de los individuos, porque las muestras quedarían fuera de su control²⁹.

No obstante, la posibilidad de disociar las muestras y datos del individuo donante no merece reparo si se acepta voluntariamente. El proceso de obtención del consentimiento informado sería, en este caso, el punto focal de interés para garantizar que el donante participe en él dentro de un contexto que le garantice el ejercicio de todos los derechos fundamentales implicados.

Al respecto consideramos que asegurar la calidad del proceso que permite convertir las muestras y datos de su colección en anónimos e informar al donante sobre las características de éste, son obligaciones del biobanco³⁰.

²⁷ En Colombia, la resolución 8430 de 1993 del entonces Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, en su art. 11, considera tres categorías de investigación: sin riesgo, con riesgo mínimo y con riesgo mayor que el mínimo. Es de observar que el riesgo derivado de la mala utilización de la información obtenida no forma parte de las definiciones correspondientes.

²⁸ B. Hofmann, *Broadening consent and diluting ethics*, ob. cit., p. 128.

²⁹ M. Tallaccini, *Rhetoric of anonymity and property rights in human biological materials* (HBMs), *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 22, 2005, pp. 153 a 174)

³⁰ C. M. Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes; El Derecho ante el genoma*

Claro está que en el proceso de deliberación vale la pena discutir plenamente los pros y los contras y decidir si muestras y datos se disociarán reversible o irreversiblemente de la identidad del donante. Esto porque la realidad de la investigación demuestra que en muchas y variadas oportunidades quien la realiza necesita contar con los datos del donante para llevar su investigación a niveles óptimos, incluso que le es menester entrar de nuevo en contacto con él, como persona identificada, para confrontar resultados. Desde otro ángulo, el sujeto fuente también podría tener interés en mantener las muestras vinculadas a sus datos y éstas a su identidad para tener acceso a informaciones tales como el centro de investigación al cual las cedió el biobanco, la línea o proyecto de investigación al cual se destinaron o algún hallazgo importante relacionado con su estado de salud pero preservando su intimidad y otros derechos implicados. Pensamos también que sería aconsejable establecer previamente la conveniencia de tornar anónima toda la muestra, porque quizá existan situaciones en las cuales, por motivos terapéuticos, sería aconsejable conservar parte de ella codificada de manera tal que pueda volver a estar asociada al sujeto fuente en caso necesario.

1.4. El derecho a "no saber"

Si el donante elige esta opción, de ello debe quedar constancia en el documento que contiene el consentimiento informado.

Aunque parezca paradójico, la emergencia de este derecho no significa autorización para suministrar al donante, durante el proceso de formación del consentimiento, información en menor cantidad o de calidad inferior, porque solamente si obtiene todos los datos relacionados con los hallazgos que posiblemente pueda arrojar el análisis de su muestra, el grado de compromiso físico y psicológico que entrañaría su presencia, el interés que puedan tener para su familia actual o para la futura descendencia y, cosa muy importante, si existe alguna estrategia médica para conjurarlos, sanarlos o aliviar sus síntomas, podrá tomar con plena autonomía la decisión de aceptar o rechazar su comunicación y conocimiento. Claro está que el límite al deber de información estaría dado por la previsibilidad de los hallazgos.

Es verdad que la investigación se caracteriza por ser un camino difícil cuyos resultados no se pueden predecir; el examen rutinario del ADN contenido en las muestras y que seguramente practicarán los biobancos en muchas ocasiones para describir y clasificar algunas de las que constituyen su colección es, en cambio, terreno bastante conocido que prácticamente corresponde al diagnóstico genético.

Es bueno observar que si no se hace uso del derecho a no saber, la comunicación de los resultados debe ir acompañada del preceptivo consejo genético³¹.

humano, Bilbao-Granada, 2002, p. 170 y ss.

³¹ Declaración Internacional de la UNESCO sobre Datos genéticos humanos, art. 37.

1.5. Problemas específicos del consentimiento en un biobanco poblacional.

El litigio entre Arizona State University y la tribu de los Havasupai puso sobre el tapete la particularidad de los intereses que están en juego cuando los investigadores entran en contacto con grupos poblacionales que presentan ciertas características homogéneas y obtienen sus muestras y datos.

Al parecer, según el documento de consentimiento que firmaron los indígenas, ellos autorizaron investigaciones sobre "the causes of behavioral medical disorders"; sin embargo, en las comunicaciones previas con los líderes daba la impresión de haberse circunscrito a estudios sobre la diabetes³².

Aquí surge el interrogante sobre el valor del consentimiento de las autoridades del grupo o población, que, en nuestra opinión, puede ser indispensable en muchas ocasiones, ora por imperativo legal, ora por constituir el único puente en una relación intercultural, pero que nunca será suficiente porque no puede suplantar la autonomía de los individuos³³.

El riesgo de discriminación presenta particularidades cuyo análisis puede ser interesante también cuando se trata de grupos tales como la familia, el círculo de parientes o el de empleados de una empresa que voluntariamente donan sus muestras biológicas para investigación. Si ésta arroja resultados que indican, por ejemplo, la presencia de una enfermedad o de un factor de riesgo para la salud, el haber formado parte del grupo investigado podría levantar sospechas en los empleadores, en los aseguradores, en el sistema de salud y hasta en los posibles compañeros de vida.

Si se trata de ciertos grupos étnicos como los pueblos indígenas³⁴, la diferencia de cosmovisiones torna más complicado prever los daños que puedan inferirse al grupo; pensemos en el reclamo de los Havasupai porque sus muestras habían sido empleadas en estudios de genética evolutiva cuyos resultados sugerían que los ancestros del grupo habían llegado a Norteamérica atravesando el estrecho de Bering, en tanto la tribu creía firmemente en su origen ancestral como guardianes del Gran Cañón³⁵.

En otros contextos es la actuación de las autoridades y la manera como se adelanta el proceso de estructuración del biobanco y alimentación de sus colecciones lo que merece análisis profundo³⁶.

³² M. M. Mello y L. E. Wolf, *The Havasupai indian tribe case - Lessons for Research Involving Stored Biological Samples*, ob. cit., p. 1.

³³ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, artículo 6.3.

³⁴ C. M. Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, ob. cit., p. 174.

³⁵ M. M. Mello y L. E. Wolf, *The Havasupai indian tribe case - Lessons for Research Involving Stored Biological Samples*, ob. cit., p. 1.

³⁶ Un ejemplo de esto es la diversa fortuna que han tenido los bancos de Estonia e Islandia.

1.6. Toma de muestras y datos.

Tanto en los donantes sanos, como en los que a su vez son pacientes, la obtención de las muestras debe realizarse de acuerdo con las normas pertinentes que, en la mayoría de los países, ya conforman un cuerpo jurídico conocido y coherente.

Los biobancos de tumores presentan en este aspecto algunas particularidades, porque en incontables ocasiones las muestras les llegarán después de haber sido extraídas dentro de un acto médico de diagnóstico o una intervención quirúrgica, y porque la ablación del tumor se mira como indispensable, sanadora y opción que irremediablemente deberá tomar el paciente si desea sobrevivir, lo cual puede hacer pensar a los profesionales que se trata de material de desecho que en cambio de ir al incinerador estaría bien empleado en investigación sin tomar en cuenta la voluntad del paciente.

Vale la pena recordar que el médico no puede colaborar con la investigación o con el biobanco interfiriendo o vulnerando los intereses directos del paciente, lo que equivale a decir, por ejemplo, que le estará vedado invadir el cuerpo del donante, más allá de lo que indica la *lex artis*, con el fin de incrementar el material a disposición del biobanco, o supeditar la prescripción de algún medicamento al propósito de una línea o proyecto de investigación.

La toma de la muestra, cualquiera sea el lugar o institución donde se realice –incluso en un biobanco–, es competencia exclusiva de personal capacitado y habilitado de acuerdo con las normas vigentes en cada país.

La calidad de los procesos de obtención y conservación constituye, de cara al donante, una forma de respetar sus derechos y satisfacer sus expectativas; de cara a la investigación, es un presupuesto para incrementar las probabilidades de éxito; para el biobanco es un elemento muy importante del aseguramiento de calidad de una institución que cimienta en el reconocimiento de la sociedad y de la comunidad de investigadores su prestigio y supervivencia.

1.7. Administración y tratamiento de muestras y datos

Legislación³⁷, doctrina y jurisprudencia han sentado una serie de principios básicos referidos a la administración y tratamiento de datos personales, algunos de los cuales se adaptan también a los de las muestras biológicas humanas.

³⁷ España, Ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD); en Colombia, la Ley 1266 de 2008 contiene las disposiciones para la protección de la información contenida en las bases de datos personales, en especial en las áreas financieras, crediticias, comerciales, de servicios y provenientes de terceros países; asimismo, está para sanción presidencial la "Ley estatutaria por la cual se dictan disposiciones generales para protección de datos personales" que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Constitución, según consta en la sentencia, C 748/2011.

El principio de finalidad prescribe que antes de emprender la creación de la colección de muestras y datos debe establecerse con la mayor claridad posible su finalidad; así podrá examinarse la pertinencia – principio de pertinencia – de los elementos que se pretende coleccionar y se fija el marco de actuación del biobanco; como producto surge la confianza ciudadana.

Lo que hemos sostenido en materia de consentimiento se corrobora a la luz del llamado principio de utilización no abusiva, que veda el empleo de las muestras y datos para un fin distinto de aquel para el que fueron obtenidos, sin las correspondientes cautelas y autorizaciones.

Mientras los datos y los materiales biológicos se mantengan asociados a la identidad del donante, el sistema jurídico le reconocerá el derecho de acceso a ellos y la facultad de revocar su consentimiento para la conservación de los mismos.

Opinamos que los datos personales y las muestras biológicas a disposición de los biobancos están especialmente protegidos³⁸; por tal razón, pesa sobre esas instituciones el deber de adoptar todas las medidas posibles para garantizar la seguridad de los mismos y evitar que terceros violen derechos fundamentales de los donantes.

1.8. Duración del almacenamiento

El almacenamiento y su duración no son sólo detalles técnicos; están estrechamente vinculados con las condiciones establecidas por el consentimiento informado.

Si la voluntad del donante fue reservarse la facultad de decidir, en el momento de revocar el consentimiento que había dado al biobanco, que las muestras le deben ser devueltas, antes de la revocación la institución podrá cederlas en las circunstancias convenidas pero no desecharlas o destruirlas pues estaría lesionando el derecho del donante a la autonomía.

Deberíamos pensar también en que el donante puede encuadrar la facultad del biobanco de ceder las muestras a los investigadores dentro de un término relacionado, por ejemplo, con el tratamiento que está siguiendo o con diagnósticos complementarios, propios o de sus parientes.

1.9. Naturaleza jurídica de las muestras biológicas y facultades de disposición³⁹.

³⁸ Los datos sobre la salud y los genéticos se consideran datos personales sensibles; las partes del cuerpo humano participan de la dignidad reconocida a todos los seres humanos.

³⁹ E. Santamaría Echevarría, *Muestras biológicas humanas: Concepto, naturaleza y derechos de disposición*, Tesis para optar al título de abogado, Universidad Externado de Colombia, 2011; E. González De Cancino, *Muestras biológicas humanas destinadas a investigación y negocios jurídicos*; Esbozo de algunos problemas,

Es este un asunto sobre el que se debate mucho. En cuanto atañe a la gran división entre personas y cosas que el derecho ha empleado desde hace muchos siglos, nos atrevemos a afirmar que las muestras almacenadas en un banco de tumores pertenecen a la segunda categoría. Antes de su extracción formaban parte de un cuerpo de persona humana y estaban cubiertos por la protección a la personalidad correspondiente; después de aquella son cosas dotadas de algunas características especiales por haber formado parte de una persona y por el hecho de mantener con ella vínculos de gran importancia, entre otras cosas, porque pueden revelar mucha información de carácter sensible.

Subrayamos que no se trata de un tránsito de persona a cosa por el simple hecho de la separación; la persona del paciente continúa íntegra y goza de la protección que el derecho le garantizaba, mientras una porción de su cuerpo, extraída legalmente, constituye un objeto nuevo del mundo exterior a la persona, que plantea inquietudes particulares en el terreno jurídico.

La doctrina ha planteado una especie de dicotomía a la hora de examinar las formas de protección de las muestras biológicas humanas: a) proveerla con los medios que protegen los derechos fundamentales, o b) suministrarla por intermedio de las acciones que corresponden a los derechos reales. La alternativa parece falsa porque actualmente, como resultado de lo que ha dado en llamarse "constitucionalización del derecho privado", las normas sobre la propiedad y otros derechos reales, así como los procedimientos adoptados para pedir su reconocimiento, evitar su vulneración u obtener las indemnizaciones pertinentes, se interpretan y aplican en consonancia efectiva con los preceptos constitucionales atinentes a los primeros.

Algunos autores consideran el problema de saber a quién corresponde la propiedad de las muestras; para resolverlo aseguran que en el momento de la extracción se convierten en res nullius o res derelictae⁴⁰, tal vez porque piensan que, por ejemplo, el biobanco, sólo puede entrar en propiedad si se rompe definitivamente el vínculo entre el donante y su material, o porque estiman que solamente un propietario puede tener facultades para conservarlo y ponerlo en circulación.

Al respecto vale la pena recordar figuras jurídicas cuya tradición arranca del derecho romano, que han funcionado bien en la práctica y que pueden acomodarse a los materiales que almacenan los biobancos y a la distribución de facultades que exigen el buen funcionamiento de estas instituciones, la protección de los donantes y el progreso de la investigación.

en J.L. Gayosso (Comp.) *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, Xalapa, 2009 p.p. 209 y 226.

⁴⁰ P. Nicolás, *Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 19, 2003, p. 207 a 228

Pensemos, como lo sostiene Andorno⁴¹ en el fideicomiso (trust model): que permite que el biobanco reciba la propiedad de los datos genéticos y de las muestras con la obligación de administrarlos en beneficios de terceros (otros pacientes o la sociedad en su conjunto) o del propio constituyente (donante). La figura, según Andorno, respeta más adecuadamente el altruismo, garantiza que la buena voluntad no sea desvirtuada por un desmedido afán de lucro y se crea una relación más equilibrada entre las partes.

Otros han pensado en el usufructo pero esta figura, por tratarse de un derecho real personalísimo, por una parte reduce la injerencia del donante en las decisiones y, por el otro, dificulta la cesión de las muestras tan necesaria para los investigadores.

La donación modal podría ser un modelo excelente pues la propiedad se transfiere al donatario en tanto el donante somete la conducta del donatario a unas cargas específicas y puede establecer alguna condición resolutoria encaminada a hacer efectiva la revocación de su consentimiento.

Creemos que es hora de analizar todas las figuras posibles, entre otras cosas, porque la tipificación de los contratos o negocios jurídicos que tienen por objeto los materiales biológicos humanos y en general la materia viva⁴² comienza a interesar a los jueces a la hora de tomar sus decisiones en este terreno⁴³.

Tal vez la conclusión no parece urgente si miramos solamente los derechos de los donantes, porque en este punto su identificación y la protección a la luz del derecho nacional e internacional de los derechos humanos se muestran muy fuertes. En cambio, en el terreno de los juicios de responsabilidad, así como a la hora de desatar algún conflicto sobre la titularidad de los derechos sobre las muestras biológicas humanas⁴⁴, será mejor contar con una sistematización clara.

⁴¹ Andorno, *Revista de derecho y genoma humano*, núm. 25, 2006, p. 73 a 74

⁴² Las profesoras francesas F. Bellivier y C. Noiville, *Contrats et vivant, le droit de la circulation des ressources biologiques*, París, 2006, hablan de "lo viviente".

⁴³ Colombia, Corte constitucional, sentencia C-334/2010: De ahí que, retornando al punto objeto de análisis, sea admisible estimar que el acceso a la muestra biológica por parte de la Fiscalía y la policía judicial, puede significar no sólo la restricción del derecho a la autodeterminación informativa, sino además de su libertad negocial con o sin ánimo de lucro del indagado o inculcado..." (negritas nuestras).

⁴⁴ Recuérdese, por ejemplo, el conflicto surgido entre el Dr. William Catalana y la Universidad de Washington.

FRANCISCO MOSTAJO Y SU TRASCENDENCIA HISTÓRICA EN AREQUIPA

JORGE LUIS CÁCERES ARCE
DR. EN DERECHO Y PROF. DE DERECHO CONSTITUCIONAL

La figura de Francisco Mostajo Miranda es una de las más representativas del civismo arequipeño en la primera mitad del siglo pasado y comprende una obra polifacética que abarca los campos del derecho, la literatura, la historia, la política y el periodismo.

Será recordado siempre como escritor combativo que se identificó en los primeros tiempos con las rebeldías e inquietudes de la "Ciudad Caudillo" en la lucha por ideales de justicia y libertad. Fue además un tribuno popular cuya oratoria se caracterizaba por el verbo encendido y el lenguaje sencillo, poco académico, que le permitió acercarse a las multitudes. Dejó una vasta obra desperdigada en numerosas publicaciones entre ellas su obra orgánica sobre historia y la obra monumental en seis tomos de sus obras completas, bajo los auspicios de la Compañía Cervecería del Sur del Perú. Editorial Regentus Arequipa 2002 (Literatura, Folklore, Derecho, Historia, Procesos, Historia, Personajes, Historia Crítica Historiográfica: Antología de su obra).

Nació el 3 de octubre de 1874 en el modesto hogar que formaban sus padres Santiago Mostajo y Julia Miranda; por curiosa coincidencia el mismo año en que se publicaron, por primera vez, las Memorias del Deán Juan Gualberto Valdivia, a quien admirara y que fue en cierta forma su antecesor ideológico. Sus primeros estudios los hizo en la Escuela Municipal que dirigía el maestro Lorenzo Hidalgo, en una época en que la enseñanza estaba confiada a los Municipios y no a cargo del gobierno central como ocurrió posteriormente. Luego cursó toda la instrucción secundaria en el Colegio de la Independencia Americana, prestigioso plantel en el que tuvo como maestros a Carlos Liberto Arévalo que lo instruyó

en matemáticas y a Jorge Polar que le inspiró orientaciones artísticas (este último es el autor de la célebre frase "No se nace en vano al pie de un volcán").

Ingresó a la Universidad de San Agustín en una época en que predominaba la influencia clerical de los frailes agustinos. No es exagerado afirmar que la vida universitaria de fines del siglo XIX tenía la tranquilidad de un monasterio. Todo brote de rebeldía era anulado por la falta de inquietud social de los estudiantes que únicamente aspiraba a obtener el título profesional. De allí que personajes rebeldes como Francisco Gómez de la Torre y Francisco Mostajo no pudieron graduarse al concluir sus estudios. En el caso de Mostajo demoró doce años para obtener el título de Abogado, a pesar de que se había graduado en forma brillante de bachiller en Letras con la tesis que presentara sobre "Modernismo y Americanismo": que contribuyó al acercamiento de los pueblos hispanoamericanos a través de la Literatura y la Historia. A los 21 años se graduó también de bachiller en Ciencias Políticas y Administrativas. Su inquietud por el estudio lo llevó a incursionar en el campo de la ciencia natural, cursando algunos años en la respectiva Facultad.

En una entrevista concedida al periodista limeño Lucas Oyague, fundador de la famosa revista "Exselsior", allá en 1945, Mostajo rememoró sus primeras inquietudes literarias, expresando lo siguiente: "En 1896, inicié un movimiento renovador y estudiantil para divulgar las nuevas tendencias literarias. Yo soy de la generación de José Santos Chocano y en Arequipa lo seguíamos un grupo que lo conocíamos diversos jóvenes, lo que en Lima hacían Chocano, Clemente Palma y otros escritores de aquella época, lo hacíamos nosotros en Arequipa. Nosotros éramos los admiradores, los prosélitos de Rubén Darío, Manuel Gutiérrez Nájera, José Asunción Silva y Julio del Casal. Para realizar nuestros propósitos fundé «El Torneo», periódico que tuvo especial colaboración de escritores americanos como Manuel Ugarte, José Enrique Rodó y José Ingenieros. Constituíamos un núcleo muy unido y los principales actores de aquel movimiento fuimos Ángel Gustavo Cornejo, Francisco Enrique Málaga Grenet, Sixto Morales, Federico Ruiz de Castilla y yo.

En mí, el concepto de la renovación literaria tomó tanta fuerza que mi tesis para el bachillerato en letras fue sobre «Modernismo y Americanismo». En ella sostenía que el americanismo podía disponer de formas más amplias y libres para la expresión literaria».¹

El periódico "El Torneo" surgió como el medio más efectivo de imponer el modernismo en la literatura y en la poesía, considerado por Mostajo como el mejor vehículo para facilitar la comunicación humana. Su aparición fue interpretada como un desafío al dogmatismo clerical por defender el libre examen de todas las

¹ Oyague, Lucas; Entrevista Publicada en la Revista Excelsior, Año XII, núm. 161, 8/46, p. 22 a 23.

ideas. Los conservadores de Arequipa publicaron el periódico "El Monitor Arequipeño", cuyo mentor era Carlos Muñiz. La época en que apareció "El Torneo" fue pródiga en publicaciones de carácter polémico. Florecieron "Alborada" dirigida por el poeta Alberto Ramírez del Villar; "La Luz" de Federico Ruiz de Castilla; "La Federación" de Sixto Morales, y otros. Todos ellos contaron con la colaboración de quien fuera después insigne jurista peruano Ángel Gustavo Cornejo.

Francisco Mostajo encontró tenaz y sorda resistencia para obtener el grado de Abogado. El bachillerato en Derecho lo consiguió en 1899 con la tesis "Los Derechos de la Mujer". Se graduó de abogado en 1913, con un trabajo revolucionario para su época pues se ocupó del "Contrato de Enganche". Debido a su rebeldía de los primeros tiempos tuvo dificultades para iniciar la carrera judicial. Recién a los 46 años de edad fue nombrado Juez de Paz. Ello se debió a que Mostajo se había incorporado a la Liga de Libre Pensadores, institución de la que fue Secretario y en la que destacaron Cristóbal Coloma, Francisco Choquehuanca Ayulo, Enrique Fernán Zegarra y otros. Las ligas eran filiales de la central de Lima. Asumieron la resolución de combatir al sistema clerical y difundir la libertad de pensamiento. Fueron continuadores de las Logias Masónicas que hicieron germinar los principios en la Revolución Francesa de 1789 y de la emancipación del yugo español en las batallas de la Independencia. Los ideales libertarios lo acercaron a una de las figuras más destacadas de la historia de Arequipa: el médico moqueguano Mariano Lino Urqujeta, eximio orador y notable político. A su lado libró las primeras jornadas contra el conservadurismo que tenía fuerza por el poder económico en que se apoyaba y la adhesión del pueblo inculto puesto al servicio de sus intereses económicos.

En 1894 los grupos conservadores se apoderaron de la Municipalidad y de casi todas las instituciones públicas. Surgió una reacción de protesta en todos los que profesaban un pensamiento de avanzada y rechazaban la imposición de los poderosos. Se formó la Liga Independiente que fue un movimiento de opinión contra el conservadurismo imperante. En las elecciones municipales de 1901 se produjo un violento enfrentamiento entre liberales y conservadores. El pueblo arequipeño puso al frente de esa protesta cívica al Dr. Mariano Lino Urqujeta que era uno de los miembros más prestigiosos de la Liga Independiente. Los conservadores, amparados por las autoridades de la época, impidieron la realización de los comicios municipales, desatándose una especie de guerra civil interna. Urqujeta se convirtió en caudillo cuando una multitud encabezada por Mostajo lo llevó en hombros a la Plaza de Armas donde pronunció uno de sus más memorables discursos. Es interesante reproducir la descripción de Urqujeta hecha por Mostajo en la entrevista anteriormente mencionada. Rememora que «era de talla más bien mediana». Su padre fue sombrerero, y por eso Urqujeta decía: «Mi padre tuvo el honrado oficio de cubrir cabezas. En realidad no era literato, sino orador,

por eso sus mejores discursos eran los improvisados ya que tenía muchos recursos dialécticos. Su voz era aguda vocalizaba muy bien y por eso se le podía escuchar perfectamente a la distancia y manejaba con destreza imágenes efectistas para impresionar a su auditorio. Cuidaba mucho su atuendo y tenía predilección por las joyas. Era muy señor y también muy generoso. Llegó al pueblo por su altruismo y por su oratoria. Además era enérgico y valiente por pundonor». Concluye sus remembranzas en la forma siguiente: «Generalmente nos reuníamos con el grupo urquiestista en el consultorio del Dr. Urquieta, cuando vivía en la calle Pizarro. Pero allí fueron en una oportunidad los enemigos sabiendo que estábamos hasta el amanecer, desde las nueve de la noche, y nos balearon. Por eso cambiábamos con frecuencia de lugar de reunión».²

Los liberales comprendieron bien el rol del que jugó la Municipalidad que al decir del famoso escritor y orador español. Emilio Castelar: "Es el hogar del pueblo, el árbol secular a cuya sombra han de abrazarse la democracia y la libertad». Los municipios en América acogieron los ideales emancipadores, como sucedió con el Cabildo de Buenos Aires y Lima, que recibieron en su seno al Generalísimo José de San Martín. Ahondada la pugna entre liberales y conservadores, los primeros fueron culpados de haber apedreado al Palacio Episcopal, cuando una manifestación organizada por la Liga Independiente pasaba por sus inmediaciones en son de protesta. El clero se encargó de organizar un mitin de mujeres que recorrieron las calles profiriendo insultos y amenazas contra sus adversarios. Pidieron la expulsión de Urquieta y Mostajo por considerarlos «ateos e indeseables».

Tal actitud concitó el fervoroso respaldo del pueblo a sus caudillos. Se convocaron grandes mítines al son de las campanas de la catedral. Urquieta y Mostajo pronunciaron encendidos discursos desde la tribuna de la pontezuela.

La Liga Independiente se convirtió en el Partido Liberal Independiente. Sus propósitos fueron difundidos mediante publicaciones que alcanzaron notable popularidad, esa fue la época del periódico satírico «El Zurriago» dirigido por Manuel Zúñiga y en el que colaboraron asiduamente Mostajo y Modesto Málaga, bajo los seudónimos de Robespierre y Danton, en homenaje a los revolucionarios franceses cuyas vidas eran su admiración y ejemplo. En 1905 apareció el periódico «El Ariete» como órgano de la Liga Independiente. Inicialmente fue dirigido por el galeno Urquieta.

Sus principales colaboradores fueron Mostajo, Málaga, Choquehuanca Ayulo, Moisés Campos y José Ángel Escalante. De las cinco épocas de la historia de «El Ariete» tres estuvieron a cargo de Mostajo quien vertió con más denuedo y virilidad sus categóricas opiniones.

² Oyague, Lucas, ob. cit., p. 26.

En la biografía de Urqujeta escrita por Mostajo en 1909 se refiere a «El Ariete» en los siguientes terminos: «Periódico de combate franco contra el oscurantismo religioso y de ataque verdadero contra todos los abusos. Su voz llegó a ser el acento más fuerte en medio de toda la prensa independiente que por felicidad alentaba aquí y allá en el territorio nacional. Los conservadores no estaban solos. Como el grupo de «El Ariete» «descargaba iguales rudos golpes contra el fanatismo que contra las arbitrariedades del poder, aquél ya arrinconado como el perro viejo que no tiene dientes. Y el autoritarismo dirigió sus mandobles de sayón contra el líder de la campaña: el Dr. Urqujeta. Y fue entonces que, explotando los bajos enconos de los señores de un clan distrital, hicieran que, en la noche en que el jefe liberal celebraba su cumpleaños, una turba degradada asaltase el domicilio y abalease el salón con el deliberado propósito de asesinar a aquél y a los principales adalines de la causa del liberalismo».³

El Gobierno civilista del Ing. arequipeño Eduardo López de Romaña, propuso aplastar la fuerza creciente del Partido Liberal para lo cual nombró Prefecto al Coronel Parra de ingrata recordación. Bajo su administración se produjo el ataque armado al domicilio de Urqujeta.

Luego éste fue conducido a prisión bajo la acusación de haber disparado contra un policía. Resultó absuelto de tan infundado cargo pero se vio obligado a retirarse a Tacna porque su vida peligraba en Arequipa. Retornó triunfalmente cuando se produjo el cambio de gobierno con la elección de Manuel Candamo.

El Partido Liberal Independiente continuó sus campañas en favor de la libertad de cultos, la enseñanza laica y la supresión del presupuesto eclesiástico. Como no era posible que actuara solo en Arequipa se fusionó con el de Lima que dirigía Augusto Durand, famoso conspirador de aquella lejana época. Urqujeta fue elegido diputado por Arequipa y en calidad de suplentes lo acompañaron Mostajo y José Chávez Bedoya.

Fue evolucionando hacia el socialismo, con cierta influencia anarquista debido a la prédica de González Prada que ya se conocía en todo el país. En esas circunstancias, Mostajo se encargó de elaborar el famoso Programa del Partido Liberal Independiente, muy elogiado por el poeta José Santos Chocano.

La múltiple actividad de Mostajo se desarrolló paralelamente en el periodismo y el ejercicio de la abogacía con abnegación y sacrificio. Su actividad periodística fue fecunda, al apartarse temporalmente del Partido Liberal, cuando un sector de éste apoyó la candidatura del Canónigo Valencia Pacheco y publicó el periódico «El Volcán», al que había de seguir «Guerra» en ocasión de un conflicto con el Ecuador en 1911.

³ Mostajo, Francisco, *Biografía de Urqujeta* publicada en *El Ariete*, Quinta Época, núm. 9, 25/9/9, pp. 9 y 13.

Los nombres de otras publicaciones periódicas que editó y fundó en su gran mayoría fueron los siguientes: «La Bandera Roja» (1907), «El Carnavalon» (1909), «El Aji Verde» (1910), «El Mercurio» (1917) y «Melgar» (1927).

Asimismo intervino en la edición de muchas revistas de gran prestigio. Dirigió en varias ocasiones la revista «El Derecho» del Colegio de Abogados de Arequipa. En la revista «Escocia», bajo el patrocinio del famoso médico y filántropo Jacobo Hunter, dejó plasmada gran parte de su obra literaria e histórica. Ya en la madurez de su vida colaboró con los diarios como «El Herald», «El Pueblo» y «Noticias»; destacando los artículos que publicó en el periódico «La Semana» al que dieron vida los escritores Manuel Urquieta y Alberto Hidalgo.

En el ejercicio de la profesión brindó sus servicios a los trabajadores ya que estuvo muy ligado al Centro Social Obrero que fue el primero en efectuar la celebración del Día del Trabajo con desfiles y actuaciones el 1ro de Mayo, en recuerdo del sacrificio de los mártires de Chicago. Patrocinó los recursos de hábeas corpus en defensa de los derechos sociales e individuales que habían sido vulnerados. A edad avanzada recién se le presentó la oportunidad de iniciar la carrera judicial en 1942. Entonces compartió la labor de Juez con la de Catedrático universitario. En la Facultad de Derecho de la Universidad de San Agustín, enseñando los cursos de «Historia del Derecho Peruano» y Derecho Civil, materias por la que mostró predilección, dando a publicidad interesantes estudios como el referido al abuso del derecho. El escritor Patricio Ricketts Rey de Castro, en su libro «Arequipa», dice lo siguiente en relación a esta faceta de la personalidad de Mostajo: «Camino a Yanahuara, le detenían en la calle Mujeres sencillas, para explicarle sus causas judiciales, Mostajo tomaba notas. Y estudiaba a fondo los expedientes»⁴. De allí prevenía sus frecuentes fallos en discordia, en los que invocaba la equidad, esencia de la Justicia. En Arequipa de su tiempo, Mostajo logro lo imposible: imponer su personalidad discordante y ser, a la postre, respetado y entendido.

Se comprendió que era imposible domesticarle. Y acabaron por quererlo. Se aceptó que fuese un Vocal de la Corte que no participaba en las ceremonias religiosas de la ciudad; que pronunciara discursos en elogio de Vigil; que arengara en la Plaza de Armas; que exigiera desde un tumultuoso cabildo abierto la renuncia de un Prefecto; y que, en definitiva, se pascara por las calles como una imagen viva, a escala humana, del volcán y el terremoto. Nadie dejó de advertir, junto al vulcanismo, su función de alarife de una nueva ciudad».⁵

Su actuación política propiamente dicha fue breve y esporádica. Debido a su amistad con don Germán Leguía y Martínez, prominente figura de los primeros años del gobierno del oncenio

⁴ Ricketts Rey de Castro, Patricio, *Arequipa*, Taller Lima, 1990. p. 199 a 208.

⁵ Ricketts Rey de Castro, Patricio, *Arequipa*, Taller Lima, 1990. p. 199 a 208.

Augusto B. Leguía, fue designado para ocupar el cargo de Director de Gobierno. Leguía y Martínez, en sus propósitos de ocupar la primera magistratura, se rodeó de un grupo de brillantes jóvenes intelectuales en su mayoría provincianos, entre los que se encontraban José Antonio Encinas, Hildebrando Castro Pozo, Erasmo Roca y Carlos Doig y Lora. Cuando el Presidente Leguía asumió una posición autoritaria y pretendió reelegirse indefinidamente, su primo a la vez Presidente del Consejo de Ministros fue desterrado, siendo perseguidos sus principales colaboradores.

Mostajo permaneció confinado en Lima, sin poder retornar a Arequipa, en de sus épocas más duras de su vida por dificultades de carácter económico.

La historia fue la principal fue una de sus mayores pasiones. Muchos años se dedicó a la investigación de las fuentes que estaban a su alcance. En su juventud escribió la Biografía de Juan de La Torre y produjo admirables páginas sobre Mariano José de Arce y el Dean Valdivia. El ámbito de su trabajo se concretó a la historia regional y local. Sus limitaciones no nacieron de una estrecha visión del mundo sino de una lúcida percepción del medio en que nació y desarrolló sus inquietudes. Se interesó por los valores Folklóricos en sus más variadas manifestaciones, referidas a las costumbres y a las expresiones idiomáticas que dominaban con gran autoridad. Como propulsor de la cultura y estimulador de nacientes vocaciones literarias ejerció un magisterio de civismo y responsabilidad social. Por eso se recuerda las campañas que libró en favor del divorcio (doce años antes de que se diese la ley que lo reconoció en el país), la autonomía regional, el derecho social y la abolición de la pena de muerte; pero su talento al servicio de su tierra natal y de sus coprovincianos a los que no llegó a representar en el Parlamento, pese a que fue candidato en las elecciones de 1931 y 1936.

Mostajo participó en la revolución del 30 de Agosto de 1930 que tuvo por escenario Arequipa y motivo la caída del oncenio de Leguía. El Comandante Luis M. Sánchez Cerro se levantó en armas al frente de la guarnición militar y fue secundado por ciudadanos notables de la ciudad que eran adversarios del Presidente Augusto B. Leguía y Salcedo: entre ellos jugaron papel importante los abogados José Luis Bustamante y Rivero, autor del Manifiesto de la Revolución, Francisco Mostajo que acaudillo las manifestaciones populares de respaldo al nuevo dictador. En las elecciones para el Congreso Constituyente su nombre apareció en la lista de candidatos del Partido Aprista junto con el poeta Alberto Hidalgo, en el año de 1931. Nuevamente fue candidato a una representación parlamentaria en las elecciones de 1936 convocadas por el gobierno de facto del General Oscar R. Benavides, luego del asesinato de Sánchez Cerro acaecido el 30/4/33. Integro la lista oficialista que apoyaba la candidatura de Jorge Prado Ugarteche. En las elecciones triunfo el candidato opositor Luis Antonio Eguiguren, apoyado por el Apra, por cuyo motivo fueron anulados y Benavides prorrogó su mandato ilegal hasta 1939 en que fue elegido su

sucesor Manuel Prado Ugarteche. A partir de entonces Mostajo se mantuvo alejado de la política por haber iniciado su carrera Judicial. Este fue el motivo por el que no intervino el año de 1945 en la formación y el triunfo del Frente Democrático Nacional que llevó al gobierno al jurista arequipeño José Luis Bustamante y Rivero.

El 27 de Octubre de 1948, el Presidente Bustamante, fue derrotado por un golpe militar encabezado en Arequipa por el General Manuel A. Odría, que puso en práctica medidas represivas contra sus adversarios. Luego de presidir una Junta Militar de Gobierno convocó a elecciones para el mes de Junio de 1950. Bustamante y Rivero, exiliado en Buenos Aires (Argentina), publicó su libro "Tres Años de Lucha por la Democracia en el Perú". En esas circunstancias sus partidarios formaron en Arequipa la liga democrática en la cual intervinieron los jóvenes abogados Javier de Belaúnde, Jaime Rey de Castro, Arturo Villegas Romero y Enrique Chirinos Soto. Surgió de esa manera la candidatura de oposición encabezada por el General Ernesto Montagne Markholz. Mostajo fue designado candidato a la segunda vice presidencia de la República, logrando formar un fuerte movimiento con arraigo en Lima y Arequipa. La designación de Mostajo para esa candidatura obedeció a que a los 75 años de edad se había jubilado como Vocal de la Corte Superior de Justicia, pero continuaba ejerciendo la docencia universitaria a punto de jubilarse por límite de edad. Pese a ello, continuaba ejerciendo intensa actividad periodística y con frecuencia dictaba conferencias en el Colegio de Abogados y la Universidad de San Agustín.

En Abril de 1950 pronunció Mostajo el discurso de orden en la apertura de año académico en la UNSA. En realidad fue una conferencia escrita a la que denominó "Aporte de Arequipa a la Formación del Derecho Peruano". En el salón de actos, ante notable concurrencia, se dejó ganar por la emoción de sus años juveniles y fue aplaudido frenéticamente cuando defendió el régimen de la juridicidad y no dejó de ser cáustico frente a la dictadura militar de Odría. En el libro de Patricio Ricketts, citado anteriormente se refiere a este acontecimiento en los siguientes términos: "Con su grandilocuente retórica a fin de siglo, ampulosa en el corte, barroca en la profusión de símiles y adjetivos se lanzó a evocar. Evocó de sus años mozos cuando, vehemente como una pasión en ristre, arrojaba mi palabra en el ágora, sobre las multitudes enardecidas, bajo la luminosidad de un idealismo solar; y de sus años de madurez, cuando «serenada el ánimo con el estudio científico, con la experiencia de una vida ardua, con comprensión que esta da a quien no es unilateral sino poliédrico «dijo su palabra académica» ya saturada de reflexión, aunque siempre con el rescoldo volcánico propio de mi índole»⁶

La parte más valiosa de esa disertación estuvo dedicada a exaltar los aportes de los grandes juristas arequipeños como Andrés Martínez, Toribio Pacheco, Mateo Paz Soldán, Francisco García

⁶ Ricketts, Patricio, ob. cit., p. 206

Calderón, Manuel Toribio Ureta y otros. Tema que dominaba ampliamente ya que hizo gala de sus conocimientos sobre las bases de la codificación, la compilación de leyes y el pensamiento jurídico de pasadas generaciones.

El memorable discurso de Mostajo contribuyó a caldear los ánimos de la campaña electoral que se iniciaba con notoria desventaja para el candidato de la oposición. Era impresionante el aparato publicitario que puso en marcha la dictadura del oncenio para perpetuarse en el poder mediante la imposición y el fraude. El lunes 12 de junio de 1950 se inició una huelga en el tradicional Colegio de la Independencia Americana por motivos de carácter estudiantil.

Al siguiente día, martes 13, el Prefecto del Departamento, Coronel Daniel Meza Cuadra, ordenó el desalojo violento del plantel con intervención policial y militar, realmente desproporcionada. Cayeron heridos algunos estudiantes y falleció un albañil que trabajaba en las obras que entonces efectuaban. Pese a que el local fue rodeado por las tropas, una multitud logró abrirse paso para rescatar a los sitiados. De esa manera se inició la impresionante marcha por las calles de la ciudad, en horas de la tarde, con destino a la Plaza de Armas, las campanas de la Catedral sonaron a rebates como en los viejos tiempos de las revoluciones del siglo pasado. La violencia ensangrentó muchas calles. Los primeros muertos, entre los que se encontraba el obrero Nicolás Chicata, fueron conducidos al Paraninfo de la Universidad, iniciándose un impresionante velatorio. Al caer la noche, la fuerza armada logró poner orden en la ciudad. Grupos de exaltados, en actitud desafiante, dejaban sentir su protesta arrojando proyectiles improvisados contra las patrullas que recorrían las calles desiertas, en medio de tensa calma.

Hasta entonces el viejo caudillo había permanecido ajeno a los sucesos, recluso en su domicilio de Yanahuara por la dolencia cardíaca que lo aquejaba. Se enteró de los hechos cuando solicitaron interviniese ante el Prefecto Meza Cuadra —de quien era amigo personal— para gestionar la libertad de jóvenes abogados periodistas del diario católico "El Deber" que habían sido apresados. Al amanecer del miércoles 14 de junio de aquel año trágico, la ciudad despertó sorprendida por la ausencia de la fuerza pública en las calles, ya en poder de la multitud que exigía la presencia de un conductor de la protesta. Las centrales sindicales decretaron el paro general. La Universidad se convirtió en escenario de una romería cívica, mientras que formaron grupos que retiraba los adoquines y formaban barricadas para impedir el asalto a la ciudad que era inminente.

En Lima el gobierno militar adoptó medidas de represión contra los miembros de la oposición democrática a los que acusó de agitadores y responsabilizó, sin ninguna base, de los sucesos que se desarrollaban en Arequipa. El General Montagne, fue apresado junto a otros dirigentes políticos de diversas tendencias. Luego su

candidatura fue tachada por el Jurado Nacional de Elecciones y el General Odría quedó en la condición de candidato único para las elecciones que se efectuaron poco después (1950).

Los pormenores de aquellos sucesos fueron revelados por don Francisco Mostajo en una carta aclaratoria que dirigió al diario "La Prensa" de Lima con fecha 19/6/50 de Junio de 1950. En la parte pertinente, dice lo siguiente: "La onda de indignación popular y social se hinchó al siguiente día, tomando en ella parte elementos de todos los colores políticos: leguistas, apristas, comunistas, odríistas, liberales, conservadores, capitalistas, obreros, etc. Todos redujeron sus denominadores políticos, sociales o religiosas a un común denominador: de la indignación humana. Y en vez de buscar conciliación, se mantuvo la actitud armada frente a los alumnos reclusos en su plantel. "Yo fui extraño a estos sucesos y a la mañana siguiente cuando fui a interceder en la Prefectura por la libertad de un abogado, como Decano que yo era del Colegio de Abogados, el Prefecto Coronel Meza Cuadra me pidió que por mis contactos con el pueblo, fuera a orientarlos y procurar que terminase el motín. Yo que nada sabía fui a la Universidad, donde se me informó de todo y encontré ya el cadáver de un obrero victimado el día anterior. No pude menos que sentirme envuelto por la indignación popular y por la aclamación de la multitud, asumí la Jefatura"⁷.

El abogado e historiador arequipeño, Guillermo Zegarra Meneses, en su libro "Historia del Colegio de Abogados y Apuntes de una Historia de Arequipa" proporciona en forma resumida la actuación que le ocupó a Mostajo en la conducción de la protesta popular.

Señala el historiador Zegarra Meneses "que en el cabildo abierto, realizado en la tarde del 14 de junio se formó la Junta de Gobierno Local presidida por el Dr. Mostajo e integrada por los doctores Humberto Núñez Borja, Héctor Cornejo Chávez, Jaime Rey de Castro y Teodoro Aspilcueta."

Precisa luego que, por la presión popular, renunció el Prefecto Meza Cuadra y el Comandante Genaro Cárdena asumió la jefatura de la Plaza con amplios poderes. Fue este jefe militar quien, contando con refuerzos de las tropas provenientes de Tacna y Puno, desató la dura represión que fue resistida valientemente por los franco tiradores ubicados en la Plaza de Armas durante los días miércoles 14 y jueves 15 de junio de 1950; mientras las barricadas levantadas en las calles impidieron el avance de las tropas pese a su notable superioridad. En referencia directa a Mostajo, escribe lo siguiente: "Para evitar mayor efusión de sangre (ya se había disparado contra los que comenzaron a abandonar el Municipio), el Dr. Mostajo entró en contacto con el comandante Cárdena con la mediación consular, y, según el convenio, salieron, para tratar, como parlamentarios, con el debido aviso y con una

⁷ De Belaunde Ruiz de Somocursio, Javier Mostajo, Francisco, *Carta Dirigida al Diario La Prensa-Lima* (19/6/1950), Editorial Cuzco. Lima, 1996, p. 637 a 640.

visible bandera blanca, Javier De Belaúnde, Arturo Villegas, Jorge Bellido, y Amoldo Guillen Cárdenas, en la noche del mismo día, siendo recibidos, por los soldados, al ingresar a la Plaza, a balazos, cayendo muerto Arturo Villegas y mortalmente herido Bellido... Ante el desconcierto que produjo el hecho, Mostajo, en un arranque de heroicidad y abnegación, se anunció como parlamentario, y solo desistió de salir como tal, a pedido de los circunstantes, siendo reemplazados por Belaúnde y Guillen, quienes, en acto de temerario arrojo, cumplieron, con éxito, el cometido".⁸

Francisco Mostajo permaneció durante 72 horas que conmocionaron a la ciudad caudillo en el puesto de comandó ubicado en la Municipalidad de Arequipa donde había ingresado en hombros del pueblo. No vaciló ni flaqueó en el liderazgo hasta las cuatro de la madrugada en que ingresaron las avanzadas del ejército que recuperó el control de la ciudad a costa de muchas vidas de héroes anónimos en su gran mayoría.

El anciano Vocal jubilado asumió la responsabilidad de todo lo ocurrido y obtuvo garantías para que no se ejercitasen represalias. En un camión fue conducido primero al cuartel de Tingo y luego al de Salaverry en Miraflores. Por gestión del Cuerpo Consular, presidido por el Sr. Alfredo Roberts, fue puesto en libertad al día siguiente. En esa forma concluyó su mejor lección de reciedumbre moral y de civismo. No es exagerado afirmar que en —él— ocaso de su prolongada existencia, alcanzó la estatua propia de un personaje legendario.

Los últimos años de este patriarca de la civilidad arequipeña transcurrieron en forma apasible. En la Universidad de San Agustín, enseñó el primer curso de Derecho Civil cuando ya se encontraba bastante disminuido por el paso de los años; a pesar de lo cual tenía sentido del humor y trataba a los alumnos con jovialidad, tuteándolos en forma familiar. Por lo demás, su figura era muy conocida en la ciudad. Patricio Ricketts, que fue uno de sus discípulos, lo describe de la siguiente manera: Estupendamente feo, desaliñado en el vestir, con el traje arrugado, los zapatos polvorientos y la corbata al desaire, caminaba a buen paso, encorbado y retorcido como un bonsai, por la ciudad entera. Entre Yanahuara, el centro y Miraflores —la Universidad, la Corte y la Biblioteca Municipal eran sus tres pascanas de rigor— recorría al día tantos kilómetros como un deportista. Jamás tomó un tranvía.

"El incompatible ómnibus quedaba automáticamente descartado. Y habría sido un despropósito imaginar a Mostajo en auto"⁹.

En una entrevista que le hizo la revista "1950", dirigida por el periodista Genaro Carnero Checa, se describió a sí mismo e hizo un resumen de su vida en los siguientes términos: "La época

⁸ Zegarra Meneses, Guillermo, *Historia del Colegio de Abogados y Apuntes para una Historia de Arequipa*, Ediciones Universitaria de Arequipa, 1961, p. 148 a 151.

⁹ Ricketts Rey de Castro, Patricio, ob. cit., p. 204.

más bella de mi vida fue la de la lucha liberal, mezclada con la bohemia, por más que a veces la amargura llegara al borde. No hay que ser fariseo, yo no soy religioso desde mis 23 o 24 años. Sin embargo soy un místico en el fondo y también un pagano porque en mí todo es contradictorio por eso soy reflexivo y pasional, estoico y emotivo, arrebatado y con dominio propio. En cuanto a mis ideas sociales las tengo avanzadísimas especulativamente, pero prácticamente atinó a dosificarlas. Habría querido ser poeta y periodista, nada más. Y desearía morir fulminantemente, pronunciando un discurso violento. Que a mi sepelio no fueran sino los míos... Que en mi tumba no se alzase otro mausoleo que un molle sombrío y estoico o un sauce frondoso y lírico"¹⁰.

La vida de Mostajo ha sido estudiada y analizada por intelectuales de toda tendencia como el caso de Antero Peralta, Diputado Aprista durante el gobierno de Bustamante y Rivero, Peralta Vásquez señalaba que "Los Discursos de Mostajo, constituyen en la actualidad, verdaderas obras de consulta".¹¹

La trascendencia de la vida de este indiscutible caudillo; la podemos distinguir como señaló Antero Peralta, en tres etapas.

"La romántica, que abarcaba los años de su agitada vida política que termina con retiro del partido liberal de la arena política, a raíz de la muerte de Urquieta. La práctica, su segunda etapa que comprendió los largos años de actividad profesional y académica, como abogado, docente, jurista y periodista. La tercera etapa, la del retiro, como Magistrado y Líder de la Revolución del 50."¹²

El tribuno arequipeño falleció, víctima de una dolencia cardíaca, el 27 de marzo de 1953. Una multitud doliente acompañó sus restos mortales a la última morada. Había logrado imponer los caracteres de su personalidad controvertida pero a la vez respetada. Dejó dispersa una vasta obra de publicaciones de diferentes épocas y lugares tanto del país como del extranjero.- Sus familiares donaron su valiosa biblioteca a la Facultad de Educación de la Universidad de San Agustín. En la actualidad el archivo Mostajo se encuentra a la disposición de los estudiosos y de los investigadores del derecho y de la historia, en la Facultad de Ciencias Históricas y Sociales de la UNSA.

¹⁰ Gonzales Malaga, José, *Francisco Mostajo visto por Francisco Mostajo*, Artículo publicado en la Revista Mistiana, núm. 12, Año IV, noviembre-diciembre, 1934, p. 22 a 23.

¹¹ Peralta Vásquez, Antero, *La Faz Oculta de Arequipa*. Editorial Universitaria, Arequipa, 1977. p. 184.

¹² Peralta, Antero, ob. cit., p. 185.

DERECHOS HUMANOS PARA PRINCIPIANTES

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO
DR. EN DERECHO

1. Introducción

En países como el Perú, hay un problema específico relacionado con los derechos humanos que no se debate mucho entre los juristas dedicados a esta materia. Las reuniones, publicaciones, eventos y conceptos sobre derechos humanos, amén de las numerosas obras y medios que los promueven, parecen altamente sofisticados en relación a este problema específico sobre derechos humanos. ¿Cuál es ese problema particular? Respuesta: las dificultades o problemas de conocimiento, difusión, identificación e internalización de esos derechos llamados humanos (y los valores modernos inmersos en ellos) en la mayoría peruana, en todos los grupos sociales y biológicos, empezando por la infancia y la adolescencia. Estos no se identifican con esos valores democráticos republicanos porque no los educan con esos valores, sino con otros que corresponden más bien a un abigarramiento ideológico predominantemente tradicionalista, aún no desligado del pasado pre republicano.

En nuestro ámbito hispano andino, lo que predomina es la ignorancia o displicencia con respecto a los derechos humanos (por rechazo a los valores que implican) aunque hasta sus enemigos públicos recurran a ellos cuando se sienten afectados por una supuesta o real violación o amenaza de esos derechos. Aunque luego abominen de esos derechos, como esa abrumadora mayoría que apoya en Trujillo a un policía que dirige un "escuadrón de la muerte" sospechoso de asesinar supuestos o reales delincuentes; o a esos que no están de acuerdo con la campaña de la alcaldesa Villarán a favor de la igualdad de derechos efectiva para los homosexuales.

Lo que se estila de parte de los promotores y defensores de derechos humanos, es criticar las violaciones y defender jurídicamente a las víctimas. Eso está muy bien; pero siendo un gran problema que, en países como el Perú, los valores en que se fundan esos derechos humanos no coinciden con los valores sociales realmente existentes, con los que se educa a los niños y adolescentes de carne y hueso, en los que cree esa mayoría abrumadora ¿no deberíamos empezar por aquí tal vez? En todo caso, no parece impertinente que alguien se ocupe, aún de manera inicial, hipotética y sucinta, de este asunto: los derechos humanos no están internalizados en la conciencia o sub conciencia de la mayoría peruana, no son parte de su identidad, de sus creencias, valores o paradigmas. ¿Por qué esta mayoría (incluidos muchos profesores de derecho) no internaliza los valores implicados en los derechos humanos, que son principios generales de derecho, es decir, de comportamiento humano? ¿Por qué no se vuelven asunto personal en el Perú? ¿Por qué no se vuelven nuestros? El alma predominantemente católica y tradicionalista siempre preferirá sus valores en caso de incompatibilidad con los valores modernos, con los valores de la Constitución. Y no es infrecuente. Algunos peruanos de buena fe trataron de conciliarlos infructuosamente: eso no es posible porque sus principios mutuos son incompatibles. Y de ahí la mescolanza y la inconsistencia: se busca la modernidad sin dejar el tradicionalismo.

La cuestión entre nosotros es quién educa al educador, quién moderniza al modernizador, quién democratiza al democratizador. Si, como dijo Douglas North, lo decisivo en la vida social son los esquemas mentales, paradigmas, creencias o valores de aquellos que toman las decisiones, se deberían estudiar con más detalle las dificultades ideológicas para el arraigo social de los derechos humanos en países como el nuestro, cuya colectividad se funda en valores básicamente pre modernos: tradición, pasado, autoridad, orden, repetición, costumbre, etcétera (Lo cual no quiere decir que haya consecuencia con ellos, que se viva conforme a ellos). Queremos contribuir, a pensar en los problemas de derechos humanos desde la perspectiva de la educación del niño y del adolescente en un contexto específico: el hispano andino.

Se requiere una pedagogía básica y de calidad para niños y adolescentes sobre derechos constitucionales o humanos, porque no la hay: una cultura cívica, que no hay que confundir con la "educación cívica" del colegio, que no es educación y no es cívica; que se mezcla con una pedagogía tradicional (basada en valores incompatibles con los valores democráticos) que siempre deviene predominante. Una cultura cívica se basa en los derechos de los ciudadanos, está fundada en los valores que se suponen de todos ellos sin excepción: los valores constitucionales. Se llaman cívicos de civitas, de ciudad, de civilidad, de ciudadano: es decir, de quien ha aprendido a convivir con otros seres libres e iguales ante el derecho en la ciudad: civilizado. No hay ni podrá haber una "cultura cívica" en el Perú, mientras a los niños peruanos se

les ofrezca un mal y simulacro de "educación cívica" y catecismo juntos y revueltos. La cultura cívica no se puede fundaren valores tradicionales, propios de "hijos de la Contrarreforma" (Octavio Paz), es decir, de seres bien poco democráticos en las esferas social, política, laboral, doméstica, cultural, educativa, etc. ¿Se revisan críticamente los paradigmas realmente existentes en educación?

Una cultura que no confunda derechos humanos, basados en valores modernos (dignidad, libertad, igualdad de derechos, tolerancia, pluralismo, etc.) con la caridad o la compasión cristiana por los pobres o desheredados, el paternalismo o asistencialismo, como ocurre en algunas instituciones o grupos políticos y autoridades del Estado. Esa confusión se transmite y se vuelve imagen mayoritaria y los derechos humanos, integralmente entendidos se vuelven fantasmales, porque se reduce el todo a un aspecto excluyente (la derecha privilegia la economía de mercado; la izquierda la igualdad). Sin embargo, la libertad y la dignidad no pueden excluirse en aras de la igualdad, como ocurre en Cuba por ejemplo. Y no es lo mismo valores democrático liberales que valores cristianos, aunque sean de izquierda. No se es demócrata sin amor por la libertad, porque la democracia es un sistema político que está hecho para protegerla y promoverla. Como decía el excelente escritor Rafael León: "La mayor dificultad que enfrentan los grupos que promueven los derechos humanos es la imagen que proyectan ante la opinión pública". ¿Cuál es esa imagen? Justamente, la de la izquierda (democrática) cristiana. Esa que representan en forma brillante Susana Villarán (alcaldesa de Lima) o Rocío Silva Santisteban (nueva secretaria de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en el Perú). Hay un sesgo muy fuerte hacia la igualdad, en detrimento de la dignidad y la libertad, que colisionan con el catolicismo a la peruana. Habría que pensar primero en los escollos más decisivos que hay que vencer para despejar el camino hacia la internalización de valores modernos y la construcción de una sociedad desarrollada o civilizada a la peruana. Lo que parece consensual es que la educación es el factor determinante; en consecuencia los niños y adolescentes constituyen la humanidad esencial, el campo en el hay que trabajar por una cultura cívica de verdad.

La democracia es un sistema basado en la protección de la libertad, de la dignidad y de la igualdad ante la ley de las personas; no en los valores pre republicanos que aún están vivos y coleando. Una educación cívica es una educación a partir de los principios de la constitución democrática republicana. Este trabajo quiere centrarse en esos principios esenciales de la Constitución, pensando en ese decisivo público infantil y juvenil peruano que no tiene mucha idea de ellos por las razones que dimos antes y porque los canales de difusión no existen o están bloqueados o distorsionados o no hay emisor interesado. No quiere ser un trabajo de vulgarización (democratización no es vulgarización) aunque pretende ser lo suficientemente claro para ponerse al alcance de ese público estudiantil en formación, que jamás ha tenido una

educación cívica.

Y si de repensar en derechos humanos para niños y adolescentes se trata, no se puede soslayar en esta reflexión la infaltable visión del mundo y de la vida del que defiende, reflexiona, habla, escribe, ataca u opina sobre ellos; la perspectiva involucrada en sus ideas y actitudes respecto a esos derechos: sus paradigmas. Esto también se suele llamar "ideología", pero hay que aclarar el sentido en cada caso, dependiendo de lo que entendamos por "ideología". Unos usan el vocablo como sinónimo de cosmovisión o concepción del mundo, ni más ni menos. En este caso los conceptos permanecen indiferenciados. Pero también se usa el término "ideología" en forma más restringida, en sentido peyorativo o despectivo, según la tradición hegeliano marxista (como falsa conciencia, enajenación, manipulación, adoctrinamiento, etc.) En el primer caso (la ideología como sinónimo de cosmovisión) no hay ningún problema, porque todos tenemos una y en ello no hay nada reprochable. Es inevitable además. Pero no todos, aunque si una enorme mayoría nacional, siguen una (abigarrada) ideología en sentido peyorativo, como dogma eclesiástico, política, familiar, etc. Y es que la educación mayoritaria es dogmática, acrítica, autoritaria, repetitiva, tediosa, etcétera. Sin embargo, no todos los seres humanos están "ideologizados", "adoctrinados", "concientizados", etc., en este segundo sentido. Y muchos que lo estuvieron ya no lo están: la crítica y la autocrítica los sacó de ese estado mental.

El nombre no es lo importante, sino el actual fenómeno masivo de manipulación, agravado con la potencia de los medios visuales, generalmente mal utilizados en nuestros países. También del tema de los derechos humanos se puede hacer una ideología. Sin crítica y autocrítica, sin constante renovación, aún los defensores de causas nobles se pueden dogmatizar y burocratizar y los derecho humanos banalizarse y volverse inocuos.

2. Marco histórico

Uno de esos rasgos que hacen que podamos hablar de la existencia de los derechos humanos es el referente a una situación histórica determinada (la del capitalismo y la democracia moderna), de tal manera que si a los derechos humanos se les colocara en "un marco histórico que les es ajeno", por ejemplo en un marco teocrático (como el Imperio Incaico) se convertirían en algo distinto, como señala Carmen Barranco. Es decir, en algo que no son derechos humanos sino otra cosa que tal vez no pueda considerarse siquiera como "Derecho". Los derechos humanos no son meras normas legales dadas por el poder constituido, sino Principios Generales de Derecho basados en valores democráticos, dados por el poder constituyente. Esos principios son "conceptos o proposiciones que informan la creación, aplicación, estructura y contenido de las normas jurídicas"¹; ¿Qué otros elementos contiene

¹ Marcial Rubio Correa, *El sistema jurídico*, Fondo Editorial PUCP, 2003. Lima.

ese núcleo? Por lo menos para Luis Prieto Sanchís, el primero es que los derechos humanos constituyen "el vehículo que, en los últimos siglos, ha intentado conducir determinadas aspiraciones importantes de las personas, desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad".

Aunque en general estoy de acuerdo con esta idea del reconocido jurista español, personalmente interpreto sus palabras como un paso del mundo ideológico medieval al mundo de las modernas convicciones éticas provenientes de la filosofía moderna, a partir de la Reforma y la Ilustración: la órbita moderna de lo jurídico, distinta de la moral y la religión. "La moral es el conjunto de valores y de conductas que una persona o una sociedad sanciona como positivas o negativas; la ética, por su parte, es la reflexión del por qué son esas conductas y no otras (...) La moral es algo más bien fáctico; es aquello que de hecho se respeta y se acepta como bueno acríticamente, sin comparación con los valores de los vecinos y sin búsqueda de fundamentación. La ética, por el contrario, intenta fundar y, a la vez, orientar las comparaciones (...)"²

"Fundar" y "orientar las comparaciones" es lo ético. La ética democrática es moderna; la moral, tradicional o pre moderna. Y como en este caso no hay sinonimia entre ética y moral "moral" no sería la palabra adecuada ya que aquí está asociada a la religión. Aparte de que esta palabra es tan polémica que Luis Prieto tendría que hacerla explícita para saber a qué atenernos. No he encontrado esa aclaración en su texto. Por ello uso "convicciones éticas" y no "moral". Todo lo cual implica hacer una aclaración respecto a los términos ética y moral, aunque sea muy esquemática y aunque Fernando Savater ya lo haya aclarado líneas antes. En nuestro mundo hispano-andino hay colisión y diferencia sustancial entre las normas morales (que se nos da por tradición y educación, que internalizamos acríticamente en la infancia, y que se basan en la obediencia y la sumisión a la autoridad, al orden, a la tradición, o al pasado) y los valores modernos: libertad, igualdad de derechos, dignidad, etc. No sólo son diferentes sino demasiadas veces incompatibles. Esos valores modernos están explícitos e implícitos en las Constituciones modernas: republicanas o monárquico constitucionales.

Un botón de muestra de esa incompatibilidad de valores es que nuestra Constitución moderna protege la libertad de creencia, de pensamiento y de conciencia (art. °, núm. 3) y una ley (Código de los Niños y de los Adolescentes art. 11) prescribe el respeto a la libertad de conciencia y de pensamiento de los niños y adolescentes. No autoriza a imponer ideas religiosas a los padres sino a "guiar" a los hijos en ese asunto, que no es lo mismo. Empero, la mayoría de peruanos impone a sus hijos su propia religión.

² Fernando Savater, *Los caminos para la libertad Ética y educación*, p. 73. FCE, México.

Imponer una religión es actuar inconsultamente sin que importe la voluntad del niño aún cuando se actúe de buena fe, contra el art. 2 de la Constitución peruana. Y contra el Código de los Niños y del adolescentes.

Por eso cuando hay incompatibilidad de valores la mayoría elige u opina, conscientemente o no, según su moral (tradicional) no conforme a la ética inmersa en la Constitución, es decir, a los valores democrático-liberales y sociales, los cuales son dejados de lado olímpicamente como si no existieran. Al inculcar la propia religión a sus hijos eliminan la posibilidad de que sean ellos mismos quienes decidan algo tan importante a la edad adecuada y no a los cuatro o cinco años. La libertad de conciencia es incompatible con la imposición ideológica, aunque sea con cariño y buena fe. Y los colegios completan el trabajo. Alguien replicará que si los padres no le inculcan la religión otros se encargaran de hacerlo de todas maneras. Probablemente, pero no serán los padres quienes lo hagan y eso será decisivo en su sicología, en su educación y en su vida: que sus propios padres no le impongan su religión (o su ateísmo) y elijan respetar su libertad religiosa.

¿No eran humanos los derechos antes de la revolución democrática europea? Había o no derecho (según lo definamos previamente) pero no derechos humanos, es decir, derechos para todos por igual. Cuando unos tienen derechos y otros no, esos ya no se llaman derechos estrictamente sino privilegios y violan el principio de igualdad ante la ley. Los derechos humanos se crean para todos los seres humanos sin excepción, esto es lo novedoso y revolucionario en su momento: ni privilegios ni discriminación sino derechos para todos. Como dice Marcial Rubio Correa, "a nadie se le puede decir tú no eres persona". A nadie se le puede decir tú no tienes derechos. Lo que reconoce el artículo uno de la Constitución no es al animal racional sino a la persona, al ser singular y único que somos cada uno de los seres humanos.

La ética moderna no es vertical, como la moral, sino "paralela" (Deleuze—Spinoza). No cae del cielo ni brota de la naturaleza. Son reglas humanas para seres humanos basadas en valores, intereses o necesidades humanas. Han sido creadas históricamente y tienen que ser inculcadas, no son naturales. En contextos como el nuestro solo podemos hacerlas nuestras a través de la educación, para volverlas alguna vez, cuando lo decidamos, convicción íntima, especialmente tratándose de niños y adolescentes. Savater también recuerda en el texto citado (p.46) que "para los griegos democracia y paideia, democracia y educación, estaban forzosamente unidas y deberían estarlo también para nosotros". No hay seres humanos más importantes para la educación que los niños y adolescentes.

Esas convicciones, en el caso de los derechos humanos, fueron producto de la sensibilidad de ciertos espíritus europeos modernos capaces de hacer conciencia crítica de su realidad histórica y social y sus respectivas necesidades y de proponer nuevos valores

a partir de un nuevo derecho. Se plasmaron primero en la Enciclopedia como conceptos ético políticos (teórico-subjetivos), es decir como filosofía política (y la filosofía como "política de la verdad" a la manera de Foucault). Norberto Bobbio recuerda algo que no se tiene muy en cuenta cuando todavía, a estas alturas, se habla de "derecho natural": "Las declaraciones nacen como teorías filosóficas. Su primera fase debe buscarse en la obra de los filósofos y no en la naturaleza"³. Lo señalamos porque, en nuestro medio, un cierto jusnaturalismo campea: más pre moderno que moderno, más inconsciente que consciente. Es una de las causas de confusión con respecto al carácter de los derechos humanos, a su conocimiento e internalización. Lo que fue teórico subjetivo en un momento —filosofía ético política, como la de Locke, Rousseau, Kant, etc.— con el tiempo se expresa en declaraciones jurídicas, es decir, prácticas ético políticas, derecho positivo, como las Constituciones americana y francesa a fines del siglo XVIII. En éstas se plasmaron las ideas de Locke, de Rousseau, de Kant, de Montesquieu, de Diderot, de Voltaire, etc. Aunque para producir una revolución política democrático liberal, tuvieron que arraigarse en el espíritu popular en forma de intereses, anhelos y nuevas ideas. Fueron hechos sociales que se convirtieron en reflexión e ideas en las cabezas de los filósofos, y viceversa. Luego retornan al pueblo a través del derecho. La ideología burguesa (sin sentido peyorativo) deviene derechos del hombre y luego derechos humanos.

El segundo elemento de ese núcleo es que los derechos humanos, como acota Luis Prieto, "asumen una cualidad legitimadora del poder, se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política". Y esto corrobora una vez más nuestra pre modernidad política. En la práctica no le damos esa "cualidad legitimadora del poder" a los derechos humanos, porque otros son nuestros valores (la reacción oficial y popular frente a la excelente labor de la CVR ha sido lamentablemente demasiado clara. La actitud del Perú frente a la CIDH es también muy expresiva: el estilo Fujimori, García, Humala, los enemigos de la Corte). Pero Carmen Barranco agrega algo más: "La asunción de este contenido (núcleo de certeza) supone entender los derechos fundamentales como requisitos de realización del ser humano, que el Poder Político debe satisfacer para poder ser considerado legítimo". Todo esto suena teórico en el Perú, un deber ser, una utopía, en nuestro contexto cultural, pero no es menos necesario y urgente. Quien ha entendido los derechos humanos como "requisitos de realización del ser humano", ya ha empezado a entenderlos.

3. El núcleo fundamental: dignidad, libertad, igualdad

Mucho de lo más avanzado en derechos humanos se da, sin duda, en la lucha por los derechos reproductivos y sexuales, en

³ *Sobre los fundamentos de los Derechos Humanos*, Gaceta núm. 4, Año IV, Publicación mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Méjico, p. 62.

los problemas de bio-poder vinculados, no por casualidad, con las actividades médicas, la salud y el cuerpo. En el fondo es un problema de valores jurídicos. Y pone en cuestión las creencias más hondas de las sociedades pseudo modernas o cuasi modernas, especialmente, en el meollo de sus paradigmas esenciales, en su cuerpo y su vida misma. En una sociedad que se considera democrática, esas discusiones deberían tener como criterio fundamental los valores prioritarios de la Constitución: la libertad, la dignidad, la igualdad de derechos o no discriminación, etc.

Lamentablemente ese no es nuestro caso. Se aceptan "argumentos" extra jurídicos (morales y religiosos) en discusiones que son exclusivamente jurídicas, especialmente en toda la temática respecto al bio-poder.

El abordaje del problema puede ser muy específico, como en este caso, tratando de que el punto elegido se expanda lo suficiente como para lograr una visión más comprehensiva y concreta de los derechos humanos, sin dejar de pensar en un público bisoño. En este caso el punto es "el núcleo de los derechos humanos", ese cogollo de valores sobre el que existe un consenso en los países democráticos: "el núcleo de certeza" le llaman otros. Nada más. Es innegable que con la noción de "derechos humanos" hay problemas de ambigüedad, de connotación y denotación, de polisemia y sinonimia, etc. Hay confusión en relación a términos semejantes, como "derecho natural", "derechos individuales", "derecho moral", etc. Pero dejamos momentáneamente irresuelta la polisemia para ir directo al grano: hay un "núcleo de certeza", un "contenido mínimo" ⁴ del cual queremos ocuparnos. En él no pueden faltar la dignidad, la libertad y la igualdad de derechos, que es donde nos vamos a centrar (la solidaridad es un sentimiento, no todos lo sienten y no se nos puede obligar jurídicamente a ser solidarios o buenos y justos; es cuestión de educación, no de poder). Aunque esto no agota la lista, que es y está siempre abierta. Un genuino demócrata no podría descartar alguno de estos principios jurídicos, los mismos que reinterpretados en cada época siguen haciendo de fundamentos de la vida moderna o postmoderna. Para que lo sean también de los peruanos es necesario que se internalicen en la vida colectiva. Es un problema de educación y, como dijimos, el grupo esencial al que se debe dirigir esa educación, que se expresa como cultura cívica, es el de los niños y adolescentes. Una "cultura de la libertad" como la llama Mario Vargas Llosa.

Si hubiera consenso sobre este "núcleo de certeza" o "contenido mínimo", ya mencionado, podríamos ir con mayor seguridad hacia una noción de derechos humanos menos confusa, porque estaremos en capacidad de descartar las definiciones que no

⁴ Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico* Cuadernos y debates, Centro de Estudios Cconstitucionales, Madrid, 1992, (Carmen Barranco Avilés, *El discurso de los derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 1996.

consideren este núcleo. Contribuir a despejar la ruta para evitar el abuso ideológico, político y lingüístico que se da con respecto a la expresión "derechos humanos". En la mayoría de países hispano-andinos se ignora lo que significan exactamente, salvo excepciones muy exiguas, pero además hay confusión y distorsión de sentido.

3.1 Dignidad

¿Por qué se considera la dignidad como fundamento de los derechos humanos? ¿Por qué está tratada en nuestra Constitución y en otras en su primer artículo? ¿Por qué esa eminencia? Antes hay que hacer presente, por si acaso, que no hablamos de "dignidad humana" porque la dignidad sólo puede ser humana y nada más. Decir "dignidad humana" es una redundancia. Sólo el hombre es digno en el sentido que se da a la palabra "dignidad" en la vida jurídica moderna, inspirada en la idea de Kant, que aún es 'rara avis' en nuestra tierra. ¿Cuál es ese sentido? ¿Y por qué sólo el ser humano es digno? ¿Y digno de qué es el ser humano?

En tanto ser libre y consciente, actual o virtualmente, el humano moderno, emancipado de la tradición, del pasado y de toda autoridad mental, empieza a pensar con su propia cabeza y a considerar la posibilidad de estar solo como especie pensante y, por consiguiente, de ser único dueño de su destino, sin que esto signifique negar ingenuamente la influencia, el azar y las mil contingencias. Todo esto a partir de la idea moderna que, en tanto especie e individualmente, es única, es decir, no clasificable: *sui generis*. Ni natural ni divina. Y así llega a la convicción que no sólo puede hacerlo de hecho sino que tiene derecho a decidir sus propios fines o metas, autónomamente. Es más, en tanto ser libre, no puede evitarlo; ya sea porque no puede soslayar decenas de decisiones diarias, o porque no va a permitir que otro u otros decidan por él, o porque de permitirlo sería también el producto de una decisión: la perezosa decisión de admitir que otros decidan por nosotros. En pocas palabras, el hombre es digno o merecedor de señalar su propio destino porque sabiéndose único e irrepetible, libre y consciente, no le queda otra opción. ¿Cómo permitir que otros nos señalen esos fines? ¿Cómo permitir que nos digan cómo debemos vivir? Ni los padres, ni los apoderados u otras autoridades tiene potestad para ello. Sólo el ser adulto mismo, el ciudadano igual y libre, puede hacerlo, sólo él es digno. Si el principio de dignidad, tal como se le define, implica la idea de merecimiento, sólo el hombre merece su propio fin (su cuerpo, su espíritu, su vida y su muerte) y darse sus propias normas y medios para alcanzarlo.

El principio de dignidad es inédito jurídicamente hasta su consagración en las Constituciones modernas, en tanto válido para todos los hombres. Lo que significa que antes de esta época no hay derechos humanos. Y es que no son "inherentes a la naturaleza humana", como se dice, pues en tal caso hubieran existido desde

las cavernas y en todas las comunidades humanas sin excepción. Y que no es así lo muestran todos los pueblos no occidentalizados, por ejemplo los países islámicos. Son decisión y creación histórica. Y por eso no se llaman naturales o divinos sino humanos, del hombre y para el hombre. ¿Y, además, quien sabe cuál es la "naturaleza humana" que convenza a todos? ¿El ser humano es un ser natural?

Si esos derechos son "humanos" quiere decir que no hay excepciones, que son para todos los seres humanos, incluidos los peores delincuentes. Esa es una característica que los separa de todos los "derechos" pre modernos y es una garantía para protegerlos. Hasta ese momento (el de la revolución moderna, especialmente anglosajona y francesa) no todos los hombres eran considerados iguales ante el derecho, habían unos "más iguales que otros", no todos tenían libertad ni derechos. En realidad nadie los tenía, porque como el poderoso pre moderno, el señor de horca y cuchillo, tenía privilegios, los demás no podían tener derechos (una cosa niega a la otra). Y él no necesitaba tenerlos porque controlaba las riendas reales del poder, el poder real, el poder de hecho, aunque sólo fuera de hecho. ¿Cómo hablar de dignidad en esa época? Esto no es un reproche a las sociedades pre modernas, pues no podemos extrapolar nuestros valores aburguesados a etapas históricas del pasado. Es indebido y ridículo, por ejemplo, acusar a Gengis-Khan de autoritario. La dignidad, la libertad y la igualdad, como derechos comunes a todos los hombres, se dan sólo con la revolución moderna. Antes del siglo XV no había la idea de persona como ser único, irrepetible y singular, no había nada que proteger. Uno de los fenómenos sociales más importantes que produjo la modernidad en Europa y la hizo posible fue, por ello, el *principium individuationis*, el sentido de individualidad. No había, antes del Renacimiento, principio o fundamento jurídico válido para todos por igual, los campesinos no tenían los mismos derechos que la aristocracia.

La dignidad, en suma, es el fundamento de los fundamentos, la red en la que se sostienen todos los derechos humanos. Sin ella no tienen sentido.

3.2 Libertad

Según Isaiah Berlín, hay como mínimo doscientas nociones de libertad. ¿Qué hacemos frente a esta explosión de sentidos? Si no estamos en capacidad o no es posible sintetizarlas, sólo queda escoger una o más nociones para aplicarlas en temas precisos de acuerdo a objetivos precisos y con conceptos todo lo precisos que se pueda. Eso es lo que intentaremos aquí: tomar dos sentidos de la palabra libertad. Ni los únicos ni los más correctos, sino los que parecen pertinentes en este caso. En primer lugar, la libertad es capacidad humana de elegir, según la "condena" de Sartre ("el hombre está condenado a la libertad"). Escogemos, decidimos todo el día, desde minucias hasta asuntos de vida o muerte. No podemos evitarlo, por acción u omisión; elegimos hacer o no

hacer, decidir o no decidir. Creo que eso ha querido decir Sartre. La otra idea de libertad está tomada de la antigua tradición griega estoica: libertad aquí significa tomar conciencia de las genuinas necesidades; o sea aquellas cuya satisfacción posibilitan la realización del ser humano en todas sus potencialidades físico espirituales; individuales y colectivas.

Eso vincula la idea de libertad a la autoconciencia, al auto conocimiento, como su condición ineludible. Fue declarado en la antigüedad por el oráculo delfico. En la modernidad occidental se ha desarrollado como práctica sistematizada, como "ciencia". Solo la persona (auto) consciente puede conocer sus auténticas necesidades y liberarse de ellas al satisfacerlas. Esa idea de libertad se relaciona con la de responsabilidad. Debo respetar la libertad y los derechos del otro, si verdaderamente creo en la libertad y en los derechos. Esto no se da por un proceso natural, sino por educación: la infancia y la adolescencia son las etapas decisivas. No hay responsabilidad ni libertad sin conciencia.

Los derechos suponen deberes; éstos están antes que los derechos para un buen ciudadano. El primer deber de un ciudadano, que no sea una caricatura, es el de respetar los derechos de los otros.

Y la libertad también se relaciona con la responsabilidad gracias a la disciplina de las necesidades auténticas a satisfacer, porque también abundan las pseudo necesidades y hoy más que nunca en la historia humana. Es ético lo que satisface una necesidad genuina. Y este ir tras las auténticas necesidades nos disuade o evita ir tras las falsas, nos hace responsables por conciencia, por reflexión y convicción, no por obligación. Esto descarta la infantil idea de libertad entendida como hacer lo que a uno le apetece, o le da la gana, sin límite ni control. Sólo el hombre consciente de sí y de sus necesidades genuinas puede ser libre de las falsas necesidades. Pero no hay derecho absoluto, ya que los derechos de los otros también existen y son lo primero y lo principal: los deberes humanos. La libertad posibilita el desarrollo fluido de todas las fuerzas. Un pagano "absoluto", como se definía a sí mismo Guillermo Von Humboldt, decía: "El verdadero fin del hombre —no el que le señala la inclinación pasajera, sino el que le prescribe la razón— es el mayor y más proporcionado desarrollo de sus fuerzas y la integración de las mismas en un todo. La primera e imprescindible condición para este desarrollo es la libertad".⁵

3.3 Igualdad

Una de las expresiones de genialidad de los griegos es la creación del principio de "isonomía", una verdadera revolución contra natura (pro espíritu, pro cultura, pro humana, demasiado humana tal vez). Como no tenían un pelo de tontos, percibían muy bien las

⁵ Karl Popper *pensamiento político*, Pedro Planas, 1996, Fundación Friedrich Naumann Bogotá, Colombia.

diferencias humanas de todo tipo y calibre: inteligencia, fuerza, sensibilidad, generosidad, estatura, anchura, etc. A pesar de esa conciencia, o gracias a ella, ellos determinaron liberrimamente que podían acordar por propia voluntad considerarse iguales ante la ley, aunque fueran en muchos aspectos desiguales. Lo importante es lo que hay de común en todos los seres humanos. Es verdad que en ese entonces eso se aplicaba sólo a los ciudadanos, y no todos lo eran: las mujeres y los extranjeros, por ejemplo. Habían excluidos. Pero el principio de igualdad ante el derecho había sido creado. Como corolario de ello ahora tenemos el derecho a la no discriminación en los países democráticos han desaparecido los privilegios antes legitimados y en el derecho internacional los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales. El problema con el derecho a la igualdad es que no es fácil compatibilizarlo con el de libertad en los países del Tercer mundo.

El problema de la igualdad real, o por lo menos el de un mayor equilibrio económico, se resuelve con riqueza económica, no con bellos y razonables artículos constitucionales o legales. Y no hay riqueza sin buena educación, sin un mínimo de calidad para llevar adelante cualquier empresa, económica o no. Esa riqueza requiere un tipo de ser humano que sólo parece posible a partir de ciertas condiciones históricas e ideológicas, es decir, educativas: una cierta apertura, una cierta razonabilidad y una cierta racionalidad que hay que inventar si no existe. Como en el Perú mayoritario. Donde falla la calidad educativa, ésta es más dogmática que crítica, más escolástica que moderna, etc. Pero la mala educación no es causa de sí misma. La mala educación no es, esencialmente, un problema técnico, pedagógico, didáctico, ni de método, ni plan de estudios, ni de sueldos. Todo eso se cambia siempre con cada "reforma" y con cada gobierno y nunca mejora la calidad educativa sino que cada vez es peor. Parece que pesan mucho más y son más decisivos los paradigmas premodernos, la cosmovisión tradicionalista que reproduce una educación acrítica, repetitiva, etc. Y si no hay educación moderna, es decir, democrática, liberal y social vamos a seguir sin salir del sub desarrollo.

En cuanto al tema de la desigualdad real o natural entre los seres humanos, no parece que se pueda resolver alguna vez. Y tal vez no sea deseable: ya lo han intentado los comunistas y los nazis en el siglo pasado. La equidad es eso que nos obliga a reconocer, independientemente de los deseos, que los seres humanos somos desiguales de hecho (aunque también, obviamente, tenemos muchos rasgos comunes esenciales). De ahí partimos para entender la igualdad de derechos entre seres desiguales y debido a esa desigualdad misma: "isonomía".

4. Relaciones individuo-Estado

Más adelante Carmen Barranco añade una idea a ese "núcleo", que nos ayuda a descartar posibilidades de confusión. Según ella, "los autores que coinciden en tal núcleo, parten de una

determinada concepción de las relaciones entre el individuo y el Estado que presupone una determinada organización del poder, que va a ser la de la democracia y el Estado de Derecho".⁶ Y esa organización del poder supone una concepción del mundo y de la vida y, en consecuencia, unos valores cuyo centro creador y receptor es la persona humana. Se puede decir, por ello, que sin el concepto de "persona", es decir un ser singular, único, irrepetible, como somos todos y cada uno, no es posible ni la idea ni la existencia de derechos humanos, ni esa relación particular del individuo frente al Estado.

Es la (auto) conciencia de la singularidad, de la diferencia, de la persona, lo que ha llevado a la creación de derechos que protejan ese rasgo esencial de la condición humana (ser único, singular e irrepetible) que el Estado debe abstenerse de violar. Lo cual requiere de alguna garantía que no la puede dar una teocracia, ni una monarquía absoluta, ni un sultanato, ni una dictadura, ni una tiranía, etc. La democracia se ha concebido para proteger esa esencia singular, única e irrepetible, recién reconocida jurídicamente en la modernidad. Y como el conjunto de personas se llama sociedad, no hay oposición irremediable y necesaria entre individuo y colectividad, es una distinción abstracta, no una separación concreta. Esa oposición dio lugar a discusiones bizantinas en otras épocas, como la de quién era primero. Nuestra Constitución no deja dudas: "La persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado". Pero para no dar la impresión de dualidad (persona humana- dignidad) podría decirse, pedagógicamente, que la dignidad de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

No es posible concebir los derechos humanos prescindiendo de esa particular relación de la persona con el poder político, en el que éste debe ser necesariamente controlado mediante un sistema que garantice ese control: la democracia. La democracia es esencialmente control del poder, como dijo Karl Popper. Eso lo define y no las elecciones, por ejemplo. Por eso se puede decir que en muchos países atrasados o subdesarrollados del tercer o cuarto mundo, apenas sí existen los derechos humanos, porque no son paradigmas populares y no hay efectivo control sobre el poder, aunque estén mencionados en el papel constitucional, no hay el contexto ideológico-social suficiente para hacerlos posibles o es demasiado frágil. Como no existieron tampoco en la misma Europa occidental antes del Renacimiento. Una prueba más de que estos derechos no tienen nada que ver con la naturaleza. Un rasgo más de su historicidad. Sólo aparecen en determinadas condiciones cuando aparecen de verdad, cuando devienen predominantes en una colectividad, como la de los países llamados desarrollados.

⁶ M. del Carmen Barranco Avilés, *El discurso de los derechos; del problema terminológico al debate conceptual*, Fondo Editorial Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 1996.

Como se cree todavía que pueden haber existido derechos humanos incluso en el Incanato (como alguien lo sostuvo), la utilidad de ese "núcleo de certeza" se encuentra en que permite un criterio para asegurar cuándo el uso de los términos "derechos humanos" no es adecuado. En ese caso anecdótico se da una extrapolación inaceptable. En un contexto teocrático, como el incaico, no eran posibles los derechos humanos, que no son sólo unos escuetos derechos sino una larga historia previa y un sistema que los hace posibles y los garantiza: la democracia. El modelo teocrático, agrega Prieto Sanchis, "concibe al individuo como un mero agente del plan divino, sometido en todos los aspectos de la vida al cumplimiento de una ley superior"⁷. Da la impresión que no hemos salido todavía de esta etapa incompatible con la democracia moderna. No es seguro siquiera que en el incanato haya habido Derecho.

5. Principium individuationis

Antes del siglo XVIII, es decir, antes de las revoluciones americanas, inglesa y francesa, no se puede hablar de derechos humanos seriamente. Éstos son consecuencia histórica de un proceso europeo en cuya conciencia colectiva germinaba el principium individuationis, cuya importancia no debe soslayarse o confundirse con el "individualismo", que es derivado y peyorativo: "individualismo" no es sinónimo de "individualidad". Los derechos humanos son la consagración jurídica de ese principium, plasmado en el artículo uno de la Constitución. El ser humano es singular, como especie, frente a otras especies y como individuo frente a los otros individuos (no un ser indiferenciado, parte de masa o rebaño, por más que haga todo lo posible). Esto no lo hace enemigo de los demás, que también tienen derecho a la diferencia. Distinción o diferencia no significa exclusión o rechazo del otro necesariamente.

Al europeo que incubó los derechos humanos le ha costado siglos (desde las invasiones bárbaras) de experiencia, guerras, conflictos, dificultades y sufrimiento, alcanzar ese estadio en que, como decía Kant, Europa occidental entra en la "edad de la razón", "la edad del hombre". Eso ocurre porque toma conciencia de su autonomía, a través de la clase aristocrática en primer lugar, de su libertad, de su dignidad y de sus responsabilidades como ser humano, como civilizado habitante de la ciudad. Civilización es el conjunto de ciudadanos —no de súbditos. Si eso pudo ocurrir en el siglo XVIII y no antes, se debió obviamente a que no estaban dadas "las condiciones objetivas y subjetivas" (en el lenguaje de los camaradas en los setentas). No se trata de un hecho natural sino histórico. Y por eso seguramente a nosotros, los países hispano andinos, nos cuesta tanto civilizarnos, es decir modernizarnos en política, en economía o en educación. Una expresión de ello es que nuestra "cultura cívica" está por los suelos, tanto la escolar

⁷ Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas: Problemas del razonamiento jurídico*. vol. 40. Editorial DIDOT, Madrid, 1992.

como la extra escolar. Pesa notoriamente aún la doble herencia premoderna: absolutismo y teocracia. Consecuencia: no hemos adoptado los valores modernos socialmente.

Si esas condiciones se hubieran dado antes la Revolución Francesa se hubiera dado antes, es obvio. Otra cosa sucedió entre nosotros, donde las ideas democráticas y republicanas, es decir modernas, fueron colocadas de emplasto por las élites criollas sobre una realidad colonial, dependiente y premoderna que tenía poco que ver con la realidad francesa al momento de la Revolución, con sus valores, esquemas mentales, creencias, etc. Pero adoptamos la forma republicana y hasta ahora no hemos logrado engullirla o que nos engulla. En lo esencial seguimos siendo una comunidad más pre moderna que moderna. Son sus expresiones el despotismo, el autoritarismo, el conservadorismo con o sin barniz moderno, el paternalismo, la fácil credulidad, los abundantes prejuicios, la superstición, el machismo, etc. Esto es indesligable del pésimo nivel educativo que caracteriza al país (según UNESCO).

Si no hubiera sentido de individualidad (sino pura masa gregaria) no habría personas, seres singulares cuya dignidad defender. Porque la dignidad, que es el principio en el que se sostiene todo el edificio de los derechos humanos, supone la defensa de la singularidad y la consecuente autonomía para decidir nuestros propios fines, como hemos visto. Tampoco sería necesario proteger un valor como la tolerancia, que sólo adquiere sentido donde los diferentes, los singulares, es decir, todos los seres humanos concretos, tienen necesidad de convivir con el otro, respetándolo y respetándose en sus derechos, a pesar de las diferencias ideológicas, de intereses y otras.

Sabiéndose una "esencia singular", el humano moderno tiene que construir un sistema político en el que puedan entenderse personas con diferentes maneras de ser y de pensar, diferentes intereses, rasgos y tipos. Por eso la tolerancia, como conciencia y respeto a la inevitable diversidad de perspectivas humanas, es fundamental. No se soporta sino que se comprende. En el sistema moderno parlamentario todas las fuerzas sociales pueden participar, es de esencia pluralista: viene de la cultura clásica preparada por la religión politeísta. Ese sistema sólo puede ser uno donde el poder es descentrado y dividido, con un gobierno temporal limitado y controlado. La Constitución y las leyes deben estar por encima de los hombres, de los que tienen poder político como de quienes no lo tienen. Sin estas condiciones como presupuesto no se puede hablar de derechos humanos, porque esa persona no estaría debidamente garantizada. Lamentablemente la puesta en práctica de la tolerancia supone una mentalidad pluralista, muy difícil de encontrar en una cultura monista: una sola verdad, una sola moral, una sola manera correcta de vivir, etc.

Lo que hubo entre los Incas o los señores feudales no eran derechos sino privilegios. Para que haya derechos humanos

tienen que ser para todos los seres humanos, sin excepción. El medieval "derecho de prima note", por ejemplo, no era ni podía ser estrictamente un derecho, en sentido democrático moderno, sino una gracia que se otorgaba el señor a sí mismo por el mero hecho de poder hacerlo. Pero para la época eso era un "derecho". Para nosotros era una cuestión de fuerza, nada más. El derecho no es y no puede ser pura fuerza, puro poder, porque dejaría de ser derecho en sentido moderno. En pocas palabras, cuando se habla de derechos humanos se habla de ciertos valores, principios o ideales modernos con pretensión de universalidad que, como derechos para todos los hombres, nunca antes existieron en la historia.

En ninguna época se ha aceptado reconocer derechos para todos los seres humanos por igual, como la libertad, la igualdad, y la dignidad. No se trata de cualquier derecho creado por el poder político de turno, sino de ciertos derechos que tienen la categoría de principios y que no excluyen ni deben excluir a nadie por más diferente que sea. Norberto Bobbio comentaba al respecto, con su reconocida lucidez: "No sé si nos damos cuenta de hasta que punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en cuanto por primera vez en la historia un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido aceptado libre y expresamente, a través de sus respectivos gobiernos, por la mayor parte de los hombres que habitan la Tierra". En el incanato, por ejemplo, hubo un cierto orden jurídico, una cierta organización del poder, pero no democrática ni republicana y eso significa sin derechos humanos. Lo cual no es un reproche a los Incas sino una descripción, un juicio de hecho, no de valor. Sería tonto acusar a los Incas de poco democráticos.

6. Derecho natural

En una encuesta entre profesores de una Facultad de Derecho regional, nadie puso en cuestión la existencia del "derecho natural". Resultó de ella que todos eran de clara tendencia jusnaturalista, consciente o inconscientemente, menos uno que declaró que la existencia del derecho natural era un tema discutible. Los jusnaturalistas sostienen que los derechos humanos son inherentes a la "naturaleza humana". Esto es muy importante, porque la concepción sobre derechos humanos decide las prácticas relacionadas con derechos humanos. "Derecho natural" no es adecuado como sinónimo de derechos humanos. Para quienes creen en su existencia (el jusnaturalismo es un asunto de fe) el derecho natural, como se dijo, es un conjunto de normas o derechos intrínsecos a la naturaleza humana. Es decir que vienen con el hombre desde que el hombre es tal, desde el primer homo sapiens suponemos. Por tanto, según esa posición podemos deducir que para ellos los derechos humanos son normas o derechos no creados por el hombre mismo, por cuanto aparecen con él en tanto inherentes a él. Todos nacemos con nariz, pero nadie ha creado su propia nariz, ella sí natural aunque modificable artificialmente, ella sí (la

nariz) inherente, que no quiere decir "interna" sino "propia de..." o "sustancial".

Sin embargo, si alguna vez no existieron los derechos humanos y si no existen actualmente en muchas naciones, es porque en algún momento histórico son creados, lo cual descarta, una vez más, su carácter natural o divino. Son simplemente humanos. ¿Por qué llamarlos naturales? ¿Por qué la naturaleza y no la artificialidad, como dice el gran polígrafo Marco Aurelio De Negri? Y si la naturaleza es creación de Dios ¿por qué no llamar divinos a esos derechos? Un jusnaturalista tendrá que explicar por qué se llama "humanos" o "del hombre" a estos derechos si se les considera naturales, es decir, no creados por él. ¿Quién los creó entonces? ¿La naturaleza? ¿Puede dictar normas obligatorias a los hombres? ¿Cómo es posible una norma natural? ¿lo natural no es lo producido por causas, como la lluvia?

Sólo queda una posibilidad una vez que eliminamos al hombre y la naturaleza como fuentes originales de derecho: Dios ¿Por qué llamarles (derechos) humanos entonces? Y si nadie creó esas normas ¿por qué llamarle derecho y no naturaleza simplemente? ¿por qué "derecho natural"? ¿el derecho no es exclusivamente humano, es decir, histórico y social? ¿cómo puede ser algo a la vez histórico y natural? ¿no es una contradicción en los términos? Bobbio dirá: "Hoy sabemos que también los derechos denominados humanos son el producto no de la naturaleza sino de la civilización humana". Y por eso concluimos con la historicidad de los derechos humanos.

La hipótesis aquí es que el jusnaturalismo pre moderno es una especie de cordón umbilical que sirve de coartada para asociar indebidamente los derechos humanos con la moral establecida.

7. Historicidad

La historicidad del derecho no sólo se da en cuanto producto de un espacio-tiempo y en cuanto impregnado por él (todos somos, a pesar de las notorias diferencias entre contemporáneos, hijos de nuestro tiempo) alude también a un ser particular que no se puede considerar esencialmente natural, porque no tiene carácter homogéneo, generalizable, previsible, repetitivo, constante, inconsciente, ciego; sino historia, conciencia y libertad, es decir espíritu. Siendo consciente y libre, al ser humano no le queda más remedio que tomar decisiones a cada momento y así hace su propia historia. Eso no es natural. Lo humano se está haciendo a sí mismo en cada momento.

Y como no está jamás definitivamente concluso y acabado, el ser humano es solo proceso: el proceso de sus actos, como dice Antonio Gramsci. Por eso no siempre sigue el orden natural sino su voluntad, sus creencias, sus razones, sus prejuicios, sus normas, sus valores o anti valores; nada que sea natural. Historia es conciencia del presente a través del examen del pasado y conciencia es libertad. El hombre no es súbdito de cualquier reino de la

naturaleza, como los animales, vegetales y minerales, sino un ser espiritual, libre y consciente de sí, un ser histórico. Y así como sostenemos que historia y naturaleza son distinguibles, también sostenemos que son inseparables.

Dicho de otro modo, el hombre no es un animal, no puede pertenecer a esa familia ni a ninguna otra porque es un ser sui generis: participa de la naturaleza y viene de ella, pero también es espíritu. En consecuencia, no se puede hablar tan ligeramente de "animal" cuando se habla de este ser con espíritu, porque un animal espiritual es una contradicción, "lo espiritual" es lo que define específicamente a este ser. Un ser con espíritu incorporado: hecho cuerpo. Ni natural, ni divino, el hombre, "unidad psicofísica", es un puente entre ellos, como lo anunciaba Zathustra, aunque no al servicio de ellos. Un puente que puede hacer posible la superación del ser humano mismo.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DELITO DE FALSEDAD EN LA INVERSIÓN EN LOS MERCADOS DE VALORES¹

EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA

DR. EN DERECHO PENAL

CÁTEDRA INTERUNIVERSITARIA DE DERECHO Y GENOMIA HUMANA

UNIVERSIDAD DE DEUSTO / UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EHU

BILBAO

1. Introducción

Como indican los especialistas en la materia², entre los diversos sucesos que propiciaron el estallido de la denominada Crisis Financiera Internacional de 2008 se encuentra un hecho que reviste particular importancia para el Derecho penal: la supuesta estafa cometida en perjuicio de quienes confiaron cuantiosas sumas de dinero al Banco de Inversiones Bear Stearns & Co. Como sabemos, con anterioridad a dicho suceso, los índices bursátiles se desplomaron de forma alarmante debido a la crisis de los llamados créditos hipotecarios de alto riesgo (subprime)³, por lo que

¹ El presente trabajo de investigación ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación —dirigido por el Profesor Dr. Carlos María Romeo Casabona— núm. DER 2008-954/JUR1, *Delincuencia económica. Nuevos instrumentos jurídicos y tecnológicos*, del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

² Cfr., entre otros, Berenguer, Eduard, *Huracán subprime, La crisis del mercado subprime y la evaluación del riesgo en los procesos de titulización; Análisis de la última gran crisis que ha afectado a los mercados financieros*, en *Bolsa*, Revista mensual de bolsas y mercados españoles, núm. 169, 2007, pp. 23 y ss.

³ La crisis de los créditos subprime comenzó a extenderse por los mercados financieros a partir de agosto del 2007 y dio lugar, según indica la doctrina que se ha ocupado del tema, a que se desataran tanto la crisis económica del mismo año, como la crisis financiera de 2008. Berenguer nos presenta un análisis progresivo de dichos hechos en: Berenguer, Eduard, *Huracán subprime. La crisis del mercado subprime y la evaluación del riesgo en los procesos de titulización*. Análisis de la

correspondía a los asesores o agentes de inversión comunicar dicha información a los potenciales inversores en áreas que podían eventualmente verse afectadas por los efectos negativos de la crisis de los créditos subprime.

Es en estas circunstancias cuando los medios de comunicación comienzan a hacerse eco de la detención y posterior juicio seguido contra Ralph Cioffi y Matthew Tannin, dos ejecutivos del Banco de Inversiones Bear Stearns & Co. Dichos personajes fueron acusados de haber ocultado a cerca de trescientos inversores —que confiaron aproximadamente mil seiscientos millones de dólares al mencionado banco de inversiones— cierta información relativa a la delicada situación por la que atravesaban los mercados financieros de los Estados Unidos de América. Para ello, entre otras pruebas, el fiscal encargado del caso presentó una serie de mensajes enviados por correo electrónico en los cuales los acusados compartían los temores acerca del colapso y quiebra de los fondos de cobertura de los que estaban encargados⁴.

La parte acusadora señalaba que dichos mensajes demostraban que los procesados eran conscientes de la situación de los mercados financieros y que, a pesar de ello, continuaban comunicando a los posibles inversores que la situación de los mercados financieros era estable con el fin de captar los fondos que éstos estaban dispuestos a confiar a dicha entidad. Cabe recordar, no obstante, que al culminar el mediático proceso el jurado encargado del caso declaró a ambos acusados inocentes de todos los cargos que se les imputaban⁵, lo cual desató el desconcierto de la prensa y, desde luego, de la sociedad en general pues dicho veredicto fue visto como una derrota en la lucha que el Gobierno había iniciado por sancionar los comportamientos fraudulentos que comenzaban a ser desvelados como consecuencia del estallido de la crisis financiera⁶.

Cabe indicar que la experiencia española, en relación con las conductas constitutivas de "estafas" a inversores, nos muestra que la realidad vivida en otras latitudes no es ajena a la interacción de

última gran crisis que ha afectado a los mercados financieros, op. cit., p. 23.

⁴ Dichos mensajes fueron, en su momento, difundidos por los medios de comunicación que dieron cobertura al caso. En efecto, en dichas comunicaciones uno de los acusados señalaba: "I'm fearful of these markets" (tengo miedo de estos mercados). Ante esta afirmación el otro respondió diciendo: "Believe it or not, I've been able to convince people to add more money" (lo creas o no, yo he sido capaz de convencer a la gente para añadir más dinero) y concluía de esta forma "I think we should close the funds now" (creo que deberíamos cerrar los fondos ahora).

⁵ Algunos miembros del Jurado declararon a los medios de comunicación que se pronunciaron a favor de la inocencia de ambos personajes dado que percibían que el verdadero propósito de dicho proceso era calmar los agitados ánimos que la sociedad había adquirido como consecuencia de la crisis y que se estaba utilizando a Cioffi y Tannin como simples chivos expiatorios de Wall Street.

⁶ Véase, por ejemplo, la reseña que hizo del caso el diario Huffington Post Business el 11 de octubre de 2009: http://www.huffingtonpost.com/2009/11/10/ralph-cioffi-matthew-tann_n_352720.html [Consulta realizada el 13 de julio de 2011].

las entidades económico-financieras locales pues, como sabemos, nuestra historia reciente se encuentra marcada por una serie de escándalos suscitados en los mercados financieros que han tenido un fuerte impacto mediático, social e, incluso, político-criminal. Quizá el suceso más representativo de esta situación haya sido el constituido por el famoso Caso Gescartera⁷ en el cual, como sabemos, se procesó a varias personas por los delitos de apropiación indebida y falsedades desarrolladas por medio de la creación de una trama empresarial, bajo la apariencia de una institución de intermediación en el mercado de valores, destinada a captar cuantiosas inversiones desviadas al patrimonio particular de algunos acusados, obteniéndose una ganancia que ascendía a casi siete millones de euros⁸.

Ante este panorama, el legislador español ha creído oportuno aprovechar la reforma penal operada en junio de 2010 para introducir en el catálogo de delitos y penas una figura delictiva de novedoso cuño para la tradición hispana, esto es, la denominada "estafa de inversores"⁹. Como se desprende de la lectura del art. 282 bis del CP, por medio de esta figura se incrimina a los que "como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la

⁷ Cfr. Gómez Iniesta, Diego J., *Fraudes en el mercado de valores (A propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada)*, en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero, Luis / Nieto Martín, Adán (Coords.), Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2006, p. 159. Otro conocido caso fue el del Fórum Filatélico. En el año 2006, los responsables de dicha sociedad —junto con los de Afinsa— fueron acusados de los delitos de estafa, blanqueo de capitales, insolvencia punible y administración desleal debido a que prometía rentabilidades fijas superiores a las de las inversiones ordinarias e independientes de la evolución del mercado. Los acusados indicaban a sus clientes (inversores) que las inmejorables condiciones que prometían tenían su origen en una supuesta revalorización de los sellos en que decían invertir el capital de los inversores.

⁸ Sobre este proceso véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1) núm. 986/2009 de 13 octubre RJ 2009\5991. Ponente: Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez.

⁹ Un análisis genérico sobre las principales cuestiones derivadas de la reforma penal de 2010 en el marco de los delitos patrimoniales y económico-financieros en: Silva Sánchez, Jesús María, "Los delitos patrimoniales y económico-financieros", en *Diario La Ley*, núm. 7534, Sección Tribuna, Año XXXI, Ref. D-388, Editorial LA LEY, 23 de Diciembre de 2010. Cfr. también Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 513; Prat Westerlindh, Carlos, "Estafa de inversores", en *Ley Penal*, núm. 77, Sección Estudios, Editorial LA LEY, Diciembre 2010, p.1; Magro Servet, Vicente, *Delitos Socioeconómicos*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 143-144; Juanes Peces, Ángel, *Principios inspiradores de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica núm. 5, 2010*; *Situación Jurídico-Penal del Empresario*, Juanes Peces, Ángel (Dir.), El Derecho, Madrid, 2010, p. 58.

legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código”.

Conviene resaltar que el mismo precepto, a reglón seguido, también indica que “En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquiriente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses”.

Ahora bien, a lo largo de presente trabajo intentaremos, por una parte, dar respuesta a una serie de interrogantes y problemas de carácter interpretativo que tienen su origen en la técnica legislativa utilizada en el texto de reforma¹⁰ mientras que, por otra, clarificar algunas cuestiones relacionadas con la necesidad y oportunidad de la inclusión de este nuevo precepto dentro del ordenamiento jurídico-penal español.

2. Antecedentes

Según reza el propio texto de reforma penal de 2010¹¹ el referente que motiva directamente la incorporación de esta nueva figura delictiva está constituido por la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero de 2003¹². No obstante, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina que se ha ocupado del tema, parece que el legislador no ha caído en cuenta que dicha norma no hace referencia específica al tipo de conductas que han pasado a ser criminalizadas con la entrada en vigor del texto materia de análisis pues, por medio de la Directiva mencionada se regula exclusivamente las cuestiones derivadas de las operaciones con información privilegiada y la manipulación y abuso del mercado de forma genérica¹³.

¹⁰ Concretamente las relacionadas con el tema del bien jurídico tutelado, la terminología utilizada y, finalmente, las ligadas a los problemas de subsunción de las conductas punibles.

¹¹ En concreto, en el párrafo número XVIII del Preámbulo que antecede al texto de reforma del Código Penal: “Teniendo como referente la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, se han llevado a cabo reformas en el campo de los delitos relativos al mercado y los consumidores. Así, se incorpora como figura delictiva la denominada estafa de inversores [...]”.

¹² Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado); publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 96/16 del 12 de abril de 2003.

¹³ Es innegable que dentro de esta amplia área tiene cabida la actividad delictiva que ocupa nuestra atención, pero no se hace mención de ella en ninguno de los artículos que componen dicho cuerpo normativo. En este sentido, Hurtado

En efecto, por medio de esta Directiva el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han pretendido establecer un marco orientativo dentro del cual puedan modularse las decisiones internas de cada Estado miembro, no haciéndose referencia específica y directa —ni tan siquiera tangencial— a la criminalización de esta nueva figura delictiva en ninguno de los 22 artículos que componen dicha norma. Sin embargo, conviene resaltar que el artículo 5º de la Directiva incorpora la prohibición de las prácticas de manipulación del mercado¹⁴, aunque no se especifica si se

Adrián, Ángel, *Estafa de inversores y/o de crédito* (art. 282 bis), en *Reforma del Código Penal, Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica núm. 5, 2010*; *Situación Jurídico-Penal del Empresario*, Juanes Peces, Ángel (Dir.), El Derecho, Madrid, 2010, p. 194; Faraldo Cabana, Patricia, art. 282 bis, en *Comentarios al Código Penal*, Gómez Tomillo, Manuel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1086; Puente Aba, Luz María, *El art. 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, disponible en la web del Ministerio de Justicia, 2011 [www.mjusticia.gob.es].

¹⁴ Según reza el apartado 2) del art. 1, la “manipulación del mercado” está constituida por:

- “a) transacciones u órdenes para realizar operaciones,
 - que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de instrumentos financieros, o
 - que aseguren, por medio de una persona o de varias personas que actúen de manera concertada, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, a menos que la persona que hubiese efectuado las transacciones o emitido las órdenes para realizar operaciones demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se justan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate;
- b) transacciones u órdenes de realizar operaciones que empleen dispositivos ficticios o cualquier otra forma de engaño o maquinación;
- c) difusión de información a través de los medios de comunicación, incluido Internet, o a través de cualquier otro medio, que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a los instrumentos financieros, incluida la propagación de rumores y noticias falsas o engañosas, cuando la persona que las divulgó supiera o hubiera debido saber que la información era falsa o engañosa. Con respecto a los periodistas que actúen a título profesional, dicha divulgación de información se evaluará, sin perjuicio del artículo 11, teniendo en cuenta las normas que rigen su profesión, a menos que dichas personas obtengan directa o indirectamente una ventaja o beneficio de la mencionada difusión de información.

En particular, los ejemplos que figuran a continuación se derivan de la definición básica recogida en las letras a), b) y c) anteriores:

- actuación de una persona o de varias concertadamente para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un instrumento financiero con el resultado de fijación, de forma directa o indirecta, de precios de compra o de venta o de otras condiciones de transacción no equitativas,
- venta o compra de instrumentos financieros en el momento de cierre del mercado con el efecto de inducir a error a los inversores que actúan basándose en las cotizaciones de cierre,
- aprovecharse del acceso ocasional o periódico a los medios de comunicación tradicionales o electrónicos exponiendo una opinión sobre un instrumento financiero (o, de modo indirecto, sobre su emisor) después de haber tomado posiciones sobre ese instrumento financiero y haberse beneficiado, por lo tanto, de las repercusiones de la opinión expresada sobre el precio de dicho instrumento, sin haber comunicado simultáneamente ese conflicto de intereses a la opinión pública de manera adecuada y efectiva.

debe adoptar o no una fórmula penal estructurada con el fin de sancionar el incumplimiento de dicha disposición¹⁵.

Sin perjuicio de las cláusulas de la Directiva en cuestión que, de una u otra forma, pueden haberse tenido en cuenta para la modificación del CP en relación con esta materia, creemos que otro importante antecedente legislativo es, sin duda, el constituido por la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004¹⁶⁻¹⁷. En efecto, dicha norma parece constituir un instrumento mucho más específico que la Directiva citada en el párrafo anterior en la medida que a lo largo del documento se hace especial hincapié en la estructuración de mecanismos de seguridad que permitan a los inversores recibir una información transparente y apropiada¹⁸, y se establece

Las definiciones relativas a la manipulación del mercado se adaptarán de forma que se garantice que se pueden incluir nuevos modos de comportamiento que correspondan en la práctica a los tipificados como manipulación del mercado.

¹⁵ En efecto, en relación con esta cuestión la Directiva únicamente señala que "Sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales los Estados miembros garantizarán, de conformidad con su Derecho nacional, que se tomen las medidas administrativas apropiadas, o que se impongan sanciones administrativas contra las personas responsables cuando no se hayan cumplido las disposiciones adoptadas con arreglo a la presente Directiva. Los Estados miembros se asegurarán de que estas medidas tienen un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio". Cfr., el párrafo 1 del art. 14.

¹⁶ Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE; publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 390/38 del 31 de diciembre de 2004.

¹⁷ Se ha pronunciado en este mismo sentido, Puente Aba, Luz María, El art. 282 bis del Código Penal: *Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 1; Hurtado Adrián, Ángel, *Estafa de inversores y/o de crédito* (Art. 282 bis), op. cit., p. 194.

¹⁸ En efecto, el considerando (2) de dicha Directiva señala: "[...] los emisores de valores deben asegurar a los inversores la apropiada transparencia, a través de un flujo regular de información"; el considerando (5): "Con una mayor armonización de las disposiciones del Derecho nacional sobre los requisitos de información periódica y continua impuestos a los emisores de valores se debe conseguir un elevado nivel de protección de los inversores en la Comunidad"; el considerando (7): "Un elevado nivel de protección del inversor en la Comunidad permitiría eliminar barreras a la admisión de valores en mercados regulados situados o que operan en un Estado miembro"; el considerando (17): "El emisor o sus órganos de administración, gestión o control, o los responsables en el seno del emisor deben estar sujetos a las normas de responsabilidad pertinentes, según lo establecido en la legislación o reglamentación nacional de cada Estado miembro. Los Estados miembros deben poder determinar libremente el alcance de la responsabilidad"; el considerando (27): "A fin de asegurar una protección eficaz de los inversores y el correcto funcionamiento de los mercados regulados, las normas relativas a la información que deben publicar los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado también deben aplicarse a los emisores que no tengan su domicilio social en un Estado miembro y que no estén incluidos en el ámbito del artículo 48 del Tratado. Debe garantizarse asimismo que se ponga a disposición del público de la Comunidad toda la oportuna información adicional sobre emisores comunitarios

la obligación de los Estados a garantizar el cumplimiento de las disposiciones de dicha norma por medio de la estructuración de medidas administrativas y de sanciones civiles, administrativas e, incluso, penales —cuando el Estado miembro así lo decida— en caso de incumplimiento de las mismas¹⁹.

Como pone de manifiesto la Profesora PUENTE ABA, cabe indicar que otros Estados miembros de la Unión Europea, con anterioridad a la publicación de las directivas mencionadas en los párrafos precedentes, ya habían incluido en sus respectivos ordenamientos jurídicos algunos preceptos que guardan estrecha simetría con el tipo delictivo introducido en el nuevo artículo 282 bis del CP²⁰. Tal es el caso, por ejemplo, del parágrafo 264a del Código penal alemán que incorpora el delito denominado "estafa en la inversión de capital", por medio del cual se sanciona la difusión de información falsa sobre el estado económico que sirve de soporte a la venta o comercialización de valores a través de los prospectos, folletos o gráficos de los estados financieros relevantes para tal efecto, o la ocultación de hechos perjudiciales que atañen al posible inversor²¹. Nótese que la lectura del precepto en cuestión revela el hecho de que nos encontramos frente a un delito de peli-

o de terceros países cuya divulgación se exija en un tercer país pero no en un Estado miembro".

¹⁹ En efecto, el art. 27 de la Directiva en cuestión dispone: 1. Sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales, los Estados miembros garantizarán, de conformidad con su Derecho nacional, que al menos se puedan tomar las medidas administrativas apropiadas o imponerse sanciones civiles y/o administrativas con relación a las personas responsables, cuando no se hayan cumplido las disposiciones adoptadas con arreglo a la presente Directiva. Los Estados miembros se asegurarán de que estas medidas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias".

²⁰ Cfr. Puente ABA, Luz María, El art. 282 bis del Código Penal: *Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 1.

²¹ En efecto, el precepto mencionado reza de la siguiente manera:

"§ 264a Kapitalanlagebetrug

(1) Wer im Zusammenhang mit

1. dem Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder von Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen, oder

2. dem Angebot, die Einlage auf solche Anteile zu erhöhen, in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn sich die Tat auf Anteile an einem Vermögen bezieht, das ein Unternehmen im eigenen Namen, jedoch für fremde Rechnung verwaltet.

(3) Nach den Absätzen 1 und 2 wird nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, daß auf Grund der Tat die durch den Erwerb oder die Erhöhung bedingte Leistung erbracht wird. Wird die Leistung ohne Zutun des Täters nicht erbracht, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, das Erbringen der Leistung zu verhindern."

gro puesto que para su configuración no se exige —como se haría si estuviésemos frente a un delito de estafa propiamente dicho— la producción de un perjuicio o daño de carácter económico. Es suficiente, pues, que se concrete la difusión de cierta información falsa o la ocultación de hechos relevantes en una oferta de venta de valores negociados en el mercado.

De otro lado, cabe señalar que un texto que ha sido elaborado manteniendo una línea similar a la adoptada por el legislador alemán, es el precepto italiano número 173bis del Texto unico en materia de intermediación financiera²². En efecto, dicho artículo incorpora el denominado delito de "falsedad en los prospectos" (*falso in prospetto*)²³ mediante el cual se sanciona con pena privativa de libertad de uno a cinco años a quien, con el fin de asegurar para sí o para otros un enriquecimiento injusto, publique en el folleto informativo de los valores negociados en un mercado regulado datos falsos u oculte información con el fin de inducir a error a los posibles inversores²⁴. Al igual que lo que ocurre con el caso alemán, nos encontramos frente a un delito de peligro puesto que tampoco se exige la producción de un daño económico, bastando para su configuración la difusión de información falsa en los documentos señalados por la ley.

Finalmente, cabe poner de manifiesto, que el nuevo artículo 282 bis del CP no constituye el primer intento del legislador español por hacer frente a la falsedad en la inversión en los mercados de valores. En efecto, en el año 2002 se incorporó a la Ley del Mercado de Valores (LMV) un precepto dentro del Capítulo consagrado

²² Decreto legislativo 24 febbraio 1998, núm. 58: "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52". Dicha norma fue publicada en el Supplemento ordinario alla G.U., núm. 71 del 26 de marzo de 1998.

Conviene resaltar que el mencionado art. 173 bis, no fue insertado dentro del Decreto en cuestión sino hasta el año 2005 (en virtud de la Legge 28 dicembre 2005, n. 262 "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 301 del 28 dicembre 2005 - Supplemento ordinario n. 208) y posteriormente modificado por medio del Decreto Legislativo Núm. 51 de 28 de marzo de 2007 (Attuazione della direttiva 2003/71/CE relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari, che modifica la direttiva 2001/34/CE —G.U. 23 aprile 2007, núm. 94—).

²³ Haciendo referencia concreta a los prospectos o folletos informativos de los valores que se ofertan en un mercado regulado de valores.

²⁴ En efecto, la actual redacción del precepto italiano mencionado es la siguiente:

Art. 173-bis - Falso in prospetto

1. Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti per l'offerta al pubblico di prodotti finanziari o l'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo a indurre in errore i suddetti destinatari, è punito con la reclusione da uno a cinque anni."

a las operaciones constitutivas de lo que dicha Ley entiende como Abuso de Mercado, y que podría ser considerado como el antecedente hispano directo del nuevo delito de estafa de inversores. En este sentido, el artículo 83 ter de la LMV²⁵ contempla la obligación de las personas que actúen o se relacionen con el mercado de valores de abstenerse de falsear ciertos datos económicos relacionados con el mismo²⁶. Dicho esto, creemos que es necesario recordar que la intensión del legislador hispano por regular esta materia por medio de la criminalización de la estafa a inversores ya se ponía de manifiesto con la incorporación de dicha propuesta en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006²⁷, en el Proyecto de 2007²⁸, en el

²⁵ Art. añadido por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 281, el sábado 23 noviembre de 2002.

²⁶ La actual redacción del artículo en mención es la siguiente: Art. 83:

1. Toda persona o entidad que actúe o se relacione en el mercado de valores debe abstenerse de la preparación o realización de prácticas que falseen la libre formación de los precios. Como tales se entenderán las siguientes:

a. Las operaciones u órdenes:

- Que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los valores negociables e instrumentos financieros.

- Que aseguren, por medio de una persona o de varias personas que actúen de manera concertada, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, a menos que la persona que hubiese efectuado las operaciones o emitido las órdenes demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se ajustan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate.

b. Operaciones u órdenes que empleen dispositivos ficticios o cualquier otra forma de engaño e maquinación.

c. Difusión de información a través de los medios de comunicación, incluido internet, o a través de cualquier otro medio, que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a los instrumentos financieros, incluida la propagación de rumores y noticias falsas o engañosas, cuando la persona que las divulgó supiera e hubiera debido saber que la información era falsa o engañosa. Con respecto a los periodistas que actúen a título profesional dicha divulgación de información se evaluará teniendo en cuenta las normas que rigen su profesión, a menos que dichas personas obtengan directa o indirectamente una ventaja o beneficio de la mencionada difusión de información.

2. No obstante, no se considerarán incluidas en el apartado anterior las operaciones u órdenes a que se refiere el artículo 81.3 y en general las efectuadas de conformidad con la normativa aplicable.

3. Se faculta al Ministro de Economía y, con su habilitación expresa a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para desarrollar, respecto a la prohibición establecida en este artículo, una relación y descripción no exhaustiva de las prácticas concretas contrarias a la libre formación de los precios."

²⁷ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁸ Proyecto de Ley Orgánica núm. 121/119 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007.

Anteproyecto de 2008²⁹ y, finalmente, en el Proyecto de 2009³⁰.

3. Cuestión terminológica

Como hemos visto, el legislador español ha considerado adecuado denominar a la figura delictiva materia de análisis con el nombre de "estafa de inversores". En efecto, dicha denominación ha sido incorporada en el apartado XVII del Preámbulo de la Ley Orgánica por medio de la cual ha operado la reforma penal de 2010³¹. Sin embargo, cabe recordar que en dos de los cuatro documentos prelegislativos que antecedieron al texto definitivo de reforma del Código Penal, el legislador prefirió utilizar la similar denominación de "estafa de inversiones"³². Ahora bien, es posible que el insistente uso del término "estafa" se deba a que un análisis panorámico del precepto que contiene esta nueva infracción puede dar la impresión de que nos encontramos ante una modalidad de estafa en la que el sujeto pasivo es una persona —o un colectivo de ellas— que está dispuesta a invertir una cantidad determinada de capital en un mercado de valores regulado. Posiblemente el legislador haya considerado que existen ciertas características o circunstancias de particular importancia que concurren en dicho sujeto pasivo y que son por sí mismas capaces de motivar la estructuración de un tipo penal que sancione de forma específica las estafas cometidas en contra suyo.

Creemos, no obstante, que el recurso al término "estafa de inversores" o "estafa de inversiones" —denominación que, como hemos visto, se planteó en algunos de los textos prelegislativos— parece encarnar una decisión errada en vista de las implicaciones que derivan de dicha terminología al momento de realizar un análisis dogmático o, al menos, exegético del tipo penal materia de estudio. En relación con esta cuestión, es importante traer a mentes el hecho de que mientras el delito de estafa es uno de lesión, cuya consumación se produce al materializarse el perjuicio patrimonial³³, la infracción recogida en el art. 282 bis —al menos

²⁹ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 14 de noviembre de 2008.

³⁰ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009.—Serie A. núm. 52-1.

³¹ Dicho apartado reza de la siguiente manera: "[...] se incorpora como figura delictiva la denominada estafa de inversores, incriminando a los administradores de sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores que falseen las informaciones sobre sus recursos, actividades y negocios presentes o futuros, y de ese modo consigan captar inversores u obtener créditos o préstamos [...]"

³² Efectivamente, tal es el caso de la técnica legislativa utilizada tanto en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006, como la utilizada en el Proyecto de 2007. De haber persistido el legislador en el uso de esta expresión, creemos que quizá hubiese sido conveniente —por cuestiones relacionadas con el correcto uso del lenguaje— que utilizase el término "estafa en las inversiones" en vez de el de "estafa de inversiones". No obstante, como veremos en los párrafos siguientes, dicha expresión seguiría siendo equívoca.

³³ Cfr. por todos, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 438.

en lo que atañe al tipo básico— constituye un delito de peligro abstracto³⁴ en el que no se exige una puesta en peligro concreta ni tampoco se espera que se produzca el peligro temido³⁵. Al hilo de lo indicado, debemos tener presente que el precepto materia de análisis contempla dos circunstancias agravantes que, a saber, se concretan en las siguientes situaciones: a) cuando el sujeto activo consigue obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, perjudicando de esta forma al inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor y, b) cuando el perjuicio causado fuese de especial gravedad. Tal vez ambos supuestos pueden dar pie a pensar que —aunque únicamente en estas dos circunstancias— nos encontramos, efectivamente, ante una modalidad específica del delito de “estafa”, en la cual los inversores, depositantes, adquirentes de activos financieros o, finalmente, los acreedores son los perjudicados de la acción delictiva. Con todo, creemos que existen otras razones para pensar que esta interpretación no es sino errónea.

La primera de ellas está relacionada con la decisión del legislador español de incluir tanto a las diversas modalidades de estafa, como al nuevo tipo delictivo, si bien en el mismo Título del Libro II del Código Penal³⁶, en diversos capítulos integrantes del mismo. En efecto, mientras que aquellas integran la Sección 1 del Capítulo VI consagrado al tratamiento de las defraudaciones, éste forma parte de la Sección 3 (De los delitos relativos al mercado y a los consumidores) del Capítulo XI conformado por los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Como veremos más adelante, este hecho también cobra importancia al momento de establecer cuál es el bien jurídico tutelado.

Conviene poner de manifiesto, por otro lado, que tanto los delitos de estafa, como el precepto incorporado en el artículo 282 bis del CP no comparten una estructura típica similar en la medida que mientras que en la estafa se exige una conexión de naturaleza causal entre el engaño y el perjuicio (elementos esenciales de dicho tipo³⁷), en el precepto materia de análisis únicamente se requiere la constatación de la falsedad documental y, en su

³⁴ Así, Juanes Peces, Ángel, *Principios inspiradores de la reforma del Código Penal*, operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, op. cit., p. 58; Faraldo Cabana, Patricia, *Art. 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1085.

³⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 513; Faraldo Cabana, Patricia, *Art. 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1089.

³⁶ En efecto los artículos mencionados forman parte del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico).

³⁷ Los cuales a saber son: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Como señala Muñoz Conde, “entre engaño y perjuicio debe mediar una relación de causalidad de tal manera que el engaño sea el motivo o causa del perjuicio. Si falta esta relación no existe estafa. Sobre esta cuestión cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., pp. 420 a 430; Faraldo Cabana, Patricia, *Art. 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1086.

caso³⁸, del perjuicio económico causado, así como de la magnitud del mismo, no exigiéndose, como indica la profesora Puente Aba, la comprobación de la existencia de una auténtica conexión entre dichas circunstancias³⁹.

Así las cosas, creemos que hubiese sido más adecuado denominar a esta nueva figura delictiva "falsedad en la inversión en los mercados de valores"⁴⁰ o, en su caso, "falsedad en la inversión de capital"⁴¹. Ello en la medida que la acción típica —y, desde luego, la acción estrictamente suficiente para determinar la configuración o no de dicha infracción penal— está constituida por la simple falsificación de los datos contenidos en ciertos documentos relacionados con la situación económica o financiera de una o varias empresas que negocien valores en los mercados regulados. Cabe recordar, por último, que la acción típica mencionada con anterioridad había hallado cabida dentro otros preceptos del Código Penal (en concreto, falsedades en cuentas anuales y publicidad falsa) por lo que podríamos encontrarnos con algunos problemas de naturaleza concursal.

4. Aproximación al bien jurídico tutelado

La doctrina ha puesto de manifiesto que la inclusión del precepto materia de análisis dentro de la Sección 3 (De los delitos relativos al mercado y a los consumidores) del Capítulo XI del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) no constituye sino una manifestación del auge que en la actualidad tiene la política criminal de proteger ciertos intereses colectivos⁴². En este sentido, el precepto que ocupa nuestra atención estaría orientado, concretamente, a proteger los intereses económicos del colectivo de potenciales inversores, depositantes, adquirentes de activos financieros o, en su caso, acreedores que interactúan en el mercado de valores⁴³.

³⁸ Esto es, en caso de que se evalúe la configuración de las circunstancias agravantes descritas en el segundo párrafo de dicho precepto. Cfr. Faraldo Cabana, Patricia, *Artículo 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1086.

³⁹ Cfr. sobre esta cuestión, Puente Aba, Luz María, "El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores", op. cit., p. 8.

⁴⁰ Así, Puente Aba, Luz María, *El art. 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 1.

⁴¹ Así, Faraldo Cabana, Patricia, *Art. 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1085. Para la esta autora, dicha denominación podría justificarse en cuanto la estructura típica de esta nueva infracción penal "sigue el modelo ofrecido por el delito alemán de estafa en la inversión de capital [del Parágrafo 264a del StGB], en particular en cuanto se refiere a la técnica del peligro abstracto para el patrimonio".

⁴² De forma similar, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 513.

⁴³ Cfr. Puente Aba, Luz María, *El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 2. En sentido similar, Gómez Iñiesta, Diego J., "Fraudes en el mercado de valores (A propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada)", op. cit., pp. 162-163.

Según otras interpretaciones el bien jurídico tutelado estaría constituido por el patrimonio de los inversores⁴⁴ así como por la funcionalidad del documento alterado⁴⁵. No obstante, parece que el alegato a favor de la idea de que el patrimonio sea el bien jurídico tutelado por tal precepto no encuentra soporte en los documentos legislativos que —según vimos en el epígrafe correspondiente— inspiraron, en mayor o menor medida, la decisión del legislador de incluir este nuevo tipo penal en el catálogo de los delitos y de las penas. Así, de la lectura de las ya citadas Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero de 2003 y de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004, se puede inferir que la intención que tiene Europa en promover la estructuración de normas (penales o no) en relación con esta materia está encaminada a la regulación de ciertas cuestiones derivadas de las operaciones con información privilegiada y la manipulación y abuso del mercado, así como a la estructuración de mecanismos de seguridad que permitan a los inversores recibir una información transparente y apropiada, por lo que queda claro que no nos encontramos ante un tipo genérico destinado a proteger un bien jurídico de naturaleza individual como es el patrimonio. Cuestión diferente es el problema de la determinación del bien jurídico tutelado en las dos modalidades agravadas del precepto. En efecto, el segundo párrafo del artículo 282 bis CP, sí que parece proyectar la idea de que el patrimonio individual es, en última instancia, el bien al cual el legislador ha pretendido otorgar cobertura jurídica, dado que se dispone la imposición de la pena en la mitad superior⁴⁶ en el supuesto de que el sujeto activo del delito consiga obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, y la imposición de la pena de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses en el supuesto de que el perjuicio causado fuera de notoria gravedad⁴⁷.

Hemos señalado que otra interpretación respecto de esta cuestión es la que señala que el bien jurídico estaría también constituido por la funcionalidad de los documentos emitidos por la sociedad. No obstante, no creemos que la ratio legis del nuevo precepto esté vinculada con la protección de dicho interés social en la medida que el Código Penal ya recoge una serie de preceptos

⁴⁴ En este sentido se ha pronunciado Faraldo Cabana, Patricia, *Art. 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1086.

⁴⁵ Así, Faraldo Cabana, Patricia, *Artículo 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1086. Similar interpretación, Puente Aba, Luz María, *El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 2.

⁴⁶ La consecuencia jurídica dispuesta en la modalidad simple de esta infracción, como hemos visto, es la pena de prisión de uno a cuatro años.

⁴⁷ Esta misma interpretación ha sido sostenida por Faraldo Cabana, Patricia, *Art. 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1086; y Puente Aba, Luz María, *El art. 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 2.

destinados a tal fin y que podrían ser de aplicación en los supuestos que se constante la comisión de una acción falsaria como la que se describe en el artículo que es objeto de nuestro estudio. En efecto, el Capítulo II del Título XVIII trata de las denominadas "falsedades documentales" por medio de una serie de preceptos —estructurados en tres Secciones claramente diferenciadas según el tipo de documento sobre el que recae la acción falsaria⁴⁸— que tienen como finalidad, según indica Muñoz Conde, la tutela de la funcionalidad del documento sobre el que recae la acción⁴⁹, por lo que parecería innecesaria la incorporación de un nuevo precepto en el Código Penal que tenga a este bien jurídico como objeto de tutela, cuando ya existían otros tipos penales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encargados de cumplir dicha función⁵⁰.

Ahora bien, conviene resaltar que otra posible interpretación de la voluntad del legislador pueda conducirnos hacia la afirmación de que existen otros bienes o intereses jurídicos que, al mismo tiempo, son objeto de tutela de nuestro ordenamiento jurídico; nos referimos al normal funcionamiento de los mercados de valores⁵¹ y, por ende, a la estabilidad misma del sistema económico-financiero nacional e, incluso, internacional⁵². En este sentido, conviene resaltar el hecho de que el ámbito de la criminalidad que se pretende combatir por medio de la tipificación de esta figura delictiva está claramente caracterizada por su globalidad o, si queremos ser más precisos, por su transnacionalidad, en la medida que los agentes, sujetos e incluso los propios valores que interactúan y circulan en los mercados financieros y bursátiles tienen presencia no solo en el ámbito local o nacional sino, en gran medida, en el internacional⁵³. Así, es importante subrayar el

⁴⁸ Esto es: a) Documentos públicos, oficiales y mercantiles; b) Documentos privados; y, finalmente, c) Certificados.

⁴⁹ Para este autor, el bien jurídico tutelado por esta serie de preceptos "más que la fe pública o la propia seguridad en el tráfico jurídico fiduciario [...], es la funcionalidad del documento mismo (en sus distintas formas de aparición en las relaciones jurídicas)". Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 741.

⁵⁰ Son de otra opinión, como hemos visto, Así, Faraldo Cabana, Patricia, "Art. 282 bis, en Comentarios al Código Penal, op. cit., p. 1086; y Puente Aba, Luz María, El artículo 282 bis del Código Penal: *Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 2.

⁵¹ Cfr. Hurtado Adrián, Ángel, *Estafa de inversores y/o de crédito (art. 282 bis)*, op. cit., p. 192; Gómez Iniesta, Diego J., *Fraudes en el mercado de valores (A propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada)*, op. cit., p. 161.

⁵² Véase, Gómez Iniesta, Diego J., *Fraudes en el mercado de valores (A propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada)*, op. cit., pp. 163 y ss.

⁵³ En este sentido, la validez transfronteriza de los valores ha sido reconocida por la propia Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio) en su artículo 29: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30, el folleto aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como sus suplementos, serán válidos para la admisión a negociación en cualesquiera Estados miembros de aco-

hecho de que nos encontramos frente una actividad delictiva de marcado carácter transfronterizo, por lo que cobra especial importancia la propuesta de creación de un sistema europeo de criminalización de conductas lesivas transfronterizas (a través de la sistematización y plasmación en el ordenamiento jurídico supranacional de la propuesta de creación de un corpus iuris que contenga los denominados Eurodelitos⁵⁴).

Esta reflexión, como indicábamos, puede dar pie a afirmar que el legislador tuvo también la intención de promover no solo la protección de los intereses del colectivo de inversores en el mercado de valores, sino también la tutela del funcionamiento de los mercados y la estabilidad misma del sistema económico financiero nacional e internacional, pues, como habíamos señalado en el primer epígrafe del presente trabajo, en algunas circunstancias la falsedad en la inversión en los mercados de valores, en concurrencia con otras conductas y situaciones específicas, puede dar lugar a que el sistema económico-financiero de una o varias naciones entren en una crisis de considerable magnitud⁵⁵.

Conviene poner de manifiesto que el legislador europeo parece haber tenido el mismo razonamiento sostenido aquí por nosotros, pues en el año 2003 señalaba expresamente que "Un mercado financiero integrado y eficiente requiere integridad del mercado. El buen funcionamiento de los mercados de valores y la confianza del público en los mercados son requisitos imprescindibles para el crecimiento económico y la riqueza. El abuso del mercado daña la integridad de los mercados financieros y a la confianza del público en los valores y productos derivados"⁵⁶, y en el año 2004

gida, siempre que la Comisión Nacional del Mercado de Valores lo notifique a la autoridad competente de cada Estado miembro de acogida de conformidad con lo establecido reglamentariamente.

Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el mencionado artículo 30, el folleto aprobado por la autoridad competente del Estado de origen, así como sus suplementos, serán válidos para la admisión a negociación en España, siempre que dicha autoridad competente lo notifique a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En este caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores se abstendrá de aprobar dicho folleto o de realizar procedimiento administrativo alguno en relación con él".

⁵⁴ Dicha denominación, como señala Arroyo Zapatero, se atribuye al Profesor Quintero Olivares. Cfr. Arroyo Zapatero, Luis, *Presentación de la edición española*, en Eurodelitos. *El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, Tiedemann, Klauss (Dir.), Nieto Martín, Adán (Coord.), Edición de la Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2004, p. 10.

⁵⁵ Véase el Epígrafe I del presente trabajo y confróntese el artículo de Berenguer, Eduard, "Huracán subprime. La crisis del mercado subprime y la evaluación del riesgo en los procesos de titulización. Análisis de la última gran crisis que ha afectado a los mercados financieros", op. cit., pp. 23 y ss.; Prat Westerlindh, Carlos, *Estafa de inversores*, en Ley Penal, núm. 77, op. cit., p. 2.

⁵⁶ Véase el Considerando núm. 2 de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado); publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 96/16 del 12 de abril de 2003.

que "La existencia de mercados de valores eficientes, transparentes e integrados contribuye a hacer realidad el mercado único en la Comunidad y estimula el crecimiento y la creación de empleo a través de una mejor distribución del capital y una reducción de costes. La divulgación de información exacta, completa y puntual sobre los emisores de valores fomenta la confianza continua del inversor y permite una evaluación informada de su rendimiento y sus activos. Con ello mejora la protección de los inversores y aumenta la eficiencia del mercado. [...] Un elevado nivel de protección del inversor en la Comunidad permitiría eliminar barreras a la admisión de valores en mercados regulados situados o que operan en un Estado miembro. Tiene que dejar de permitirse que Estados miembros distintos del de origen restrinjan la admisión de valores a sus mercados regulados mediante la imposición de requisitos más rigurosos de información periódica y continua sobre emisores cuyos valores se admiten a cotización en otro mercado regulado"⁵⁷.

No cabe duda que aún queda por resolver la pregunta en torno a la idoneidad del Derecho penal para hacerse cargo de tan importante labor (cosa que, a priori, parece realmente cuestionable)⁵⁸, pero queda argumentar a favor de esta interpretación que al Derecho penal no únicamente le incumbe la función de protección de bienes jurídicos sino que, con base en la prevención general positiva, también le interesa educar a sus ciudadanos en una serie de valores morales que promuevan, aunque sea de forma indirecta, el respeto por los bienes jurídicos tutelados por el Estado de Derecho. En este sentido, un precepto que regule y sancione de forma especial las falsedades en los mercados de valores, parece mostrar que esta área o campo específico de la criminalidad ostenta una importancia singular y, por ello, se promueve el respeto por los bienes jurídicos anteriormente mencionados.

5. Problemas de tipificación y subsunción de las conductas punibles

La técnica legislativa empleada en la incorporación del artículo 282 bis en el catálogo de los delitos y de las penas ha traído consigo una serie de cuestiones y preguntas de carácter interpretativo vinculadas a la efectiva aplicación del precepto⁵⁹. A continuación analizaremos los problemas derivados de dicha situación en rela-

⁵⁷ Véanse los Considerandos número 1 y 7 de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE; publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 390/38 del 31 de diciembre de 2004.

⁵⁸ Así, Gómez Iniesta, Diego J., *Fraudes en el mercado de valores (A propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada)*, op. cit., p. 161.

⁵⁹ Así, Prat Westerlindh, Carlos, *Estafa de inversores*, en Ley Penal, núm. 77, op. cit., p. 2.

ción con la tipificación y la subsunción de las conductas punibles.

5.1. El objeto material

El precepto que incorpora al Código Penal el delito de falsedad en la inversión en los mercados de valores determina que, para ser típica, la acción falsaria ha de ser ejecutada sobre una serie de documentos que contienen información económico-financiera sobre los recursos, actividades y negocios presentes y futuros de las sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores. Por lo tanto, quedan fuera del alcance de este artículo otras variables de conductas falsarias que no estén vinculadas con la información de instrumentos financieros que vayan a ser negociados en un mercado regulado⁶⁰. En este sentido, es importante resaltar que la nota característica de los documentos a los cuales hace referencia el precepto es el hecho de que han de ser, todos ellos, objeto de publicidad y difusión —por parte de una sociedad que ha decidido colocar cualesquiera instrumentos financieros en el mercado de valores— entre los potenciales inversores, depositantes o financistas, es decir, entre el público en general⁶¹. El precepto, por tanto, no podría ser aplicable cuando el documento sobre el que ha recaído la acción falsaria no vaya a ser objeto de difusión entre el colectivo de los eventuales inversores⁶².

Ahora bien, debemos recordar que para la admisión de los valores a su negociación en un mercado, las sociedades emisoras han de cumplir tres requisitos fundamentales: a) la aportación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de los documentos que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea aplicable, b) la aportación y registro en la CNMV de los estados financieros del emisor preparados y auditados de acuerdo con la legislación aplicable a dicho emisor y, finalmente, c) la aportación, aprobación y registro en la CNMV de un folleto informativo, así como su publicación⁶³.

⁶⁰ Véase, Hurtado Adrián, Ángel, *Estafa de inversores y/o de crédito* (art. 282 bis) op. cit., p. 191.

⁶¹ Cfr. Puente Aba, Luz María, *El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 2.

⁶² Tal es el caso, por ejemplo, de a) la información que las Sociedades deben dirigir exclusivamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que, al no estar destinada a los potenciales inversores, no vaya a ser difundida entre el público —según lo establecido por el art. 26 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores—, y b) la información falsa que se presenta a una entidad financiera con el fin de obtener un crédito o financiación determinada, puesto que los documentos que contienen los datos falsos estarían dirigidos exclusivamente a la entidad financiadora y en modo alguno al público en general —recordemos, no obstante, que esta acción podría tener cabida dentro de lo que se conoce con el nombre de estafa de crédito—. Cfr. Puente Aba, Luz María, *El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 2; Faraldo Cabana, Patricia, *Artículo 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1087.

⁶³ Véase el artículo 26.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Al respecto, Prat Westerlindh, Carlos, *Estafa de inversores*, en *Ley Penal*, núm.

Para los efectos que en esta oportunidad nos importan, hemos de prestar especial atención al último de los requisitos mencionados en la medida que, según lo establecido por el artículo 282 bis, la conducta típica consistirá en falsear la información contenida en el folleto informativo mencionado, dado que éste es el documento que será objeto de publicidad y difusión entre el público en general. Por tanto, la acción de falsear la información de los demás documentos aportados a la CNMV y exigidos por los apartados a) y b) del art. 26.1. constituiría una acción penalmente atípica⁶⁴.

Los datos contenidos en el folleto informativo deben ajustarse a las exigencias del ordenamiento jurídico relacionado con esta materia. Así, resulta imperante cumplir con las exigencias de la propia LMV (art. 27); del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, el Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos⁶⁵; y, finalmente, con las de la Orden EHA/3537/2005, de 10 de noviembre, por la que se desarrolla el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁶⁶. En este sentido, las exigencias descritas a lo largo de los textos mencionados no hacen más que develar la intención que el Estado tiene en crear un clima de confianza dentro de la comunidad de potenciales inversores en el mercado de valores a través de la estructuración de una serie de mecanismos que posibiliten la difusión el estado económico real, las expectativas de ganancia y, desde luego, los riesgos de pérdida que conllevaría la adquisición de los valores emitidos y negociados⁶⁷.

Finalmente, cabe indicar que el precepto del CP que en esta ocasión ocupa nuestra atención abre la posibilidad de considerar como objeto material del delito, junto con el folleto informativo, a otro tipo de informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación aplicable al mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros. Sin duda, el texto se refiere a los informes periódicos descritos por los artículos 35 y 35 bis de la LMVE⁶⁸, así como a los exigidos, tanto por la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero de 2003,

77, op. cit., p. 3.

⁶⁴ En contra, Faraldo Cabana, Patricia, *Artículo 282 bis*, en Comentarios al Código Penal, op. cit., p. 1087.

⁶⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 274, publicado el miércoles 16 de noviembre de 2005.

⁶⁶ Boletín Oficial del Estado núm. 274, publicado el miércoles 16 de noviembre de 2005.

⁶⁷ Cfr. Prat Westerlindh, Carlos, *Estafa de inversores*, en Ley Penal, núm. 77, op. cit., pp. 3 y 4.

⁶⁸ Cfr. Puente Aba, Luz María, *El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 3.

como por la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004.

5.2. Conducta típica

Según el precepto analizado, la acción típica es la consistente en "falsear" bien la información económico-financiera contenida en los folletos informativos, o bien las informaciones relacionadas con los recursos, actividades y negocios presentes y futuros contenidas en los otros documentos que hemos descrito en el epígrafe anterior, quedando descartada del alcance del precepto la publicación de datos falsos por cualquier otro medio. Ahora bien, aunque la conducta típica descrita pueda ser cometida, por lo general, por medio de una conducta activa (incorporando datos falsos o cambiando los datos reales por otros que no lo son), también cabe la posibilidad de que la falsedad pueda desarrollarse por medio de una omisión, esto es, mediante la evasión de incorporar a los documentos informativos mencionados determinados datos económicos relevantes⁶⁹.

En este sentido, es importante recordar que no toda omisión u ocultación de datos e información económica relevante encaja, necesariamente, dentro del tipo penal materia de estudio. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado en sede reglamentaria⁷⁰ algunos supuestos en los cuales la CNMV puede autorizar que la sociedad omita incluir determinada información en el folleto siempre y cuando considere que puedan producirse algunas de las siguientes consecuencias: a) Que la difusión de dicha información sea contraria al interés público; b) Que la difusión de dicha información sea gravemente perjudicial para el emisor, siempre que no fuera probable que la omisión induzca a engaño al público en relación con hechos y circunstancias esenciales para hacerse un juicio fundado del emisor o garante, y de los derechos inherentes a los valores a los que se refiere el folleto; y, finalmente, c) Que dicha información sea de escasa relevancia para una admisión específica a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea y dicha información no tenga ninguna influencia en la evaluación de la situación financiera ni en las expectativas del emisor o garante. De otro lado, es importante señalar que, según lo establecido por dicha norma, el precio final de la oferta y el número de valores que se vayan a ofertar al público podrá no incluirse en el folleto, cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) Que figuren en el folleto los criterios o las condiciones para determinar los citados elementos o, en el caso del

⁶⁹ En el mismo sentido, Gómez Iniesta, Diego J., *Fraudes en el mercado de valores (A propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada)*, op. cit., p. 160.

⁷⁰ A través de la ya mencionada Orden EHA/3537/2005, de 10 de noviembre, por la que se desarrolla el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

precio, el precio máximo, y b) Que las aceptaciones de compra o suscripción de valores puedan retirarse al menos durante los dos días hábiles posteriores al depósito del precio final de oferta y del número de valores que se hayan ofrecido al público. EL texto también señala que el precio final de oferta y el número de valores ofertados deberán remitirse a la CNMV para su depósito y deberán publicarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 del Real Decreto por el que se establecen los requisitos aplicables al registro y publicación del folleto⁷¹.

Por lo dicho hasta aquí, resulta claro que la consumación del delito se produce cuando el agente falsea la información económico-financiera contenida ciertos documentos —mencionados en el epígrafe anterior— y no cuando publica o difunde dicha información⁷². Ahora bien, si tenemos en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos —analizados en su momento— que el legislador probablemente pretendía proteger por medio de la incorporación de esta figura delictiva⁷³, hemos de caer en cuenta de que la decisión de establecer que la acción típica no consiste en la publicación de la información manipulada, sino mas bien en falsear los documentos que contienen dicha información, resulta insatisfactoria puesto que, en algunos supuestos de fraude en la inversión en los mercados de valores, constituye un adelanto del proceso represivo que es incompatible con las exigencias derivadas del respeto al principio de lesividad mientras que, en otros, desvirtúa la función primaria del Derecho penal —esto es, la función de protección de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad—. Así, la deficiente redacción actual del artículo 282 bis del CP posibilita la eventual subsunción de un supuesto problemático y la exclusión de otro que creemos que debió incluirse al ir más acorde con la ratio legis del precepto

El primero de ellos está constituido por el supuesto de que el agente falsee los datos contenidos en el folleto informativo, pero que por otras razones no llegue a publicar o difundir dicho documento. En relación con este supuesto, cabe recordar que la ejecución de esta acción anteriormente ya se encontraba cubierta por el artículo 290 CP, por lo que, a no ser por otras razones que justifiquen su tipificación⁷⁴, se podría argumentar que la inclusión del nuevo precepto resulta innecesaria. Obviamente este alegato carece de sentido si tenemos en cuenta que el fundamento de la inclusión del nuevo precepto es uno de distinta naturaleza al que

⁷¹ Véase la cuarta disposición de la ya citada Orden EHA/3537/2005.

⁷² En el mismo sentido, Faraldo Cabana, Patricia, *Artículo 282 bis*, en Comentarios al Código Penal, op. cit., p. 1089.

⁷³ Esto es, los intereses económicos del colectivo de potenciales inversores, depositantes, adquirentes de activos financieros o, en su caso, acreedores que interactúan en el mercado de valores, así como el normal funcionamiento de los mercados de valores y, por ende, a la estabilidad misma del sistema económico-financiero nacional e, incluso, internacional.

⁷⁴ Las cuales, como hemos sostenido a lo largo del trabajo, están vinculadas con la protección de los bienes jurídicos ya enumerados y analizados.

motivó la incorporación del ya mencionado artículo 290. Así las cosas, resulta conveniente resaltar el hecho de que la mera acción de falsear la información contenida en unos documentos que aún no han sido publicados no lesiona, ni mucho menos pone en peligro de lesión los bienes jurídicos tutelados por el precepto.

El segundo problema derivado de la incorrecta técnica legislativa utilizada por el legislador de 2010 se presenta cuando nos encontramos ante el supuesto de que quien falsea la información —o quien da la orden de hacerlo— y quien la publica o difunde no son la misma persona. Este caso resulta problemático cuando el agente que publica los documentos es plenamente consciente de que ellos contienen información falsa. Ante esta conducta no sería de aplicación el artículo 282 bis en la medida que este segundo agente no ha falseado, propiamente, la información sino que únicamente se ha limitado a su publicación o difusión por los medios regulares. Así las cosas queda claro que, conforme a lo establecido por el artículo 282 bis, dicha conducta no sería subsumible dentro de los supuestos de aplicación del precepto, desvirtuando la función primaria del Derecho penal de protección de bienes jurídicos en lesión o peligro de lesión.

Por estas razones, creemos que cabría sostener que lo adecuado hubiese sido sancionar la publicación de información falsa, puesto que con esta decisión se hubiese evitado dar cabida a supuestos los que atentan contra el principio de lesividad e incluir algunos otros en los que, por el contrario, el bien jurídico sí se encuentra en peligro de lesión.

5.3. Autoría

No cabe duda que nos encontramos frente a un delito especial puesto que sólo pueden ser sujetos activos de la infracción los administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados regulados. El hecho de que se haya limitado los sujetos activos a estas dos únicas categorías guarda relación con las exigencias formales necesarias para la validez de los documentos que pueden ser considerados como objeto material del delito —esto es, los folletos y a los demás documentos que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación aplicable al mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros— en la medida que dichos instrumentos solo pueden ser elaborados por quien tenga poder para ello.

No obstante, esta realidad, como señala MORALES GARCÍA, nos presenta otro tipo de problemas vinculados con la extensión y alcance de los términos “administrador de hecho” y “administrador de derecho”, pues pueden presentarse supuestos en los que los administradores no sean propiamente quienes planifiquen, ordenen o ejecuten la acción falsaria⁷⁵. Estos son los casos del

⁷⁵ Cfr. Morales García, Oscar, *Art. 282 bis*, en *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, (Artículos 234 a DF.), Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), Morales Prats, Fermín (Coord.), Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 318 y 319.

emisor, del oferente, de la persona que solicita la admisión de los valores a negociación, de los administradores de éstos últimos, de los administradores de la información que contienen los documentos o, incluso, del garante de los valores, pues todos ellos pueden, eventualmente, ser autores de todo o parte del folleto informativo o de los demás documentos susceptibles de ser objeto material del delito analizado sin ser, al mismo tiempo, administradores de hecho o de derecho de la sociedad. Los conflictos de intereses derivados de estos supuestos han sido resueltos en sede administrativa mediante la atribución de responsabilidad a todos estos sujetos⁷⁶; sin embargo, en sede penal la respuesta parece tener una solución más complicada en la medida que el precepto materia de análisis incrimina textualmente a los administradores (de hecho o derecho) de la sociedad. Desde el punto de vista del Derecho penal del Estado de Derecho, si bien la solución más adecuada a este problema puede hallarse por medio de la aplicación del principio de legalidad —lo cual excluiría la posibilidad de incriminar las acciones falsarias cometidas por los sujetos mencionados en este párrafo—, creemos que la técnica legislativa utilizada por el legislador penal de 2010 no guarda relación con el espíritu de la norma en la medida que el bien jurídico tutelado entra en peligro de lesión independientemente de la condición que de facto ostente el autor de la acción falsaria⁷⁷. No obstante, aun cabe la posibilidad de incriminar las conductas falsarias de estos sujetos por medio del recurso a la figura del “actuar en lugar de otro” recogida en el artículo 31 del Código Penal.

Esta misma valoración, desde luego, podría ser de aplicación a los casos —aunque de difícil comisión, puesto que carecen de atribuciones reales en la confección de los documentos que contienen la información económico-financiera susceptible de ser alterada— en los que el autor de la acción falsaria sea un simple intermediario financiero (agencias de valores, sociedades gestoras de cartera, entidades de crédito, etc.)⁷⁸. Por lo tanto, creemos que lo mejor hubiese sido configurar el precepto como uno que contenga un delito común.

6. Conveniencia y viabilidad político-criminal de la tipificación de esta infracción

No cabe duda que a pesar de todos los esfuerzos —desarrollados tanto a nivel legislativo, como social y político— encaminados a conseguir una mayor protección al inversor así como a los mercados financieros, las prácticas fraudulentas en la inversión en los mercados de valores siguen constituyendo una realidad con la que tendremos que lidiar de una u otra forma⁷⁹. En este

⁷⁶ Cfr. Art. 28 de la LMV.

⁷⁷ En el mismo sentido, Morales García, Oscar, Art. 282 bis, op. cit., pp. 318 y 319.

⁷⁸ Cfr. Puente Aba, Luz María, El artículo 282 bis del Código Penal: *Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, op. cit., p. 4.

⁷⁹ Así también, Gómez Iniesta, Diego J., *Fraudes en el mercado de valores* (A

sentido, la primera pregunta que cabe formular al respecto es la vinculada con la necesidad y conveniencia de incluir un precepto que tendente a brindar protección penal a los bienes jurídicos en juego. Para resolver estas interrogantes es necesario tener en cuenta el hecho de que las normas que constituyen los antecedentes supranacionales directos del nuevo tipo penal⁸⁰ no han incorporado la obligación de los Estados de disponer una sanción penal para quienes incurran en falsedad en la inversión en los mercados regulados, dejando al libre arbitrio de cada miembro las decisiones a adoptar respecto de la criminalización de esta conducta.

Ante este panorama, cabe preguntarse si el Derecho penal constituye una herramienta capaz de brindar protección a los bienes jurídicos que se pretenden tutelar por medio de la incorporación de este artículo. En relación con esta cuestión, creemos que la decisión de incorporar este delito al ordenamiento jurídico-penal comporta una manifestación de voluntad de combatir este tipo de delincuencia que goza de escasos —o nulos— resultados prácticos inmediatos, en la medida que la ponderación de los intereses/beneficios y riesgos que entra en juego en el fuero interno del sujeto activo —esto es la obtención de una gran cantidad de divisas para sí mismo o para su empresa, frente a la amenaza de una pena de uno a seis años más una multa de seis a doce meses— puede, eventualmente, condicionar el comportamiento del mismo en el sentido de apostar por asumir el riesgo de ser procesado y, finalmente, condenado. La descripción de esta situación puede resultar más patente si asumimos que la complicada estructura de las personas jurídicas, dentro de las cuales se gestan este tipo de prácticas, puede motivar a los responsables a correr los riesgos descritos en la medida que su identificación y atribución de responsabilidad puede verse mermada debido a la complejidad del entramado logístico y estructural de las empresas o sociedades emisoras de valores.

Así las cosas, apoyándonos en las observaciones del Prof. Silva Sánchez, creemos que nos encontramos ante una regulación penal de marcado carácter simbólico⁸¹. Al respecto, quizá cabría añadir la idea de que si bien la función primaria del Derecho penal es la de brindar protección a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, no podemos dejar de lado los beneficios que la

propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada), op. cit., p. 161.

⁸⁰ Esto es, las Directivas 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), y la 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.

⁸¹ Véase, Silva Sánchez, Jesús María, *Los delitos patrimoniales y económico-financieros*, op. cit., p. 5.

sociedad pueda obtener del uso de esta ciencia como mecanismo de prevención general positiva. En efecto, la función de educación de los miembros de la sociedad que nuestra ciencia despliega con el anuncio de que ciertos bienes son valiosos —y que por esa razón se disponen ciertas consecuencias jurídicas cuando alguien lesiona o pone en peligro de lesión dichos bienes— es una que no cabe desaprovechar dado el comprobado poder que tiene la ciencia de los delitos y de las penas al momento de educar a los ciudadanos en ciertos principios éticos y valores morales.

Creemos firmemente que la solución a esta moderna modalidad delictiva no puede conseguirse por medio del incremento de la sanción o amenaza penal. Tal vez ni siquiera pase por esta rama del ordenamiento jurídico puesto que todavía se están engendrando y desarrollado lentamente los mecanismos —tanto a nivel teórico, como práctico— que permitan hacer frente a un tipo de criminalidad tan complejo como éste (global, transnacional y transfronterizo⁸²). No obstante, ante la efectiva positivización de la infracción analizada, solo nos queda intentar obtener la máxima cantidad de beneficios posibles, y para ello las primeras cuestiones a resolver, sin duda, están representadas por los problemas de subsunción de las conductas punibles que hemos analizado a lo largo del presente trabajo.

⁸² Lo cual, por otra parte, generaría problemas desde la perspectiva de la aplicación de la ley penal en el espacio, derivados de la ausencia del criterio de la ubicuidad para casi todos los delitos (excepto para la persecución del delito de blanqueo de capitales), así como desde la perspectiva de la aplicación del principio de territorialidad puesto que, posiblemente, resultaría insuficiente.

EL ETIQUETAMIENTO DE LAS CONDUCTAS

MARY LIZ CATACORA MOLINA
DOCTORA EN DERECHO Y PROFESORA DE CRIMINOLOGÍA

En la criminología fue trascendental la influencia de la Sociología Criminal, tomando en cuenta que el delito se constituye en una forma de "conducta antisocial" algunos autores lo denominan "fenómeno" otros precisan que se constituye hasta en una "necesidad de toda sociedad" y el delincuente como un individuo integrante de una sociedad al cual se le ha sindicado como tal.

El máximo representante de la Sociología Criminal fue Enrico Ferri, dicho sea de paso uno de los discípulos de César Lombroso y uno de sus seguidores Lacassagne precisaba: "las sociedades tienen los delincuentes que se merecen".

No se puede negar la trascendental importancia de las teorías sociológicas en la criminología, debido a que este orden delin cuencial se desarrolla en la sociedad, ahora hay que analizar en qué tipo de sociedad y en qué circunstancias y entra a tallar la Teoría del Etiquetamiento Social o Labelling Aproachasi, el ser humano dependiendo de los factores mencionados (circunstancias, tipo de sociedad etc.) construye y destruye significados de determinadas conductas de otro ser humano en normas y por ello se dice que el derecho penal es el encargado de crear el delito a través del etiquetamiento de las conductas del hombre en normas.

Si tomamos en cuenta un referente mundial diríamos lo siguiente: " Si Fidel Castro no hubiera llegado a donde ha llegado en Cuba, en el mundo de hoy, no se hablaría de Revolución Cubana, si no de Terrorismo Cubano, si Mao Tse Tung no hubiera llegado a donde ha llegado en la China el día de hoy no hablaríamos de Revolución China si no de Terrorismo Chino o Guerrilla China y si Abimael Guzmán hubiera llegado en el Perú a donde quiso llegar hoy no se hablaría de Terrorismo de Sendero, si no de Re-

volución Peruana, es así que las denominaciones de diferentes conductas se etiquetan de acuerdo a circunstancias sociales, económicas y políticas".

Las teorías sociológicas han dejado y continúan dejando huellas profundas en la Criminología, siendo una de las más resalantes la Teoría del Etiquetamiento Social o Teoría del Labelling Approach ¿Cuántas otras conductas más tendrán otras denominaciones por parte de la norma penal como una de las alternativas de control social?...no sabemos, a veces las denominaciones también cambian por otros factores como el avance de la ciencia y la tecnología antes sólo se hablaba de delitos informáticos hoy encontramos a Terrorismo Cibernético.

Así, en lo que al contexto histórico se refiere, la Revolución Francesa de 1789 había preconizado que la protección de la libertad individual era la piedra angular de protección legal y constitucional. Dupeyroux nos recuerda que los filósofos de la revolución y sus sucesores son partidarios del postulado según el cual los hombres nacen libres e iguales, para llegar a la conclusión que las relaciones jurídicas establecidas voluntariamente entre estos individuos libres e iguales son necesariamente las más idóneas y conformes a sus intereses respectivos.

LA ARBITRARIEDAD DEL ARBITRAJE POTESTATIVO EN EL PERÚ

MAURICIO MATOS ZEGARRA
PROF. DE DERECHO LABORAL

1. Introducción

El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos creada y desarrollada sobre la base de la autonomía de la voluntad. La decisión de someter o no una controversia a arbitraje, así como la facultad de decidir qué materias del conflicto van a ser parte del tercero imparcial llamado árbitro dependen exclusivamente de las partes; y si bien, bajo determinadas circunstancias justificadas por el interés general es posible que el legislador imponga un arbitraje, el arbitraje voluntario es la regla general.

A partir de la STC recaída en el expediente 3551-2009-PA/TC y una serie de dispositivos legales de naturaleza infra-legal se ha regulado en nuestro país en los últimos tres años el llamado "arbitraje potestativo" que no es sino una forma de arbitraje unilateral impuesto por una de las partes en el marco del conflicto que pueda surgir durante la negociación colectiva.

Si bien la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de sus diversos instrumentos ha hecho hincapié en la necesidad de garantizar la existencia de la negociación voluntaria y la existencia de mecanismos de solución de conflictos basados en la voluntad concertada de las partes, con el llamado "arbitraje potestativo" es una de las partes quien impondría a la otra, con su anuencia o su renuencia, poco importa, la obligación de someter la controversia arbitraje.

El presente trabajo constituye una crítica respecto a la legalidad del arbitraje potestativo, demostrando el carácter arbitrario—valga la redundancia— del mismo, que además termina afec-

tando no sólo la esencia de la institución arbitral, sino que contraviene directamente la naturaleza voluntaria de la negociación y solución de conflictos que debe informar toda relación colectiva de trabajo.

En este sentido, hemos estructurado el presente artículo en tres partes: En la primera analizamos la negociación colectiva en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, incidiendo en su naturaleza y su carácter voluntario. En la segunda parte hacemos un breve recuento de la evolución de los mecanismos de solución de conflictos colectivos en nuestro país. Finalmente, en la tercera y última parte analizamos la naturaleza contractual del arbitraje y exponemos las razones por las cuales consideramos que el arbitraje potestativo es a nuestro entender un mecanismo arbitrario para la solución de los conflictos sindicales.

2. La negociación en el marco de las relaciones colectivas de trabajo

La negociación en el marco de las relaciones colectivas de trabajo es sin duda, el rasgo más característico del carácter concertado de las normas sociales, y es que no podría ser de otra manera, tomando en cuenta que la negociación satisfactoria entre los actores sociales conduce al nacimiento de una de las fuentes primordiales del derecho del trabajo: la convención colectiva de trabajo. Recordemos que hasta mediados del siglo XIX, las relaciones de trabajo dependían básicamente de la regulación civil que el contrato de arrendamiento de servicios ofrecía; sin embargo, el derecho civil construido sobre dos pilares fundamentales, la libertad y la igualdad, pronto sería insuficiente para regular la especial relación entre trabajadores y empleadores que se revelaría en la práctica como una relación esencialmente asimétrica.

Así, en lo que al contexto histórico se refiere, la Revolución Francesa de 1789 había preconizado que la protección de la libertad individual era la piedra angular de protección legal y constitucional. Dupeyroux nos recuerda que los filósofos de la revolución y sus sucesores son partidarios del postulado según el cual los hombres nacen libres e iguales, para llegar a la conclusión que las relaciones jurídicas establecidas voluntariamente entre estos individuos libres e iguales son necesariamente las más idóneas y conformes a sus intereses respectivos¹ Esta teoría conducía a eliminar toda posibilidad de regulación o limitación del libre juego de la autonomía de la voluntad.

En aquel momento, cualquier intento legislativo que se hubiese atrevido a limitar la autonomía de la voluntad era considerado una aberración. Así, el Decreto D'Allarde y la Ley Le Chapelier en Francia prohibían la existencia de toda especie de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión, preconizando

¹ Dupeyroux, Jean Jacques. *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 16 y ss. Traducción libre.

que no hay más que el interés particular de cada individuo y el interés del Estado; sin embargo, Dupeyroux refiere que la revolución industrial suscita el desarrollo de una clase obrera donde sus miembros sólo disponen de un bien, su fuerza de trabajo y cuyo único ingreso es el monto que reciben de quien alquila sus servicios. Es entonces que el trabajo humano reducido a una simple mercancía, se convierte en el rasgo característico de las relaciones laborales en dicho momento.

En este orden de ideas, dos serían las formas más importantes de corregir las iniquidades que el derecho civil permitía en la relación entre trabajadores y empleadores: La primera se manifiesta a través de la participación estatal a través de un conjunto de normas de carácter imperativo que limitando fuertemente la libertad contractual de las partes permiten corregir de alguna manera la asimetría contractual en la relación individual de un trabajador con su empleador. Analizando la finalidad específica del derecho del trabajo, RODRÍGUEZ MANZINI² nos recuerda, que el derecho del trabajo se originó en la especial necesidad de protección social de los trabajadores dependientes, y por esta razón, ha sido y sigue siendo un derecho protector de los trabajadores. El mismo autor agrega que, no debemos olvidar que el derecho del trabajo parte así de una de una desigualdad entre trabajador y empleador, que es necesario corregir o mitigar para evitar que se transforme en sometimiento del más débil a las condiciones del poderoso, y ponga en grave riesgo los más elementales derechos de la persona que trabaja e, incluso, su misma existencia física.³

La segunda forma de corregir esta natural asimetría es mucho más compleja que la primera pues no nace de una imposición legal y mucho menos estatal, sino de un hecho social: El nacimiento de la organización sindical y su vocación de defensa de los derechos sociales de los trabajadores.

Así, MONEREO PÉREZ advierte que "hay que tener en cuenta que el sindicalismo como acción (movimiento social), y su resultado organizativo personificado e institucionalizado, el sindicato, es un hecho social diferenciado. Existen cuando se producen las circunstancias que provocan su aparición; por eso el fenómeno sindical es anterior al ordenamiento jurídico"⁴ quedando demostrada de esta manera la compleja naturaleza jurídica de estas organizaciones y la finalidad para la cual han sido constituidas. Para Vannes, las relaciones colectivas, encuentran la razón de su existencia en la celebración de convenios colectivos de trabajo nacidos de la negociación colectiva o del conflicto colectivo.⁵

² Rodríguez Manzini, Jorge, *Derecho del Trabajo*, tomo 1, ASTREA. Buenos Aires. 2010, p. 26 y ss.

³ Rodríguez Manzini, Jorge, op. cit., p. 27

⁴ Monereo Pérez, José Luis. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Comares, Granada, 2011, p. 6.

⁵ Vannes, Viviane. *Questions approfondies de droit collectif du travail*. vol. 1.

3. La negociación colectiva y su naturaleza jurídica:

Gernigon, Otero y Guido⁶, señalan que la colaboración entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y entre ambos tipos de organizaciones y las autoridades públicas, se centra fundamentalmente en primer lugar a través de los instrumentos de consulta; y en segundo lugar a través de la negociación colectiva. Los referidos autores señalan que la negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo.

Para la OIT, la negociación colectiva juega un rol fundamental en la construcción del derecho del trabajo. Recordemos en primer término que la OIT es la única institución internacional que reúne el carácter de tripartita, pues en ella participan de manera paritaria representantes del Estado miembro, de sus organizaciones sindicales más representativas, así como de las organizaciones de empleadores que también reúnan dicho carácter. Así, la Declaración de los fines y objetivos de la OIT adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944, estableció en su art. 1, literal d) que la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común, siendo este el espíritu que en gran medida informa el desarrollo y evolución del derecho del trabajo.

En este sentido y tal como referimos, la negociación colectiva es la herramienta primordial para una construcción concertada del derecho del trabajo. Así, el art. 4 del Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva ha establecido que " (...) deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo (...)."

Por su parte, el art. 2 del Convenio 154 de la OIT señala que la expresión negociación colectiva comprende todas las tratativas que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de trabajadores, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos

P.U.B. Bruxelles, 2008, p. 2. Traducción libre.

⁶ Gernigon, Bernard, Otero, Alberto y Guido, Horacio, *La Negociación Colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, Ginebra, 2000, p. 9.

estos fines a la vez.

Para Rodríguez Mancini,⁷ "la habilitación jurídica de la negociación de grupos de trabajadores en conjunto, en el lugar de cada uno individualmente, agrega a cada trabajador la capacidad negocial de la que carece por separado, con lo cual se recupera para esta rama del derecho la posibilidad de usar el mecanismo de la legislación autónoma y se vuelve al funcionamiento del derecho común o, por lo menos, como si fuera el del derecho común". Consideramos que la posición del autor resulta ser parcialmente cierta, por cuanto, asumir que la sola existencia de la organización sindical permite equilibrar las relaciones entre empleadores y trabajadores, significaría aceptar que en el terreno de la negociación colectiva, todos los aspectos contractuales de la relación laboral serían negociables siempre y cuando se respeten las normas imperativas reguladas por el ordenamiento civil; sin embargo para el caso específico del derecho del trabajo no basta que la negociación colectiva respete el carácter imperativo de las normas de derecho común, sino que todo contrato colectivo o convenio colectivo deberá respetar a su vez el carácter imperativo de las normas de derecho laboral, quedando la autonomía de la voluntad eliminada en cuanto a la posibilidad de acordar derechos o imponer obligaciones por debajo de los estándares mínimos que las normas imperativas establecen.

Sin embargo, la negociación colectiva sí permite fortalecer la posición de los trabajadores y eventualmente de los empleadores en la búsqueda de acuerdos que estando por encima de la norma imperativa, puedan ser mucho más ventajosos que los acuerdos a los que sólo el trabajador podría alcanzar en una negociación individual con el empleador.

En condiciones ideales, toda negociación colectiva llevada a cabo de forma espontánea y voluntaria debería llevar a las partes negociantes a la suscripción de un convenio colectivo de trabajo; sin embargo y como sucede algunas veces, en toda negociación pueden llegar a presentarse puntos de discordia entre las partes que impidan que se pueda concluir satisfactoriamente un acuerdo colectivo. Caivano, refiere sobre este punto, que por obvio que parezca conviene recordar que la heterogeneidad es natural entre las personas. Estas diferencias motivan discrepancias y pueden, si no son manejadas correctamente, derivar en conflictos.⁸

4. El carácter voluntario de la negociación colectiva

A partir de la redacción del art. 4 del Convenio 98 de la OIT se advierte que la negociación colectiva debe ser siempre libre y voluntaria; sin embargo Gernigon, Odero y Guido⁹ recuerdan que la Comisión de Expertos de la OIT ha constatado que los problemas

⁷ Rodríguez Mancini, Jorge y otros. *Derecho del Trabajo*, tomo III. ASTREA, Buenos Aires, p. 97.

⁸ Caivano, Roque y otros. *Negociación y Mediación*, Buenos Aires, 2006, p. 105 a 106.

⁹ Gernigon, Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio. op. cit., p. 29 a 30.

que surgen más frecuentemente en relación con el carácter voluntario de la negociación colectiva son: la fijación unilateral (por la legislación o las autoridades) del nivel de las negociaciones; la exclusión de determinadas materias del ámbito de negociación; la obligación de someter los acuerdos colectivos a la aprobación previa de las autoridades administrativas o presupuestarias, entre otras.

En efecto, Bueno Magano refiere que el proceso de negociación consta de tres momentos culminantes: la determinación de las unidades negociadoras, la delimitación del objeto de la negociación y la obligación de negociar de buena fe.¹⁰

Sobre esta materia, los casos más emblemáticos que ha conocido nuestro país en los últimos años son los que resolvió el TC a través de la STC recaída en el expediente 261-2003-AA/TC (Caso CAPECO) y la STC recaída en el expediente 3561-2009-PA/TC (Caso Sindicato Único de Trabajadores marítimos y portuarios del puerto del Callao (SUTRAMPORPC) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), en la que el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucional la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo 10-2003-TR – Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo¹¹, que establece que a falta de acuerdo entre las partes, la negociación debe llevarse a nivel de empresa al considerar que dicho texto contraviene el texto del artículo 28 de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (...) fomentando la negociación colectiva y promoviendo formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

De acuerdo al fundamento 28 de la referida sentencia “dicha frase resulta inconstitucional no sólo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues (...) ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de negociación” lo que consideramos acertado por parte del Tribunal Constitucional; sin embargo en el fundamento 29 de la misma sentencia el Tribunal Constitucional establece también que ante la inconstitucionalidad generada, a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determinará mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga. En el mismo sentido, la resolución aclaratoria de la STC, expedida casi un año después de la fecha

¹⁰ Bueno Magano, Octavio. *La representación sindical*. En Derecho Laboral. tomo. XXVI, 129, Montevideo, 1983, pp. 123 y 124.

¹¹ El primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo 10-2003-TR, señala que: “Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior [empresa, rama de actividad o gremio], las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”.

de la sentencia, señala que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores, es aquél al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo 10-2003-TR¹², el cual es de carácter potestativo, agregando el Tribunal Constitucional, que sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste.

Respecto a este punto, si bien la Recomendación sobre la negociación colectiva 163 de 1981 señala en el numeral 1 del artículo 4 que "En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional.", consideramos que el Tribunal Constitucional se habría extralimitado en sus funciones al señalar sin razón alguna que a falta de acuerdo sobre el nivel de negociación, éste debería ser resuelto mediante arbitraje y además pese a que le llama arbitraje potestativo, en realidad estaríamos frente a un arbitraje de naturaleza unilateral y forzado, habida cuenta el carácter contractual de esta institución que a continuación desarrollaremos. Más adelante en el presente trabajo regresaremos sobre los alcances de esta sentencia sobre todo en lo que al arbitraje potestativo se refiere.

5. La teoría del conflicto sindical en el Perú y los métodos de solución

a) Evolución del tratamiento legislativo sobre conflictos sindicales

Resulta curioso, pero las primeras normas de naturaleza laboral que existieron en nuestro país, precedieron a la primera Constitución Política del Estado que reguló constitucionalmente la protección laboral: la Constitución de 1920. Así, por ejemplo el Decreto Supremo de fecha 24 de enero de 1913 promulgado por el Presidente Billinghurst reglamentó las huelgas en el Perú justificando la decisión en la situación irregular que crean las huelgas en la economía social. Así el art. 2 del referido decreto estableció textualmente que "Cuando el patrón, por cualquier motivo se niegue a atender las peticiones de los delegados obreros, que serán formuladas por escrito, podrá dentro de un plazo no mayor de 24 horas, designar uno o más árbitros, para que en unión de los que designen los obreros, resuelvan las controversias. Los obreros designarán, dentro de las 24 horas subsiguientes un número de árbitros igual al designado por los patrones".

El trámite previsto en dicha norma era bastante expeditivo, por cuanto el artículo 4 de la misma señalaba que las autoridades de

¹² El art. 61 del D.S. 10-2003-TR establece que si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

policía reconocerían oficialmente las huelgas y ampararían sus derechos si a) el patrón dejase de designar sus árbitros en el plazo de 24 horas; b) si constituido el Tribunal Arbitral transcurriesen más de 04 días sin que se expida el laudo respectivo o c) si la cesación del trabajo se produjera no omitiendo el requisito de ser decidida con la concurrencia de no menos de las $\frac{3}{4}$ partes del número de obreros en servicio activo.

Por su parte, la Constitución Política del Estado de 1920 estableció en su artículo 48 que los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio y en el mismo sentido, el artículo 49 estableció que a través de la regulación infraconstitucional se establecería la forma cómo debían organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las referidas controversias.

La regulación precedente quedó modificada por el D. S. de fecha 23 de marzo de 1936 el cual creó la existencia de una Junta de Conciliación formada por 2 representantes obreros y 2 patronales y presidida por el Jefe de la Sección de Trabajo, a fin de resolver las reclamaciones presentadas ante el empleador. El artículo 49 de la referida norma estableció además la posibilidad de someter la resolución del conflicto ante un Tribunal Arbitral en los siguientes supuestos: a) que haya fracasado la conciliación; b) cuando alguna de las partes ponga dificultades a sus trámites; c) o de común acuerdo.

El artículo 50 de la norma precisó además que el Tribunal Arbitral estaría compuesto por un árbitro nombrado por cada parte y eventualmente el Presidente de la Corte Suprema en Lima o el Presidente de las Cortes Superiores en provincias designaría al Presidente. Una vez instalado el Tribunal, el plazo máximo para expedir el laudo era de 8 días. Por su parte, la Ley 8930, del 3 de agosto de 1939 concede la autoridad de cosa juzgada y reconoce mérito ejecutivo a los laudos y las resoluciones de la Dirección General de Trabajo. Cabe resaltar también que mediante Decreto Supremo de fecha 10 de julio de 1948 se autorizó la posibilidad de revisión de los laudos en los casos de defectos formales a cargo del Tribunal Arbitral de Asuntos Colectivos con sede en Lima.

En seguida se publicaría el D.S. 6-71-TR que ha sido la norma que reguló las relaciones colectivas de trabajo en nuestro país hasta su derogación por el Decreto Ley 25593 – Ley de relaciones colectivas de trabajo, su T.U.O. el D.S. 10-2003-TR y su respectivo reglamento. El artículo 13 del D.S. 6-71-TR modificado por el Decreto Supremo 9-86-TR establecía que si las partes no llegasen a suscribir en trato directo o en junta de conciliación, una convención colectiva que ponga fin a la reclamación, ésta sería resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo.

Es decir, que en algunos años y hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 25593 habíamos pasado de una forma de solución de conflictos heterocompositiva como el arbitraje, para

luego abandonar el mismo, retomando las etapas de trato directo y conciliación, para finalmente dejar en dicho momento en manos de la Autoridad Administrativa de Trabajo la resolución del conflicto sindical, que inicialmente debía ser resuelto directamente por las partes.

b) La actual regulación sobre solución de conflictos sindicales

La actual regulación sobre relaciones colectivas en el Perú plasmada en el Decreto Supremo 10-2003-TR - T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento, prevé la posibilidad de resolver el conflicto colectivo de trabajo en tres etapas: 1) el trato directo; 2) la conciliación; y 3) el arbitraje.

En efecto, la norma exige que toda negociación colectiva —salvado el tema del nivel en el que debe entablarse la negociación— debe iniciar con el trato directo entre los representantes de los empleadores y los representantes de los trabajadores; si dicha etapa fracasa, de oficio o a pedido de parte la Autoridad Administrativa de Trabajo puede intervenir promoviendo un acuerdo conciliatorio entre las partes y de fracasar esta etapa se puede acceder al arbitraje. Es precisamente sobre este último punto que vamos a centrar nuestro análisis.

6. El arbitraje como método de solución de conflictos sindicales

a) La voluntad de las partes como esencia del arbitraje

Como hemos podido constatar supra, el arbitraje en tanto método de solución de conflictos sindicales no es nuevo para nuestro país y tampoco es nuevo para la OIT. En efecto, para la OIT resulta primordial que los conflictos colectivos de trabajo se resuelvan atendiendo a mecanismos voluntarios que permitan asegurar que ambas partes participen libre y espontáneamente en la adopción de una solución que resulte siempre el producto de la concertación social. Así, el artículo 06 de la Recomendación 92 de la OIT señala que, si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lock outs mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral.

En el mismo sentido, el Convenio 154 de la OIT prevé la posibilidad que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva; éste es el mismo sentido del Convenio 151 de la OIT cuyo artículo prevé que la solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e im-

parciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje, que inspiren la confianza de los interesados.

Ahora bien, el arbitraje en tanto método heterocompositivo de solución de conflictos tiene un origen ineludiblemente contractual, pues son las partes quienes acuerdan libremente someter sus controversias a la decisión de un tercero imparcial denominado árbitro. La base sobre la cual se construye y se desarrolla el arbitraje es el convenio arbitral, recordemos que en la redacción original de nuestro Código Civil de 1984 los artículos 1906 a 1922 regulaban la materia denominada cláusula compromisoria dentro del libro de fuentes de las obligaciones.

Si bien, dichos artículos del Código Civil fueron derogados por el Decreto Ley 25935 del 10/12/92 —primera norma que reguló el arbitraje de manera independiente en el Perú— esta derogación solo sirvió para reforzar el origen contractual y por ende voluntario de la institución arbitral, lo que quedó confirmado tanto con la Ley 26572 y la norma que regula actualmente el arbitraje que es el Decreto Legislativo 1071.

El artículo 13 de esta norma establece precisamente que el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. El propio Tribunal Constitucional en la STC recaída en el expediente 00061-2008-PA/TC (Caso Rimac Internacional) señaló en su fundamento 10 que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural; cabe resaltar que el Tribunal Constitucional no hacía más que repetir un precedente vinculante sobre la materia ya pronunciado en la STC recaída en el expediente 10063-2006-PA/TC (Caso Padi-lla Mango) agregando además en el fundamento 14 de la STC recaída en el caso Rimac Internacional que el arbitraje voluntario, por el contrario, tiene la presunción de ser constitucional debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y fundamento del proceso arbitral.

Caivano, refiere además que a pesar de ser un método de heterocomposición del litigio, es necesario que exista un mínimo principio autocompositivo, al ponerse de acuerdo las partes en someterse a arbitraje, comprometiéndose a acatar la decisión del árbitro¹³. El mismo autor, citando a Aramburú Menchaca, señala que entre las razones que llevan a las personas a buscar en el arbitraje la solución a sus conflictos, indudablemente la expresión de confianza es la más importante, por cuanto significa un reconocimiento de la pericia, de la capacidad intelectual del árbitro, del sentido de equidad que pondrá en la resolución del pleito; pero

¹³ Caivano, Roque. *Arbitraje*, Buenos Aires, 2008 p. 50.

ante todo un reconocimiento a su probidad.¹⁴

En el mismo sentido Bullard advierte que "incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral tiene o no naturaleza jurisdiccional" El mismo autor agrega que el "arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto vincula a las partes que celebraron el convenio, y solamente a ellas."¹⁵ Sobre el mismo punto, De Trazegnies ha señalado que: "Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato(...)"¹⁶

b) La justificación de la existencia de arbitrajes obligatorios

Pese al origen evidentemente contractual del arbitraje, bajo determinadas circunstancias el legislador se ha visto en la necesidad de implementar mecanismos obligatorios de arbitraje. En efecto, Caivano refiere que el arbitraje es forzoso cuando ha sido impuesto por el legislador, quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente.¹⁷

Pese a que la OIT insiste permanentemente en que cualquier método para solucionar un conflicto colectivo debe partir de la voluntad de las partes y de la libre manifestación de su voluntad, el artículo 68 del D.S. 10-2003-TR – T.U.O de la LRCT, prevé la posibilidad de que la autoridad administrativa promueva un arreglo directo u otra forma de solución pacífica del conflicto en los casos que una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias.

La redacción de este artículo no hace sino demostrar y reafirmar que la regla general para resolver un conflicto colectivo debe partir siempre de la voluntad de las partes y que en todo caso el arbitraje debe ser por regla general voluntario, y que sólo bajo determinadas circunstancias graves y de excepción la Autoridad Administrativa de Trabajo pueda intervenir poniéndole el fin al conflicto directamente u obligando a las partes adoptar un método de solución del mismo, sea autocompositivo o heterocompositivo.

Sin embargo, con la STC recaída en el expediente 3561-2009-PA/TC (Caso Sutraporpc) el Tribunal Constitucional elimi-

¹⁴ Caivano, Roque. op. cit., p. 81.

¹⁵ Bullard Gonzáles, Alfredo. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?* En Latin Arbitration Law review, consultado el 08 de agosto de 2012 en <http://www.latinarbitrationlaw.com/> y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta.

¹⁶ Trazegnies Granda, Fernando De, *El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje*, en: Revista Ius Et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. núm. 29, 2004, p. 16.

¹⁷ Caivano, Roque, op. cit., p. 83.

na la voluntad de las partes en el marco de una negociación colectiva estableciendo que a falta de acuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación este conflicto debería resolverse en el arbitraje, señalando además —casi un año más tarde— que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores, es el “arbitraje potestativo” que se caracteriza no por la imposición del mismo por parte del legislador, sino por la imposición unilateral del mismo por alguna de las partes. En buena cuenta, estaríamos frente a un arbitraje forzoso no como lo entiende la doctrina en el sentido que es impuesto por la ley, sino frente a un arbitraje que es impuesto de manera unilateral por alguna de las partes.

7. El arbitraje potestativo y su carácter arbitrario

En la regulación nacional sobre relaciones colectivas de trabajo, podemos encontrar hasta tres tipos de arbitraje: a) El arbitraje voluntario; que supone que al término de la negociación directa o de la conciliación, los trabajadores y sus representantes podrán proponer al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de este. El carácter voluntario de este tipo de arbitraje se confirma cuando el artículo 49 del Reglamento de la LRCT señala que la decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada “compromiso arbitral” que no es otra cosa que la suscripción del convenio arbitral; b) El arbitraje obligatorio; cuya existencia se deriva del ya citado artículo 68 del T.U.O de la LRCT, que aunque no lo señala expresamente, faculta a la Autoridad Administrativa de Trabajo a obligar a las partes a adoptar una solución para poner fin al conflicto y que pasa eventualmente por someter la controversia a arbitraje; y finalmente c) El arbitraje potestativo: creado a partir de la STC recaída en el expediente 3561-2009-PA/TC (Caso Sutramporpc) y la inclusión del artículo 61-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo¹⁸ que se caracteriza por su carácter unilateral y forzado.

a) La arbitrariedad de un arbitraje no consensuado

La redacción del artículo 61 del Reglamento de la LRCT, señala que las partes tienen la facultad de imponer el arbitraje potestativo en dos supuestos: a) Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o en su contenido, lo que se deriva del fundamento 29 de la STC recaída en el expediente 03561-2009-PA/TC (Caso Sutramporpc); y b) cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por objeto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo¹⁹. La parte final del segundo párrafo señala además que este arbitraje no requiere la suscripción de un compromiso arbitral.

La propia R. M. 76-2012-TR mediante la cual se aprueba la Di-

¹⁸ Art. incorporado por el D.S. 14-2011-TR

¹⁹ Los supuestos de mala fe se encuentran establecidos en la R.M. 284-2011-TR.

rectiva General "Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados "extraprocesos", la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional" define a este arbitraje como uno "unilateral o voluntario vinculante" mediante el que, en "función de una prerrogativa normativa inspirada en la jurisprudencia nacional", "las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajeno a ellas; quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión".

En primer lugar y luego de todo lo desarrollado, nos preguntamos si existe la posibilidad de la existencia de un "arbitraje unilateral" y que además no requiere suscripción de un convenio arbitral. Consideramos que la respuesta es negativa, por cuanto o el arbitraje nace de la libre voluntad de las partes a través de la suscripción de un convenio arbitral, o el arbitraje viene impuesto por el legislador en una situación extraordinaria y excepcional sólo justificada por razones de interés general; pero que exista un arbitraje impuesto por una parte a la otra, sin mayor requisito que la invocación de una de las partes de un acto de mala fe; o en su defecto la imposibilidad de ponerse de acuerdo en el nivel o contenido de la negociación puede ser una fuente de mayores conflictos que de soluciones.

Si bien se podría pensar que la existencia del arbitraje potestativo pueda coadyuvar a las partes a tratar de agotar por todas las vías la negociación al nivel de trato directo, en la práctica la existencia de dicho arbitraje cae como una espada de Damocles sobre la cabeza del empleador o de la organización sindical que pueden verse condicionados a negociar o a capitular ante el arbitraje potestativo.

La citada Directiva ha señalado que el arbitraje potestativo es un mecanismo compositivo preferible a la intervención administrativa resolutoria en los conflictos colectivos, toda vez que ella supone una forma de solución de controversias autónoma; sin embargo la práctica permite demostrar que el arbitraje "potestativo" no es más que una decisión unilateral impuesta por una de las partes a la otra sin que exista consenso o acuerdo de voluntad alguno destinado a someter la controversia a arbitraje.

El espíritu de los instrumentos de la OIT ha sido siempre el de fomentar no solo la negociación voluntaria, sino de procurar que no se recurran a medidas de coacción que puedan alterar el carácter voluntario de la negociación; lamentablemente y en nuestra opinión, la existencia del arbitraje mal llamado "potestativo", pues es en buena cuenta un arbitraje "forzado" e impuesto por una de las partes a la otra, no hace mas que condicionar la negociación no permitiendo llegar a acuerdos óptimos y mucho menos permitiendo que sea la voluntad de ambas partes y no la de una de ellas la que genere la decisión

de someterse a la jurisdicción arbitral.

En nuestra opinión, el "arbitraje potestativo" contraviene todos los instrumentos de la OIT que tratando de asegurar la negociación libre y voluntaria proscriben la existencia de mecanismos de coacción. En esta forma de arbitraje creado por el Tribunal Constitucional y desarrollado a través de normas infra-legales, la coacción ya no viene impuesta por el Estado, pero es generada por este, que permite que ante cualquier circunstancia alegada de mala fe, o a la mínima discrepancia respecto al nivel en que debe entablarse la negociación, cualquiera de las partes pueda directamente obligar a la otra a someterse a una jurisdicción que esta previamente no ha aceptado.

El arbitraje potestativo, no se justifica —como sí podría justificarse el arbitraje obligatorio— en razones de interés general; sino por el contrario se justifica en el interés particular de una de las partes de la negociación social, que antes de negociar directamente prefiera someter a la otra directamente al arbitraje con resultados que no siempre van a resultar satisfactorios para ambas partes.

8. Conclusiones

a) El arbitraje potestativo, a diferencia del arbitraje voluntario e incluso el obligatorio no responde a la finalidad del procedimiento arbitral, permitiendo que una de las partes lo imponga a la otra sin mediar consentimiento entre ambas.

b) El arbitraje potestativo va en contra de la regulación que la OIT prescribe para la solución de conflictos colectivos y que exige el respeto a la voluntad de las partes.

c) El Tribunal Constitucional a través de la STC recaída en el expediente 3561-2009-PA/TC y su resolución aclaratoria se habría excedido en sus funciones al prescribir el arbitraje impuesto como la forma de resolver un conflicto colectivo.

d) El arbitraje potestativo no permite generar acuerdos eficientes entre los actores sociales, al romper con el principio de negociación libre y voluntaria, reemplazándolo por un mecanismo de imposición y coacción entre las partes.

RECTIFICACIÓN DE PARTIDAS

JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
DR. EN DERECHO Y PROF. DE DERECHO DE FAMILIA

1. Introducción

Una de las preguntas que siempre nos hacemos, está vinculada a la necesidad de rectificar las partidas de nacimiento cuando presentan algunos errores u omisiones, que da lugar en la mayoría de los casos, a que una persona se identifique mal.

Muchas veces encontramos que una persona ha realizado diferentes actos jurídicos en la que aparece indistintamente con un nombre de pila y en otros con dos o tres, o el problema que tienen muchas mujeres casadas que en sus DNI aparecen con el apellido del esposo que remplace su apellido materno, es decir que se ha eliminado injustificadamente su apellido materno.

Estas irregularidades, me permiten escribir brevemente este artículo, analizando los derechos y deberes que tienen las personas con relación al nombre y el procedimiento que se debe seguir para rectificar los errores u omisiones que pudieran existir en sus partidas.

2. El nombre como derecho

El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto de derecho, constituye un atributo de la personalidad, y como tal es un derecho de identidad, que te individualiza frente a los demás.

El Derecho a la identidad, ha sido definido en la doctrina como el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Y la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo.

La identidad de la persona, es un derecho fundamental, previsto en el art. 2, inc. 1 de la Constitución, que literalmente declara: "Toda persona tiene derecho: a la vida, a su identidad...."

El Código Civil en su art. 19, establece que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

En consecuencia toda persona tiene que tener un nombre compuesto por el nombre de pila y sus apellidos.

El nombre de pila o llamado prenombre, es un derecho de los padres de poner a sus hijos el nombre que ellos quieran, claro que por aportes doctrinarios no se podría asignar nombres inapropiados, extravagantes, ridículos, contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

La doctrina define al apellido como el nombre de la familia, y dada la naturaleza jurídica y su importancia social, nuestro Código Civil lo regula expresamente, en los siguientes casos:

a) Apellidos del hijo matrimonial: El art. 20 del C.C. dispone que el hijo matrimonial le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.

En consecuencia se elimina tantos errores que cometieron algunos padres de inscribir a sus hijos con apellidos compuestos, o utilizar entre cada apellido la partícula "de" o "y".

b) Apellidos del hijo extramatrimonial: Si ambos padres han reconocido al hijo, llevarán el primer apellido del padre y el primero de la madre.

Sin embargo la Ley núm. 28720, que modifica el art. 20 y 21 del C.C., dispone que tratándose de hijos extramatrimoniales, el padre o la madre podrán inscribir el nacimiento de su hijo, revelando el nombre de la persona que se presume el padre o la madre, según el caso.

En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, sin que exista vínculo de filiación.

Si la madre no revela la identidad del padre, podrá inscribir al hijo con sus dos apellidos.

c) Apellidos del adoptado: El adoptado pierde los dos apellidos que corresponden a sus padres biológicos, y al integrarse a una nueva familia, llevará los dos apellidos del padre o la madre adoptante. Si ambos cónyuges son los adoptantes, el hijo llevará el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre adoptante.

d) Apellido del hijo expósito: El recién nacido de padres desconocidos, deberá ser inscrito con un nombre adecuado que le asignará el Jefe del Registro Civil, sin derecho a vínculo por filiación.

e) Apellido de la mujer casada: Durante mucho tiempo la mujer estaba obligada a llevar el apellido paterno del marido, precedido de la partícula "de", sin embargo, el Código Civil en su art. 24, establece el derecho más no la obligación de la mujer de llevar el apellido de su marido. Este derecho cesa con el divorcio o cuando se haya declarado la nulidad del matrimonio. En todo caso la norma señala que el apellido del marido va agregado al de la mujer, es decir primero el prenombre, los dos apellidos de la mujer (paterno y materno) y luego el apellido del marido.

3. Rectificaciones de partidas

En general las inscripciones de las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción, no podrán ser alteradas ni modificadas, salvo que presenten errores materiales u omisiones manifiestos, que se desprendan de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la complementan.

Las rectificaciones de partidas que presenten errores u omisiones materiales podrán ser rectificadas, siguiéndose alguno de los siguientes procedimientos:

a) En la misma Municipalidad donde se inscribió, cuando se trata de errores entre sus nombres y apellidos al haberse inscrito con las palabras "de" o las letras "y", "i", "e" o "a" u otro error

b) En la vía judicial: Cuando se trata de errores de fondo, como suprimir un nombre, cambiar de nombres o corregir errores u omisiones, debe tramitarse por ante el Juzgado de Paz Letrado. Se presentará una solicitud con firma de letrado, por las personas interesadas que tengan legitimidad activa (art. 827 del C.P.C.). Admitida la solicitud en trámite de procedimiento no contencioso, el Juez fija fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los 15 días siguientes. Se publicará por una vez en el diario encargado de los avisos judiciales, un extracto de la solicitud y de la sentencia. De no haber contradicción, el Juez ordenará la rectificación de la partida.

c) En la vía notarial: Por la Ley núm. 26662 se ha permitido a los Notarios tramitar asuntos no contenciosos, dentro de ellos las rectificaciones de partidas que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombres, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio y defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios.

La solicitud debe ser presentada por el interesado (art. 16 de la Ley núm. 26662) precisando el objeto de la rectificación y acompañará la partida que se pretende rectificar, así como los instrumentos que acrediten fehacientemente el derecho.

El Notario mandará publicar un aviso en el diario encargado de los avisos judiciales y luego de 10 días, sin que se haya formulado oposición, se extenderá una escritura pública, declarando la rectificación e insertará los instrumentos presentados y

cursará los partes al Registro respectivo.

4. Conclusiones

a) Las partidas de nacimiento, es la inscripción matriz, que permite la identificación de una persona.

b) Las partidas de Matrimonio y defunción, deben considerar obligatoriamente los nombres que figuran en la partida de nacimiento.

c) En todos los casos, el DNI debe ser otorgado con los nombres (prenombres completos y los apellidos paterno y materno) que figuran en la partida de nacimiento.

d) Cualquier error u omisión que se detecte en una partida, debe ser rectificada siguiendo alguno de los procedimientos antes señalados.

e) El cambio de nombre, supresión de nombres, nuevos nombres, solo podrán ser tramitados y resueltos en la vía judicial.

II. SECCIÓN ESTUDIANTEL

LA RUPTURA DE LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS; A PROPÓSITO DE LA EXPULSIÓN DE DIPLOMÁTICOS SIRIOS EN EL MUNDO

DIEGO ANGULO OSORIO
ALUMNO DEL VII SEMESTRE

1. Introducción

En el presente ensayo se expondrá el tema de la ruptura de relaciones diplomáticas entre estados soberanos, y en consecuencia la expulsión de los funcionarios diplomáticos que se hallasen en dicho país, teniendo como referencia la coyuntura internacional en el caso concreto de Siria.

Hoy en día, no sólo el agravio entre países es una causal política para la ruptura de las comunicaciones oficiales entre estos, sino también, se han sumado otras causales, entre las que se cuentan los actos que vulneren seriamente los Derechos Humanos.

En el presente, las relaciones interestatales no sólo se encuentran fundamentadas en concordancias políticas sino también ideológicas. La tendencia internacional de exigir un respeto absoluto a los Derechos Humanos de los ciudadanos por parte de sus gobiernos, se ha convertido en una de las exigencias más importantes para mantener no sólo relaciones diplomáticas sino también comerciales.

Hoy en día, Europa como un todo continental, exige a los países con los cuales mantiene relaciones comerciales, que mantengan estándares mínimos de respeto de Derechos Humanos, condicionando su apoyo comercial a la existencia de un Estado de Derecho respetuoso de la dignidad humana.

Este condicionamiento, que no proviene de organismos supranacionales, sino más bien de otros estados, no es la excepción; sino más bien, se está tornando en la regla. Los cuales utilizan su capacidad económica para asegurar en sus socios más peque-

ños dicho comportamiento.

Es discutible la legitimidad de este proceder; sin embargo, no es el objetivo del autor tratar la legitimidad de estos Estados que en nombre de los Derechos Humanos imponen sanciones internacionales unilaterales, sino más bien analizar en sí, en qué consisten y cómo se implementan dichas sanciones.

El tema a tratar, no sólo tiene un componente jurídico sino también político y económico, por lo que, siendo la línea rectora del artículo el derecho internacional público no se ahondará en el tema político y económico.

2. Panorama internacional

La República Árabe Siria, en adelante simplemente Siria, es una República Unitaria Semipresidencialista¹ que tiene acceso al mar Mediterráneo y limita por el norte con Turquía, Iraq por el este, Jordania por el oeste e Israel al sur; miembro de la Liga Árabe y de la Organización de las Naciones Unidas.

Desde el año de 1963 mantiene el poder en Siria el partido Baaz²(Partido del Renacimiento Árabe Socialista), de la familia Assad es la cabeza. Es importante precisar que el Presidente de la República maneja directamente el poder legislativo.

Con el inicio de la primavera Árabe en Libia y el nacimiento de una incipiente democracia en el lejano oriente, donde los regímenes autoritarios se están desmoronando, en Siria la oposición ha iniciado una serie de acciones a fin de desestabilizar el régimen Assad, a lo que el gobierno ha respondido mediante la fuerza. En este contexto se llevó a cabo la matanza de Houla, donde se ignora la autoría de este brutal hecho; sin embargo, se sospecha que son los partidarios de Assad quienes estarían detrás de estos hechos.

Houla, es un conjunto de villas, no es una ciudad, es un conjunto de pueblitos, como caseríos. Donde se ha determinado que de los 116 muertos, 93 han sido cruelmente ejecutados a sangre fría, cortados en pedazos o se les ha disparado en dos grupos separados. 23 murieron por fuego de tanques y artillería, o sea por efectos del combate. Los inmisericordemente asesinados son 49 niños, 34 mujeres y 10 hombres.

3. ¿Qué es la ruptura de las relaciones diplomáticas?

Con el fin de fomentar el desarrollo de las relaciones diplomáticas entre los países, se desarrolló la normativa contenida en el Convenio de Viena de 1961; sin embargo, los supuestos de ruptura de relaciones solamente han sido considerados en el art. 45.

¹http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/asw/syrianarabrep/syria_constitution.htm.

² <http://www.baath-party.org/index.php-lang-en>.

En el precitado artículo, simplemente se busca proteger los intereses propios en el país receptor, y eventualmente delegar la función de representación en alguna otra misión que no haya sido expulsada. Por tanto, existe una laguna normativa en este campo, que es llenada por la costumbre internacional.

La ruptura de relaciones diplomáticas se materializa con el retiro de los representantes diplomáticos acreditados ante un país, no sólo con el retiro del Jefe de Misión, sino de todo el personal diplomático de la misión del país.

Ahora bien, los intereses del país que retira o rompe sus relaciones diplomáticas deben quedar bajo la protección de otra embajada, de un país amigo el cual no debe haber sufrido igual trato por parte del país receptor.³

Este hecho es unilateral, a diferencia del establecimiento de relaciones diplomáticas que es un acto bilateral.⁴ Ahora bien, desde un punto de vista político y consuetudinario, en reciprocidad del acto de ruptura y posterior expulsión, por razón de dignidad el Estado agraviado no podría aceptar una situación tal, retirando su representación. Además, el Estado que ha adoptado la medida expulsaría dicha representación en caso de que ésta permaneciera.

La ruptura de relaciones diplomáticas se produce como consecuencia de graves acontecimientos, muy ofensivos o lesivos al gobierno que la adopta y que podrían ser el comienzo de una guerra o una situación muy tensa en su vida internacional. A esto se debe añadir que, el nuevo criterio adoptado por la comunidad internacional, es la de condenar los actos que constituyan violaciones de derechos humanos, sancionando a dichos países con la ruptura del vínculo diplomático preexistente.

La ruptura de relaciones diplomáticas está prevista en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas como una medida de sanción y además de coerción en contra de estados que no cumplan con las resoluciones o recomendaciones del Consejo de Seguridad en determinadas circunstancias.⁵

En la práctica como el consejo de seguridad ha sido bloqueado⁶ por China y Rusia, y no se puede aplicar el artículo 41 que son las sanciones previas al uso de la fuerza, que son la interrupción de las comunicaciones, la interrupción de las relaciones diplomáticas y la interrupción del comercio; un grupo de países unilateralmente han empezado a aplicar las sanciones cuyo espíritu está

³ Inc. "c" del art. 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961.

⁴ Art. 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961.

⁵ Carta de las Naciones Unidas.

⁶ <http://noticias.terra.com.pe/internacional/eeuu/rusia-y-china-vetan-resolucion-de-sanciones-de-la-onu-contra-siria,752ed8133bf98310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>.

en el artículo 41 de la Carta de las NN UU, porque expulsar a la misión diplomática equivale en la práctica a cercenar la comunicación con el país. Es un punto de no retorno, es decir no van a restablecer las relaciones con Siria, no mientras continúe el régimen Assad⁷⁸ en el poder.

Por lo que, ejercicio de su soberanía nacional, cualquier país, puede cortar sus relaciones diplomáticas, por las razones anteriormente expuestas o por aquellas que crea conveniente, puesto que no es posible que un Estado mantenga lazos diplomáticos con Estados que no comparten sus valores políticos, un caso de ello sería la tolerancia frente a crímenes de lesa humanidad.

4. A manera de conclusión, ¿Por qué sancionar a Siria?

Al aceptar el gobierno sirio la propuesta de paz⁹⁻¹⁰ y al no cumplirlo es responsable de lo que ha ocurrido en Houla¹¹. Pero por otro lado la realidad de una guerra civil es que si el Gobierno sirio cumple tal plan, el régimen Assad terminará con una transición democrática, lo cual es ilusorio que cumpla un régimen autoritario. Entonces, de un lado está el deber ser, el respeto a los acuerdos adoptados) y del otro lado está la realidad del poder. Asimismo, la posición mayoritaria responsabiliza al régimen de Assad de lo ocurrido en Houla; presentándose protestas formales enérgicas como la finalización de las relaciones diplomáticas, que son prelude a la intervención militar.

⁷ <http://www.reuters.com/article/2012/05/29/us-syria-crisis-world-idUSBRE84S0KI20120529>.

⁸ <http://www.foxnews.com/world/2012/05/29/hollande-france-expelling-syrian-ambassador/>.

⁹ [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2042\(2012\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2042(2012)).

¹⁰ Propuesta de 6 Puntos del Enviado Especial Conjunto de las Naciones Unidas y la Liga de los Estados Árabes: 1) Comprometerse a colaborar (...) en un proceso político (...) y, con este fin, comprometerse a nombrar a un interlocutor autorizado cuando (...) se lo solicite el Enviado; 2) Comprometerse a poner fin a los enfrentamientos y lograr con urgencia el cese efectivo de la violencia armada en todas sus formas por todas las partes. Mientras estas medidas se adoptan sobre el terreno, el Gobierno de Siria debe colaborar con el Enviado para lograr el cese sostenido de la violencia armada (...); 3) Asegurar la prestación oportuna de asistencia humanitaria a todas las zonas afectadas por los combates (...); 4) Intensificar el ritmo y ampliar la escala de la liberación de personas detenidas arbitrariamente (...); 5) Asegurar la libertad de circulación en todo el país para los periodistas y una política de visados no discriminatoria para estos; 6) Respetar la libertad de asociación y el derecho a manifestarse pacíficamente según la ley.

¹¹ <http://www.foreignaffairs.com/articles/137013/michael-weiss/what-it-will-take-to-intervene-in-syria>: What it Will Take to Intervene in Syria: (...) which has accused Syrian President Bashar al-Assad's regime of crimes against humanity, that the international community needs to take urgent and effective measures to protect the Syrian people. (...).

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Las actividades administrativas desplegadas por el Sr. Prof. Dr. Luis Vargas Fernández en la dirección de nuestra pequeña comunidad universitaria, se extendieron con éxito hasta mediados del mes de enero y dimos cuenta de ellas en el número anterior. A la gestión de D. Héctor Delgado Castro, en cambio, se deben las a continuación detalladas.

INICIO DEL AÑO LECTIVO 2012

Por Directiva núm. 1-VRACAD-2012, del 28 de diciembre del 2011, se acordó iniciar el semestre impar del año lectivo 2012 el día 12 de marzo y, concluirlo, el 14 de julio (19 semanas). A su turno, el semestre par, comenzó el día 13 de agosto y concluirá el 21 de diciembre.

MATRÍCULA EN LA ESCUELA DE DERECHO

Durante el semestre impar se matricularon en la carrera profesional 1157 alumnos, mientras que en el semestre par lo hicieron 1028.

DOCENTES DEL PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

DOCENTES PRINCIPALES

- LUIS IVÁN VELANDO PUERTAS
- RAMIRO EDUARDO VALDIVIA CANO (CON LICENCIA)
- JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
- DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA
- OSCAR URVIOLA HANI (CON LICENCIA)
- LUIS GUILLERMO VARGAS FERNÁNDEZ
- HECTOR W. DELGADO CASTRO
- JULIO SALOMÓN VIRRIETA REVILLA
- JORGE LUIS CÁCERES ARCE
- MARCO FALCONÍ PICARDO (CON LICENCIA)
- MAURO PARI TABOADA
- LUIS ALBERTO VALENZUELA VALENCIA

DOCENTES ASOCIADOS

- JUAN CARLOS VALDIVIA CANO
- BERLY CANO SUAREZ
- GABRIEL ERNESTO TORREBLANCA LAZO

- JOSÉ LUIS YUCRA QUISPE
- JOSE ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ
- JULIO ARMAZA GALDOS
- ANA MARÍA AMADO MENDOZA

DOCENTES AUXILIARES

- JOSÉ FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA
- CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
- JAMES CARLOS FERNÁNDEZ SALGUERO
- CLAUDIA PÍA CHIRINOS PACHECO DE RIVERO,
- JUAN CARLOS AGRAMONTE MOSTAJO

DOCENTES CONTRATADOS

- CARLOS ALBERTO NEYRA AMAT
- SAULO PERALTA FRANCIZ
- MARY LUZ CATAORA MOLINA
- GERARDO ZEGARRA FLORES
- WILLIAM FAREÁN RODRÍGUEZ
- MAURICIO MATOS ZEGARRA
- CARLOS MONTESDEOCA VALENCIA
- RONALD MAYTA COAGUILA

PERSONAL ADMINISTRATIVO

- Eliana del Pilar Laos Torres: Secretaria
- Dunia Rosas Lazo: Secretaria del Dpto. Académico
- Samira Bejar Calderón: Secretaria de Segunda Especialidad

PERSONAL ADMINISTRATIVO DEL CONSULTORIO JURÍDICO

- José Luque Fortún: Asistente
- Martha Mestas Carpio: Secretaria

CONFERENCIAS Y OTRAS ACTIVIDADES ACADÉMICAS

• Del 19 al 21 de abril, se desarrollaron, en la instalaciones del Ilustre Colegio de Abogados, las "Jornadas académicas de Derecho Constitucional, Análisis y Evaluación de Reformas Constitucionales"; tal evento dio ocasión a la presentación de valiosísimas ponencias de los profesores Domingo García Belaunde, Víctor García Toma, Raúl Chaname Orbe, Jorge Luis Cáceres Arce, Marco Falconí Picardo y Oscar Urviola Hani, estos tres últimos representando a nuestra facultad.

• Del 31 de mayo al 1 de junio, se realizó el "Congreso Latinoamericano de Auditoría Interna y Evaluación de Riesgos"; evento organizado por "FELABAN", en el que participó como ponente el señor profesor Jorge Cáceres Arce.

• Del 28 al 30 de junio tuvo lugar el "VII Congreso Nacional de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología", en el cual fueron ponentes los señores profesores Percy García Caverro, Ivan Meini Mendez, Aldo Martín Figueroa Navarro, José Urquiza Olachea, Jorge Luis Salas Arenas y Mauro Pari Taboada. La importante actividad tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad Nacional de San Agustín.

• Del 20 de julio al 13 de octubre, en el auditorio José Luis

Bustamante y Rivero, se realizó el "Diplomado de Especialización y Actualización en Derecho Constitucional", en el intervinieron como ponentes los profesores Mauro Pari Taboada, Jorge Luis Cáceres Arce, Luis Sáenz Dávalos y Oscar Díaz Muñoz.

- Los días 20, 21 y 22 de septiembre se llevó a cabo el "XI Congreso Nacional de Derecho Procesal Penal, Civil, Laboral, Familia, Contencioso Administrativo y Constitucional", en la que intervinieron como ponentes los profesores Alfredo Lovón Sánchez, Eduardo Meza Flores y Roció del Milagro Aquize Cáceres.

- Del 25 al 29 de septiembre, se realizó el "Primer Congreso Macro Regional de Estudiantes de Derecho" (COMRED). Las disertaciones estuvieron a cargo de los señores Víctor García Toma, Raúl Canelo Rabanal, Jesús Rivera Ore, Renato Díaz Gonzales, Roberto Alfaro Pinillos, Roberto González Álvarez, Luis Madariaga Condori, Alfredo Lovón Sánchez, Julio Cesar Santa Cruz, Javier Armaza Galdos, Percy Chocano Núñez y José Chávez Fernández Postigo.

- Al conmemorarse el quincuagésimo primer aniversario de fundación de nuestra Facultad, se realizó una "Ceremonia de Homenaje" a docentes, administrativos y trabajadores de servicio que han cumplido 20, 25, 30, 35 y 40 años de prestaciones ininterrumpidas en la casa mariana. Tal acontecer fue presidido por el Dr. Abel Andrés Tapia Fernández, Rector de la Casa Universitaria de Santa María, quien estuvo acompañado por los Vicerrectores doctores, Manuel Vásquez Huerta y Gaspar Enrique del Carpio Rodríguez; así como de los decanos y comunidad universitaria.

- El 4 de septiembre expuso Julio Armaza Galdos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Santiago de Chile en torno al artículo 15 del Código Penal peruano; al día siguiente, hizo lo propio en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, institución está en la que se efectuó un sentido Homenaje a D. Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000).

En las jornadas de Valparaíso hicieron uso de la palabra los señores Hugo Marzi Rivera, Jaime Náquira Riveros, Eugenio Raúl Zaffaroni, Jean Pierre Matus Acuña, Julio Armaza Galdos y José Luis Guzmán Dálbora. Los temas sobre los que versó el encuentro tuvieron contenido diverso: Marzi, dio valiosos testimonios personales de D. Manuel; Náquira, se ocupó de la teoría de la pena del homenajeado; Zaffaroni, en cambio, prefirió disertar en torno a Dorado Montero y Rivacoba y a las afinidades personales (que no científicas) de ambos; Armaza, habló del Código Penal Tipo para Iberoamérica y de la posición que sobre tal documento asumió Rivacoba. Guzmán Dálbora, por último, de los aspectos de la Parte Especial abordados por su Maestro a los largo de su extensa obra.

Concluido el Homenaje, se develó un cuadro de Rivacoba en la Biblioteca de la Facultad. En el sentido y bello acto del que se da cuenta, tuvieron una destacadísima participación los jóvenes penalistas Juan Pablo Castillo Morales y Felipe González Hernández (ambos ayudantes de cátedra de D. José Luis Guzmán Dálbora).

DESIGNACIÓN DE ALUMNOS AL CONSEJO DE FACULTAD

Como representantes del Tercio Estudiantil ante el Consejo de Facultad se han incorporado los señores Diego Fernando Angulo Osorio, Miguel Ángel Abdiel Barboza Lopez, Jhoen Alexis Valdivia Nuñez, Julio Martín Fernández Huaranca.

CONCURSO DE ESTUDIANTES

Los docentes que calificaron las monografías presentadas por los alumnos durante el año académico 2011 adjudicaron los resultados siguientes: Primer puesto: César Pastor Briceño, con el trabajo ¿Cuánto vale la consulta? Ocuparon el segundo puesto, en cambio, los tres trabajos mencionados a continuación: Con Derecho pero sin poder ejercerlo: El Acceso a la Justicia como un Derecho Fundamental de la Persona (de Henry Bejarano Pérez); Una nueva Tesis sobre la naturaleza jurídica de las Nulidades Procesales (de Miller Castro Lupa) y El contenido de la estabilidad Laboral: la regulación a un año de implantarse la Nueva Ley Procesal de Trabajo en Arequipa (de Wilmer Del Villar Guerra).

CLASIFICACIÓN JERARQUIZADA DE LOS SEÑORES ALUMNOS (TERCIO SUPERIOR)

- Primer semestre: Ortega Valdivia Norma, Bustamante Melendez Diego y Medina Valladares Franco.
- Tercer semestre: Quintana Vizcarra Diana, Morales Urrutia Diego y Huamani Huaman Treicy.
- Quinto semestre: Camargo Riega Alberto, Rivera Salazar Calderón Valeria y Medina Chávez Yuleyssi
- Séptimo semestre: Gallegos Robles Carmen, Morroy Flores Coralía y Zuñiga Hernández Jesús.
- Noveno semestre: Villamarin Zuñiga Carlos, Tejada Meza Nathalie y Villafuerte Mendoza José.
- Undécimo semestre: Contreras Castillo Manuel, Pastor Briceño Cesar y Rivera Vargas Leylan

PUBLICACIONES DE NUESTROS PROFESORES

- Ensayos Paganos: Ética, Derecho y Educación
Autor: JUAN CARLOS VALDIVIA CANO
Extensión: 313 pp.
Editorial Adrus, Arequipa, 2012.
- Digesto de Derecho Penal peruano —tomo II— *Criminalistas del siglo XIX*
Autor: JULIO ARMAZA GALDOS/ EMILIO JOSE ARMAZA
Extensión: 184 pp. + colofón.
Editorial Pangea, Arequipa, 2012.

INFORMACIÓN SOBRE PROFESORES VINCULADOS A NUESTRA FACULTAD

- El 6 de marzo del presente, la profesora Ana María Amado Mendoza, fue designada coordinadora de las actividades del Centro de Proyección Social de nuestra Facultad, que a su vez contará con el apoyo y participación de la señorita alumna Francesca Morriberón Llerena.

- En el curso de capacitación con el que se puso fin al semestre impar, Mauro Pari Taboada, Julio Armaza Galdos y Mauricio Matos Zegarra, fueron designados para pronunciar las lecciones correspondientes. El profesor Pari se ocupó de la Etapa intermedia en el Código procesal penal, Armaza de la Eutanasia y Matos del Proceso laboral. El curso se inició el 9 de julio y concluyó dos días después.

- El profesor Jorge Luis Cáceres Arce, Decano del Colegio de Abogados de Arequipa, en la sesión del 20 de julio, hizo uso de la palabra después del discurso de orden que pronunció el vicepresidente del Tribunal Constitucional y docente mariano D. Oscar Urviola Hani.

- El 16 de Agosto se realizó el "Seminario Internacional Nuevas Perspectivas en torno a la Criminología y el Derecho Penal", en la que intervinieron como ponentes el profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), Carlos Alberto Elbert; el profesor Ayar Chaparro Guerra y el profesor Julio Armaza Galdos. Fueron panelistas, a su vez los señores Orestes Zegarra Zevallos y Julio César Tapia Cárdenas. La ponencia tuvo lugar en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa.

- El 4 de septiembre, el profesor Mauricio Matos Zegarra, fue designado instructor del equipo que participó en el concurso de Derechos Humanos "Yachay"; que organizó el Instituto de Democracia y Derechos Humanos y la Pontificia Universidad Católica del Perú, y que a su vez conto con la participación de los alumnos Carlos Villamarín Zúñiga, Miguel Balbosa López y Jesús Zúñiga Hernández.

- El 18 de setiembre del presente, en la "Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso", el Dr. Marco Falconí Picardo, en su calidad de presidente del grupo de trabajo Control político sobre decretos de urgencia, decretos legislativos y tratados internacionales, presentó el informe sobre el trabajo realizado en la legislatura 2011-2012. Indicó además, que a marzo se aprobaron 19 informes de Decretos de Urgencia, 5 de Decretos Legislativos y 69 Tratados Ejecutivos Internacionales.

- El 26 de septiembre se realizó el homenaje al profesor Juan Carlos Valdivia Cano, *Un amauta Zahorí*, este evento fue organizado por la asociación cultural "Casa de Cartón", el mismo que fue llevado a cabo en la Auditorio de La Biblioteca Regional Mario Vargas Llosa, el cual contó con la participación de la Municipalidad Provincial de Arequipa y a su vez de la Gran Unidad Escolar Mariano Melgar.

- A principios de octubre se nos hizo conocer que D. Dante Valvidia Zegarra, el ex profesor de Criminología de nuestra Facultad, se encontraba delicado de salud. Al haber tenido ocasión de visitarlo en su domicilio, pudimos comprobar que aunque se encuentra algo deteriorado en su salud física, mentalmente se halla en óptimas condiciones (quien sabe si gracias al cariño y cuidado que recibe de su esposa e hijas —una de las cuales, por cierto, destaca como abogada en Lima—). Sepa, querido profesor, que quienes tuvimos la suerte de haber sido sus alumnos, lo recordamos con cariño, admiración y respeto.

- Luego de la ceremonia oficial que por el aniversario del Consultorio Externo se llevó a cabo en horas de la mañana del 19 de octubre en el local de La Merced núm. 110, el profesor Gabriel Torreblanca Lazo convocó a estudiantes y profesores al restaurante Cielo arequipeño.

La prestación de servicios jurídicos gratuitos del consultorio que óptimamente dirige D. Gabriel Torreblanca, alcanzó, ininterrumpidamente, 34 años.

- El 31 de octubre, en el Colegio de Abogados, se presentaron dos importantes libros del profesor Torreblanca: El proceso civil y la Universalidad en la Seguridad Social.

Necrología

- El 22 de marzo del presente año falleció el profesor ALFREDO LOZADA NÚÑEZ (1925-2012); su entierro tuvo lugar en el Cementerio Parque de la Esperanza.

Cabe recordar que el extenso magisterio desplegado por el recordado Lozada, lo consagro al dictado del curso de Derecho Procesal Penal, llegando a desempeñarse, incluso, como Decano.

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES



Dr. OSCAR DÍAZ VALVERDE

OSCAR DÍAZ VALVERDE

Entre los profesores más gratamente recordados en la Facultad de Derecho, se encuentra sin duda D. Oscar Díaz.

Llegaba a sus lecciones matinales pulcramente vestido y, sin perder el tiempo, procedía a desarrollar el curso de Derecho Procesal Civil que, entonces, tenía como base el viejo código de 1912. Bastaba verlo aparecer, cartapacio en mano, para dejar de lado el barullo y los juegos propios de una adolescencia tozuda y renuente a morir. Ya en clase, y en cualquier momento, escogía al azar uno o dos nombres de entre los que figuraban en la lista de alumnos y, sin más, lanzaba la pregunta: "Señores Giovanni Abarca Zúñiga y Roberto Burgos del Carpio: ¿Qué son las excepciones? ¿Cómo se tramitan?" Los demás, en un santiamén teníamos abierto el cuaderno en la página donde en su momento anotáramos la explicación relativa a dichos medios de defensa y, encomendándonos a San José de Cupertino, Patrono de los estudiantes, rogábamos porque no se le ocurriese extender el examen oral a otro u otros de los discentes. A veces, preciso es anotarlo, ni el Santo invocado nos salvaba, pues se empecinaba en seguir inquirendo. Y en esto, preciso es deternos unos instantes con el fin de dejar anotado que no es todavía claro cómo es que un condicípulo de la época descubrió que mucho más efectivo que José de Cupertino era Ginés de Arlés, Patrono de los notarios y, acaso por eso, desde entonces, nuestras impertinentes deprecaciones eran preferentemente dirigidas al casi infalible Santo francés.

Ahora bien, dado que su reputación como profesor exigente era por todos conocida, no había momento en que no se nos diese por repasar la materia de la que, según entendíamos, únicamente saldríamos liberados a fuerza de pertinaz estudio. Aún ello, por timidez o temor, preferíamos no ser interrogados en clase por el profesor.

En realidad nuestro temor, si ha de darse aquí cabida únicamente a la verdad, no provenía del desconocimiento del contenido

del curso sino, más bien, de la muy fundada creencia de que jamás sería posible superar en sabiduría al maestro. En efecto, la erudición que encarnaba el discurso de D. Oscar nos hacía suponer que tras él se agazapaba un hombre extremadamente disciplinado y laborioso, de esos que acaso deben hurtar tiempo al sueño para beber de la inagotable fuente de los libros y de las leyes con los que, por decirlo así, diariamente nutría y esmaltaba sus brillantes disertaciones.

Un aspecto que no puede pasar desapercibido, ahora que se indicó que poseía D. Oscar un bagaje de conocimientos profundo en la materia que impartía, es el que tiene que ver con su singular modestia. Lejos de creerse un hombre cultísimo e inteligente —como algún otro, sin el menor rubor lo hacía—, jamás utilizó la cátedra para que se le rindiera culto personal. Esa actitud, con seguridad, delata la bella conjunción entre saber y humildad que pocos maestros saben conservar a lo largo de su carrera.

Si algo es de lamentar en la vida académica del querido profesor al que se le dedican estos breves párrafos, es que no se haya animado a plasmar por escrito sus disertaciones orales, pues habrían sido múltiples las contribuciones que hubiese legado en torno a cómo debía interpretarse el Código de Procedimientos Civiles que, según se deducirá por lo indicado hasta aquí, manejaba con notable soltura.

En la época en que tuvimos el privilegio de ser alumnos del profesor Díaz, si la memoria nos es fiel, no se otorgaban prerrogativas a los alumnos para calificar el desempeño de los docentes; de habérselo hecho, es seguro que D. Oscar, por lo menos en los rubros puntualidad, trato cortés, dominio de la materia, humildad, exigencia y vocación de entrega, habría obtenido las máximas calificaciones.

Aunque nunca tuvimos ocasión de retribuir lo que el bienquerido maestro hizo académicamente por nosotros, sirva lo dicho para dejar testimonio de esa gratitud.

INTERVÍU

POR CATHERINE MEJÍA URIBE

Buenas tardes profesor Díaz y gracias por darnos la posibilidad de entrevistarlo.

Puesto que las nuevas generaciones de estudiantes acaso no lo conocen, nos gustaría formular algunas preguntas relacionadas con la persona y, más tarde, si usted lo permite, hablaremos del profesor y magistrado.

¿En qué lugar y año abrió usted los ojos?

Buenas tardes. Nací en Arequipa el 19 de febrero de 1923; fueron mis padres Mariano A. Díaz y Natividad Valverde. Diría, por si tiene algún interés, que constituyeron un hogar que, a mi juicio, fue ejemplar.

¿Con qué personas en su infancia compartió sus juegos, logros y sinsabores?

Con mis cinco hermanos. Los dos últimos fuimos, Luis Guillermo y yo. Aunque abrazamos ambos la carrera de Derecho y llegara él a ocupar el cargo de miembro del Tribunal Constitucional, lo que acaso se vislumbraba por ser más circunspecto que yo, fue precisamente con Guillermo con quien pasé los mejores momentos de mi infancia: jugué, estudié y, como cualquier niño, realicé las travesuras propias de la edad.

Mis modestos logros, como es de suponer, los festejamos en familia.

¿A qué edad concluyó la educación secundaria?

Ésa etapa la finalicé a los 18 años, en el colegio "San Francisco". Por aquella época, era el mencionado uno de los pocos colegios existentes en Arequipa.

¿Qué profesor en la Universidad Nacional de San Agustín despertó, acentuó o confirmó su vocación?

Tempranamente decidí dedicarme a la carrera de Derecho; confirmó mi vocación, sin embargo, D. Pedro Germán Delgado, a la sazón catedrático de Practica Forense Civil en San Agustín. No creo equivocarme si afirmo, como lo deseo hacer, que D. Pedro Delgado fue acaso el mejor jurista arequipeño de mediados del siglo XX. A la inspiradora personalidad del profesor mencionado en buena parte se debe el que con el transcurrir de los años yo mismo haya podido dedicar mis mejores esfuerzos a la docencia universitaria en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

¿Cuál fue el primer y el último cargo que ocupó en el Poder Judicial?

Entre culminar mis estudios superiores y pertenecer al círculo de mis pares, los abogados, transcurrieron dos años, luego de los cuales, a partir de 1951, me integré a la carrera judicial. El primer cargo que se me encomendó desempeñar, según me viene a mientes, fue el de Secretario en el Tribunal Correccional; luego, el de Relator. La experiencia adquirida en las funciones referidas, sin más, me permitieron acceder al cargo de Juez de Primera Instancia y, más tarde, al de Vocal de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Arequipa. Tras dirigir los destinos de la Corte en mención durante dos periodos, formé parte de la Corte Suprema de la República. A un resquebrajamiento en mi salud, que incluso motivó una intervención quirúrgica, sin equívoco alguno puede atribuirse la renuncia que presenté ante el supremo colegiado.

¿En qué circunstancias consiguió sea adjudicado el inmueble contiguo a la Plaza España para que sea erigido el local de la Corte Superior de Justicia de Arequipa? ¿Qué gestiones hizo con ese propósito?

Durante el año de 1975, en el gobierno de facto del señor Francisco Morales Bermúdez, consiguió el Ministerio de Guerra le sea adjudicado el terreno en el que hoy funciona la corte que, con anterioridad, se asignó a la institución judicial en la que entonces me desempeñaba como su Presidente. Puesto que tal medida sepultaba los sueños e ilusiones del pueblo arequipeño, la sala plena me encomendó realizar en Lima las gestiones tendientes a recuperar dicho predio y, con tal propósito, me entrevisté con el señor Presidente de la Corte Suprema. "No creo obtenga usted éxito alguno —me indicó dicho magistrado—, pues jamás los militares devolverán el disputado inmueble. Tome mi consejo y, sin más, vuelva a Arequipa".

En el acto, lejos de desanimarme, decidí intentar tomar contacto personal con el Presidente de la República, valiéndome para el efecto del Jefe de Palacio de Gobierno —un General cuyo nombre lamentablemente no recuerdo y que conocí en Arequipa—. Cuarenta y ocho horas después, por fortuna, pude ser recibido por D. Francis-

co Morales Bermúdez y tras exponerle las razones de mi viaje, logré persuadirlo para que a través de una resolución sea devuelto el terreno primigeniamente adjudicado a la Corte Superior de justicia de Arequipa. Antes de retornar a nuestra ciudad, visité al Presidente de la Corte Suprema y poniéndolo al tanto de las gestiones realizadas, escuché decir de sus labios lo siguiente. "No es fácil creer lo que relata. Cuando yo solicito audiencia con el Presidente de la República, la entrevista se materializa 15 o 20 días después".

En Arequipa, por cierto, fue recibida con beneplácito la noticia, dándose cuenta de la misma en la primera plana de los diarios El Pueblo, Correo y Arequipa al Día.

¿Cómo ingresó a la docencia universitaria?

Aunque siempre acaricié la idea de impartir la cátedra universitaria, mi ingreso a la docencia se debió en parte a una propuesta que durante el año académico de 1975 recibí del señor doctor Alberto Ballón Landa, uno de los fundadores de la Universidad Católica de Santa María. Parece, pues así me lo hizo saber D. Alberto, que se informó previamente sobre el modo en que había conducido mi despacho en el Juzgado de Primera Instancia y dado que no se hizo cuestionamientos a mi labor, decidió invitarme como docente. Aunque inicialmente estuve algo indeciso, fueron tales dudas disipadas por mi esposa. Entre recibir la propuesta del doctor Ballón y escuchar el consejo de los míos, transcurrió un día y, dentro del mismo, comuniqué a mi gentil proponente el deseo que tenía de integrar la plana de profesores de la universidad salvando, previamente, los trámites respectivos para asumir el curso que se me asignó.

¿Qué cursos impartió y a cuántas generaciones formó?

Con el dictado del curso de Derecho Procesal Civil inicié y culminé mis actividades docentes, no siéndome ajena, además, la explicación de la primera parte del Derecho Comercial. En total, lo recuerdo perfectamente, fueron 27 las generaciones que pasaron por las aulas universitarias en la época en que me desempeñé como profesor universitario.

¿Qué funciones administrativas desempeñó en la Universidad Católica de Santa María?

Siendo profesor auxiliar laboré en el local de la calle Santa Catalina; como asociado, en el actual campus universitario. Hasta aquí, no desplegué ninguna actividad administrativa. Lo cierto es que tras superar las evaluaciones respectivas, ascendí finalmente a la categoría de principal y fue entonces que pude desempeñarme como Jefe del área de Derecho Procesal Civil, primero y, posteriormente, como Decano de la Facultad.

La ciudadanía no siempre está contenta con los magistrados que tiene y aunque existen muchos que observan una verdadera vocación de servicio y trabajan intensamente para no traicionar el encargo que se les encomendó, otros francamente decepcionan, ¿cree que la falla esté en la formación universitaria de pregrado?

Siempre he sostenido que la labor del Juez es incomprendida y que quien obtiene éxito en su pretensión judicial puede llegar incluso a sobreestimarla; el perdedor, en cambio, no cesará en desacreditarlo. Frente a tal vicisitud, debe el Juez asumir una posición serena y ponderada. La sabiduría, ponderación y serenidad requeridas para desempeñarse como magistrado, sin duda, son en buen parte adquiridas en las aulas universitarias. Si aún así, como de hecho ocurre, hay algunos magistrados que no se encuentran a la altura del cargo que ejercen, no debe tal mácula atribuirse a la universidad, pues en todas las profesiones hay buenas y malas personas que, al desempeñar una carrera, lo harán correcta o incorrectamente.

Habiendo consagrado su vida a la carrera judicial, a la docencia universitaria y al ejercicio de la abogacía, ¿en cuál de tales ámbitos alcanzó mayores satisfacciones espirituales?

Los tres ámbitos se complementan. La abogacía como profesión, por un lado y, la magistratura y la docencia, por el otro. En lo que a mí respecta he de indicar que debo a la profesión el que haya podido --entiéndase por medio de ella-- desarrollar mis capacidades como profesor universitario y como juez.

Bueno profesor, reiterándole nuestro agradecimiento por la ocasión que nos da de hablar con usted y antes de despedirme y desearle los parabienes que merece, permítame hacerle llegar el saludo de muchos de sus ex alumnos que lo recuerdan con cariño y admiración y que vivirán siempre agradecidos por lo mucho que hizo por ellos al haberlos guiado en el estudio de la carrera. Hasta luego.



Dr. HÉCTOR DELGADO CASTRO
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas de la UCSM

HÉCTOR DELGADO CASTRO

Hace tiempo, dejamos escrito del profesor Delgado lo siguiente:

“El año del nacimiento del ejemplar profesor universitario del que se da cuenta (1943), estuvo lleno de vicisitudes, marchas y contramarchas. A la política mundial atañe la creación de la Food and Agricultural Organization (FAO), el levantamiento de los 60.000 judíos que ocupaban el guetto de Varsovia, entre otras, el derrocamiento del dictador italiano Benito Mussolini que, por coincidencia, acaeció el 25 de julio, día en que precisamente abrió sus ojos, en Arequipa, Héctor Delgado Castro. Ese mismo año nacerían LechWaleśa y, desaparecerían, lamentablemente, el novelista Ricardo León y Román, el médico austriaco-estadounidense Karl Landsteiner 26/09/2010 —galardonado con Nobel en 1930 por sus descubrimientos de los diversos tipos de sangre (A, B, AB, O, M, N, MN)— y el brillante jurista arequipeño Ángel Gustavo Cornejo. Oportuno es destacar por otra parte, que a principios del año 1943 —a través de la ley núm. 9711—, se crearía en nuestro país el Ministerio de Agricultura, institución ésta a la que más tarde se vincularía el profesor Delgado como funcionario y como uno de los más sobresalientes especialistas en Derecho Agrario de la región.

»Los logros personales, profesionales y académicos alcanzados por el profesor Delgado son tantos y de tal calidad, que el espacio del que disponemos no basta para evidenciarlos; brevemente, eso sí, pueden ser enunciados.

»Desciende nuestro cultísimo profesor de una familia de destacados juristas. Su abuelo¹, desempeñó la cartera de Justicia y Culto bajo el gobierno de Sánchez Cerro y Oscar R. Benavides; su padre², ejerció la docencia universitaria en San Agustín y acaso también, por línea paterna, esté emparentado con nuestro eximio Juan José Calle. Está casado con Doña Ana María Molina Briceño y de entre sus hijos, abrazó la misma vocación jurídica el joven

¹ Miguel Wenceslao Delgado.

² Jorge Delgado Calle.

Jorge Delgado Molina. Ana Carolina y su homónimo Héctor, no quisieron seguir la impronta del padre, pero brillan con luz propia en sus respectivas disciplinas.

»Su particular formación e inclinación por el cultivo del Derecho Privado, especialmente tras la promulgación de la Ley de Reforma Agraria (núm. 17716) le ha permitido intervenir en los más sonados casos, alcanzando en ellos éxitos rotundos a nivel profesional y, por qué no decirlo, una no desdeñable fortuna.

»Como docente universitario, lo singulariza su sapiencia, rigor científico y la casi proverbial exigencia que muestra consigo mismo y con sus alumnos (acaso por eso, sus ex discípulos —y la comunidad jurídica local—, lo designaron como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el período que va de 1994 a 1995).

»Es Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín y somos infinitos los discentes que debemos a su abnegada entrega en las aulas universitarias lo que más o menos hemos logrado.

»De entre las distinciones que ha recibido, ornan en su hoja de vida, la Condecoración con la Orden "Vicente Morales y Duárez" que le otorgó el Colegio de Abogados de Lima el año 2007 y, una no menos significativa "Al Mérito en el Grado del Patricio Francisco Mostajo" que le concedió el Colegio de Abogados de Arequipa dos años después. A su erudita pluma, amén de otras publicaciones menores aparecidas en diversas revistas locales, se deben unos importantes Apuntes sobre yemas de Derecho Agrario (1974) y las Breves apostillas sobre temas de Derecho Civil. Derechos Reales (1998) que, asiduamente, consultan los alumnos de nuestra Facultad; es de lamentar, eso sí, que no se haya animado a reeditar y actualizar los sobredichos trabajos".

Desde el 16 de enero del 2012, por mérito de la Resolución Rectoral núm. 17458, que plasma el sentir de los profesores y alumnos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, se desempeña como Decano.

V. DISCURSOS

DISCURSO DE ORDEN DEL PROFESOR LUIS VELANDO PUERTAS CON OCASIÓN DE LOS CINCUENTA AÑOS DE CREACIÓN DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

LUIS IVÁN VELANDO PUERTA
PROF. DE DERECHO SUCESORIO

Señor Rector de la Universidad, Doctor Abel Tapia Fernández
Señor Vicerrector Académico, Doctor Manuel Vásquez Huerta
Señor Decano de la Facultad, Doctor Luis Vargas Fernández
Señor Presidente de la Comisión de Festejos, Doctor Héctor Delgado Castro
Señores invitados, docentes, ex-docentes, egresados, personal administrativo y de servicio, alumnos, padres de familia
Señoras y señores

1. Agradecimiento preliminar

Agradezco al consejo de facultad la designación que no responde a mérito personal alguno, sino al destino, que me hizo su alumno de 1963-1969 y docente de 1971 a la actualidad.

Estoy aquí por una mujer, pues estando en edad de merecer, visitaba a una niña que pensionaba en casa del Dr. Leopoldo Cuentas, muy cerca de aquí, así, un domingo de octubre el nombrado me propuso remplazarlo en el dictado del curso de Derecho Peruano, al haber sido cambiado a Lima como integrante del cuerpo Jurídico Militar, propuesta que acepte y desde un 1º de noviembre de 1971, comencé su dictado hasta hoy que, aquí me tienen, 48 años de los 50 que celebramos, si algún merito tengo corresponden a mis padres que me enseñaron a asumir la vida con responsabilidad y vivirla digna.

2. Presentación

Este es un discurso en ocasión a los 50 años de existencia de nuestra Facultad, entonces, solo puede ser de recuerdos, reconoci-

mientos y gratitudes.

3. Creación de la Universidad y de la Facultad

A decir del Padre Carlos Escudero, asistente del Arzobispo de la ciudad Monseñor Leonardo José Rodríguez Ballón, esté consideraba que la Universidad pública, la de San Agustín, había caído en manos del comunismo, personificación del mal, siendo necesaria la creación de una Universidad Católica en la que pudieran estudiar los hijos de los católicos. Es así que, con la colaboración del Primado Juan Landázuri Ricketts, buscó en Lima una congregación que pudiera encargarse de su creación y de asumir su gestión. Se contactó con la Sociedad de María, los "Marianistas", quienes regentaban dos colegios: San Antonio en el Callao y Santa María en San Isidro. La congregación designó al Padre William Morris Cristhy, quien gestionó su creación, formalizada por D.S. núm. 024 del 06 de diciembre de 1961, suscrito por el Ministro de Educación Darío Acevedo Criado y rubricado por el Presidente Manuel Prado Ugarteche, con el nombre de Universidad de Santa María, con el carácter de privada.

Fue la sapiencia popular la que, desde el inicio la llamo "Católica" o simplemente "La Cato" y, en la documentación formal de la Universidad también se usó el apelativo "Católica" es decir que su uso ha devenido en un derecho consuetudinario que alcanzo nivel legal con promulgación del D.S. núm. 17437 y confirmado por Ley 23733, que en su art. 97, numeral 14 la reconoce como "Universidad Católica Santa María".

La universidad comenzó a funcionar en abril de 1962, en la Casona de propiedad del Arzobispado ubicada en Calle Santa Catalina esquina con Puente Grau, y se organizó con dos años previos, de estudios generales, con proyección a cuatro Facultades: Educación, Enfermería, Ciencias Económicas y Derecho. En esta Casona funciona hasta 1967 y, a partir del año siguiente lo hizo en Umacollo.

El terreno de 27 mil metros se adquirió en 1964 y las construcciones se hicieron en los subsiguientes años del modo siguiente. Pabellón "A" con donación de la Internacional Petroleum Company; el "B" con el aporte de los Obispos Alemanes "ADVENIAT"; y el "C" con la donación de Southern Perú Cooper Corporation, por gestión del Padre Morris.

El primer Campo Deportivo fue un pequeño espacio de poco menos la mitad de una cancha de vóley ubicada en el segundo patio de la Casona de Santa Catalina. Escenario de arduos partidos: testigo la higuera de la esquina de ingreso por el zaguán del lado derecho. El segundo campo fue el espacio que hoy ocupa el pabellón "D", en el que se jugó fútbol, con un par de pedrones por arcos. Cuando se construye este último pabellón el campo se trasladó a lo que hoy es el complejo deportivo, con frente a la Av. San Jerónimo.

4. Día institucional

Como queda señalado la Universidad se creó un 06 de diciembre de 1961, siendo éste el Día Institucional. Resulta que el 06 de diciembre de 1988, se promulgó la Ley 294949 de creación la Policía Nacional del Perú, integrado los cuerpos de la Guardia Civil, la Republicana y la de Investigaciones. Coincidiendo la celebración de ambas instituciones el día 06 de diciembre se generaron problemas de concurrencia de las autoridades de la ciudad, motivo por el que, mediante Resolución N° 1133-CU-95, se trasladó la celebración de la Universidad al 08 de setiembre de cada año, pretextándose que en esta fecha se conmemora la natividad de la virgen. Recuerdo que también el 08 de diciembre se celebra a María Inmaculada por lo que viene bien el dicho "A otro tonto con este cuento".

5. Nombres de la Facultad

El primer nombre fue "Facultad de Derecho". A raíz de la dación del Decreto Ley 17437 del Gobierno de facto de Juan Velasco Alvarado y de su Reglamento el "Estatuto General de la Universidad Peruana" cambio al de "Programa Profesional de Derecho"; y por la vigencia de la Ley 23733 y el Estatuto de esta Universidad, varió a "Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas", con su Programa Profesional de Derecho y su "Departamento de Ciencias Jurídicas".

6. Crecimiento y desarrollo

En los primeros años el número de alumnos por año no fue mayor a 20 y 30; paulatinamente fue incrementándose de modo que al año de 1985, y sobre todo en los primeros semestres el número creció a más de 100 y algunas veces hasta 130, lo que obligó a su desdoblamiento en dos secciones. En la medida que la calidad y consiguiente prestigio aumentaba, el número de los alumnos por semestre llegó a 200, por lo que se impuso una tercera sección a partir de 1997, número que se mantiene a la fecha.

La estadística elaborada por la oficina correspondiente evidencia que en los últimos 10 años, el número promedio de alumnos por semestre es de 1,150 que sumado a un bajo costo operativo hace que la Facultad presente en mejor rendimiento económico de toda la Universidad, en base a lo que, sin temor a equivocarnos sostenemos que, no menos de un tercio del patrimonio de la Universidad ha sido aportado por ella.

El año 2002, el consejo de Facultad creó la "Unidad de Especialización y Diplomados" que no fue implementada en las gestiones de gobierno siguientes. Es recién en la presente de Luis Vargas Fernández que, con el invalorable empeño de Jorge Luis Cáceres Arce, la Unidad comienza a funcionar el 2009 con dos Diplomados: en "Ciencias Políticas" y "Derecho Procesal Constitucional"; el 2010 con las Segundas Especialidades en "Derecho Público y Gobernabilidad" y "Derecho en la Gestión Pública"; y el presente año una en "Derecho Procesal Civil" y otra en "Derecho Procesal

Penal", todas con singular éxito por la bondad de sus currículas y el prestigio de los docentes que dictan las materias; combinando la participación de profesores de Lima y de esta ciudad. Se tienen programadas para el año entrante las Especialidades de "Derecho Laboral" y repetir la de "Procesal Penal".

El desarrollo del que da cuenta se presenta dentro de la más grande competencia pues en la ciudad existen diez Facultades de Derecho en la Región Sur otras tantas más, lo que no ocurre con ninguna otra carrera profesional y así somos la primera y mejor Facultad en estos ámbitos territoriales.

Contando la Facultad con pregrado en Derecho, la Unidad de Especialización y Diplomados, estando en ejecución el proyecto del Programa Profesional en "Ciencia Política y Gestión Pública", es tiempo que asuma la gestión de sus propia unidad de Postgrado, para ejecutar Maestrias y Doctorales, como la faculta el Estatuto de la Universidad. No sea que lleguemos a los cien años y no hayamos asumido el reto.

7. Consultorio jurídico gratuito

Fundado el 08 de octubre del 1978, a impulso de Ramiro de Valdivia Cano, su primer coordinador, con el apoyo económico de los obispos Alemanes "MISERERE" inició actividades en un ambiente del pabellón "E" de esta Sede, de aquí paso a una oficina de la casa núm. 219 de calle San Francisco, cedida por la Municipalidad de Arequipa; luego se trasladó al edificio "El Deber", ocupando primero una oficina del primer piso y después dos en el tercero; para finalmente hacerlo en el segundo patio de la Casa de Cultura sita en la Merced N° 110, cuya compra fue gestionada por una autoridad de la Facultad.

Sus encargados o coordinadores, entre otros fueron: Ramiro de Valdivia Cano, José Butrón Valencia, David Dongo Ortega, Alfonso Lazo Herrera y actualmente Gabriel Torreblanca Lazo, quienes con la gestión de los Decanos de turno, fueron implementándolo con muebles, equipos y otros bienes, erigiéndose como el mejor consultorio gratuito de todo el País, como lo ha reconocido el Ministerio de Justicia.

Cumple su importante gestión social con el apoyo de docentes asignados y de alumnos de últimos semestres en número no menor de 50 por año, para quienes a la vez constituye centro de prácticas profesionales.

Atiende a personas de recursos económicos limitados en las áreas de derecho de Familia, Laboral y Penal, preferentemente.

8. Biblioteca especializada

A principio de la década de los noventa, por iniciativa de José Butrón Valencia, se creó la Biblioteca Especializada funcionando en el propio ambiente de la Facultad, con la donación de libros de los docentes de ella y profesionales amigos de éstos. Era atendida por egresados y alumnos de último año, con las limitaciones

de disponibilidad de tiempo. Por este motivo reiteradamente se solicitó a la autoridad partida para la adquisición de libros jurídicos de actualidad y la asignación de un trabajador administrativo para su atención, pedido que nunca fue atendido. Frente a esta triste realidad el año de 1997, el consejo de Facultad acordó su integración a la Biblioteca Central de la Universidad, lo que puso término a esta buena iniciativa.

9. Fundación Luis de Taboada Bustamante

La creación de la Fundación fue propuesta por Alfredo Lozada Núñez, formalizándose en E.P. ante el notario E. Benavides B; financiada con aportes de los docentes de la Facultad para propiciar su producción académica, es así que, en el período 1997/2002 se publicaron 26 libros, recordando entre otros los de José Luis Yucra Quispe, Mauro Pari Taboada, Alfredo Lovón Sanchez, Juan Carlos Valdivia Cano, uno de ellos de título sugestivo: "Caja de Herramientas", a Jorge Cáceres Arce, sobre materias constitucionales, Pedro Planas; Rolando Luque y algunos más.

Es oportuno, hacer un especial recuerdo de Pedro Planas Silva, quien nos acompañó en múltiples actividades vinculadas a materia constitucional: Seminarios y Congresos. En una jornada de ellos, siendo aproximadamente las 8 de la noche, Pedro "moría de sueño", Nadia Iriate lo mantenía despierto a "punta de cafés". Terminada la jornada le dije: Pedro ve a dormir, me prometió hacerlo, al día siguiente me enteré que había estado despierto hasta las 2 de la madrugada con un grupo de alumnos. Así era Pedro, entregado, comprometido, incansable. Es poco todo lo que de él se puede decir. "Murió al pie del cañón" participando en un Congreso de Derecho Constitucional en Huancayo, un infarto puso término a su corta pero fructífera vida. Todo lo narrado compromete nuestra gratitud, la que hacemos llegar a su viuda e hijo Pedrito.

La Fundación también ha asumido la publicación de la Revista de la Facultad en los últimos años, excepto la correspondiente al 2010, que asumió la administración central y que, hacia pocos días a "Dado a Luz" con muchas deficiencias.

10. Presencia de la Facultad interna y externamente

La facultad, sus profesores y alumnos han tenido y tienen permanente presencia en la vida Universitaria interna y externamente así, los Doctores Humberto Núñez Borja, Juan Manuel Polar Ugarteche, Luis de Taboada Bustamante, y otros se encuentran como Consejeros del Padre Morris.

En los sucesos de 1973; una huelga de los estudiantes de Odontología en Pro de la Clínica para la realización de sus prácticas, motivó el receso de toda la Universidad por lapso prologando, los Doctores Francisco Chirinos Soto, Alfredo Cornejo Chávez, Jaime Valencia, Carlos Montoya y otros intentaron mediar en busca de solución, no siendo atendido como se debiera, por el Padre Morris, por un mal consejo de uno de sus asesores, por lo que hubieron de

recurrir al CONUP, el que intervino la Universidad, designándose una comisión de Reorganización y Gobierno, presidida por el Dr. Raúl Zamalloa Armejo la que terminó su cometido en diciembre de 1975, designándose luego la Comisión de Gobierno presidida por el Dr. Francisco Chirinos Soto.

Los acontecimientos mencionados dieron lugar a la formación de la Asociación de Docentes de la Universidad, "ADUCA" encontrándose entre sus fundadores los nombrados y algunos otros como Javier Rodríguez y quien les habla, a quien cupó preparar su primer Estatuto. Han ocupado su presidencia Francisco Chirinos Soto, Ramiro Valdivia Cano, Arturo Lira Linares, Arquímedes Revilla, entre otros.

El 2002, por diferencias entre los grupos de opinión Docente se creó el SIDUCA, obligando a ADUCA a convertirse en SINDICATO, participando en la gestión Jorge Cáceres, David Dongo Ortega, quién les habla y otros. El primer Secretario General del sindicato ADUCA fue nuestro recordado José Butrón Fuentes, también lo han sido Jorge Cáceres Arce y Gabriel Torreblanca Lazo.

En 1998, como consecuencia de la Destitución por el Congreso del Gobierno Dictatorial de Alberto Fujimori Fujimori, de tres Magistrados del Tribunal Constitucional, por tener opinión contraria a su arbitraria pretensión de reelección, los Doctores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo de Mur, los alumnos de la Facultad y su Decano salimos a la calle, a la plaza pública, en acto de protesta y de defensa del Estado de Derecho, actitud que no fue del agrado de la Autoridad Universitaria pero si de la comunidad Arequipeña, habiendo sido la primera y única Universidad que lo hizo en la ciudad.

Los nombrados Magistrados conjuntamente con el Dr. Nuggent llegaron a nuestra Universidad en los días posteriores y expusieron, ante una nutritiva asistencia de profesores y alumnos los motivos jurídicos que sustentaban su posición contra la reelección.

El año 2000 frente a la pretensión del mismo gobierno de Fujimori de eludir la "Segunda vuelta" en el Proceso Electoral en curso, los alumnos de la Facultad lavaron la Bandera Patria en los patios de la Universidad y posteriormente en unión de su Decano salimos nuevamente, a la plaza pública y de allí al local del Jurado Departamental de Elecciones exigiendo su realización.

Finalmente se recuerda que los alumnos de nuestra Facultad han tenido participación activa en la creación de la "FUCAR" habiendo sido sus Secretarios Generales José Butrón Fuentes, Francisco Carreón Romero, José Luis Balta y Alberto Lajo, entre otros. En algunas "tomas de locales" y "guardias nocturnas" se gestaron amores que terminaron en el altar.

11. Aspecto académico: Currículas

Al inicio de los estudios profesionales, la currícula fue de 7 años, 2 de estudios previos y 5 de formación profesional. Su contenido, fue el tradicional igual al que se seguía en la universidad pública

de San Agustín y otras de la capital, siendo materia de pequeños ajustes. Los cursos eran de duración anual.

Por disposición del D. L. 17437, no solo cambio la denominación de Facultad a Programa Profesional, sino que también se implantó la semestralización y el creditaje y se crearon los Departamentos Académicos.

Alrededor de 1987 se redujo la duración de los estudios a 6 años, uno previo y 5 de formación profesional y, en el empalme, hubo una promoción con 6 años y medio.

A partir de 1996 se va diseñando una nueva currícula, organizada sobre una estructura clara y definida: una formación integral humanista y científica, con sólidos conocimientos en todas las áreas del Derecho. En el 2001, se mejora y actualiza.

La currícula vigente desde el 2009 tiene la siguiente estructura: Formación básica no profesional con tres líneas: humanista, científica y empresarial.

Formación profesional, con dos líneas: básica y especializada en cuatro áreas, Civil y Procesal Civil; Penal y Procesal Penal; Derecho de la Empresa y Derechos Estaduales o Administración Pública.

Se anota que, ya en la currícula de 1996 se incluyeron los cursos de Conciliación y de Derecho Ecológico, siendo pionera en la incorporación de estas materias. En la vigente, han cambiado de denominación, la primera a Medios Alternativos de Solución de Conflictos y la segunda a Derecho del Medio Ambiente.

En la currícula 2009, vigente, se han introducido dos nuevos cursos: "Derecho Procesal Constitucional" y el de "Derecho del Consumidor: Organismos de Control". Como se aprecia la Facultad tiene una vocación de permanente actualización de la currícula de su programa profesional de Derecho, considerando que es una de las mejores de las Universidades del País, y en nuestra consideración, definitivamente la mejor.

Finalmente se señala que el contenido de los cursos es teórico-práctico y que en los últimos semestres se realiza una práctica intensiva en 6 cursos denominados "prácticas forenses".

12. Autoridades

Fueron como Decanos o Directores de Programa los doctores: Alberto Ballón Landa, Juan Manuel Polar Ugarteche, Humberto Núñez Borja, Alberto Heredia Márquez, Germán Rodríguez Escobedo, Alberto Paliza del Carpio, José Butrón Valencia, Ramiro de Valdivia Cano, Alfredo Lozada Núñez, quien les habla, Enrique Angulo Paulet, Oscar Urviola Hani y, en la actualidad, Luis Vargas Fernández.

Varios de los nombrados también fueron Jefes de Departamento Académico y algunos Coordinadores Académicos, agregándose a aquellos Alfredo Cornejo Chávez, Hernán Pretto Glave, Oscar Díaz Valverde, Factor Linares, Henry Guillén Sosa, y a éstos, Dante

Valdivia Zegarra y Luis Valenzuela Valencia.

Corresponde destacar la figura de Alfredo Lozada Núñez, quien gestionó el Decanato en dos periodos sucesivos, siendo de recordar la instauración de premios a los mejores alumnos de la promoción, recordatorios a los profesores que cesaban, almuerzos mensuales de confraternidad; creación de la fundación Luis de Taboada Bustamante. Hombre entregado, comprometido y dedicado; generoso y desprendido asumió los gastos de representación del cargo con recursos propios. Al término de su gestión sobre un remanente de fondos de 1,900 soles agregó de su peculio 600 y compró dos equipos de cómputo para la Facultad, pues los que tenía eran obsoletos y la administración Central no atendía nuestras necesidades y pedidos.

No todas las Autoridades pueden presentar lo que hizo Alfredo. Es que en toda la Institución hay quienes dan, entregan, aportan y otros que cosechan y recogen por esto es bueno, parodiando al Presidente Kennedy, decir: "No preguntes que ha hecho la Facultad por ti sino, qué hiciste tu por ella".

13. Docentes de la primera década: 1962 a 1971

De los estudios generales o Aaos previos recordamos a los Doctores Manuel Veramendi e Hidalgo, Gustavo Quintanilla Paulet, Benjamín Román Manrique, Jorge Cornejo Polar, Jaime Veramendi y Serra, Enrique Ballón Aguirre, Pascual Salas del Carpio, Buenaventura Parodi, Thomas Schebrle, el Padre Aguas, las Madres Sor Juana y María Loyola, además claro está, el Padre Morris.

Hubo uno llamado Pablo Sebastián, "zapatón". Muy alto y de pie muy grande, de aquí el sobrenombre. De él un Docente de la Facultad aseveraba que era espía de CIA, y que desde el tercer piso del pabellón "B", en donde existían unas antenas, se transmitían y recibían mensajes cifrados. Los alumnos con sentido histriónico decíamos que los transmisores los tenía en los tacos de sus enormes zapatos.

En la Facultad; tenemos como primeros docentes a los Doctores: Luis de Taboada Bustamante, Juan Manuel Polar Ugarteche, Alberto Ballón Landa, Humberto Núñez Borja, Alfredo Cornejo Chávez, Francisco Chirinos Soto, Carlos Montoya Anguerry, Antonio Villa Calvo, Edilberto Zegarra Ballón, Jaime Valencia, Juan Guillermo Bedoya Andía, Hernán Pretto Glave, Germán Rodríguez Escobedo, Oscar Díaz Valverde, Ana Beltrán de Martínez, Abraham Talavera Delgado, José Butrón Valencia, Leopoldo Cuentas Bedregal, Luis Cornejo Álvarez, José Antonio Aranibar Muñoz Najar, Eduardo Benavides Arévalo, Alfredo Lozada Núñez y terminando la década a Javier Rodríguez Velarde y quien les habla.

Juan Guillermo Bedoya Andía, Vocal de la Corte Superior hombre mayor alguna vez que llegaba tarde era recibido, al término del zaguán de ingreso a la vieja casa de Santa Catalina por Padre Morris, quien palmeándole la espalda le decía: "Oh joven llega tarde".

Lo docentes de esta primera década, en su mayoría, fueron invitados por el Padre Morris en razón de su prestigio profesional y calidad personal; ninguno tenía pretensiones económicas. Enseñar en la Facultad era un honor, un verdadero magisterio; ¡Cómo cambian los tiempos!

13. De la segunda década: 1972 a 1981

Encontramos entre éstos a los Doctores Ramiro Valdivia Cano, Alberto Paliza del Carpio, Eduardo Cáceres Bedoya, Héctor Díaz Valdivia, Luis Valenzuela Valencia, Jaime Galdós Larru, Enrique Angulo Paulet, Dante Valdivia Zegarra, Héctor Delgado Castro, David Dongo Ortega, Oscar Urviola Hani, Factor Linares Málaga, Luis Vargas Fernández, Marco Falconí Picardo, Gabriel Torreblanca Lazo, Cesar Fonseca Tapia y algunos más de poco tránsito por la Facultad.

En este período se nota que varios de los ex alumnos de la Facultad vuelven a ella como Docentes, evidenciando el compromiso que hemos aludido.

15. Docentes de la tercera década: 1982 a 1991

Recordamos a los Doctores Alfonso Lazo Herrera, José Butrón Fuentes y Juan Carlos Valdivia Cano.

Como se aprecia son pocos, por la razón que en la década anterior llegaron muchos jóvenes no presentándose, por tanto la necesidad de nuevos docentes.

16. Cuarta década: 1992 al 2001

Se incorporaron los Doctores Jorge Cáceres Arce, Mauro Pari Taboada, José Luis Yucra, Henry Guillén Sosa, Alfredo Lovón Sánchez, Arquímedes Revilla Pullchs, Julio Virrueta Revilla, Julio Armaza Galdos y José Suarez Zanabria.

La mayoría de ellos también ex alumnos de la Facultad, anotando que su ingreso ya fue por concurso de méritos, en la mayoría de casos.

17. Quinta década: 2002 al 2011

Ingresaron Fernando Bustamante Zegarra, Ana María Amado, Guillermo Zavalaga, Carlos Rodríguez Martínez, Claudia Pía Chirinos Pacheco, James Fernández Salguero, Juan Carlos Agramonte, Mary Luz Catacora, William Farfán Rodríguez, Gerardo Zegarra Flores, Carlos Neyra Amat, Saulo Peralta y Mauricio Matos Zegarra. Casi todos egresados de la Facultad.

18. Profesores honoris causa y honorarios

Por la nutrida actividad académica desarrollada por la Facultad en congresos, encuentros, seminarios, conferencias y otras formas, se contó con el concurso de prestigiosos Docentes extranjeros y nacionales y de otros personajes de la vida pública nacional, a quienes en acto de justicia se les designó como Profe-

sores Honoris Causa; entre estos tenemos a los Maestros Eugenio Raúl Zaffaroni, Jose Cerezo Mir, Carlos María Romeo Casabona, Lessandro Piezzorusso, Domingo García Belaunde; y como Honorarios a: Guillermo Cabanellas Torres, padre e hijo, Fernando de Trasegnies Granda, Jorge Peyrano, Luis Diez Picaso, Marcial Rubio Correa, Luis Aparicio Valdez, Luis Bedoya Reyes, Valentín Paniagua Corazao, Rodolfo Robles, los hermanos Borda, Guillermo Lohomann, Luca de Tena, Carlos Fernández Sessarego, Max Arias Shereiber, Manuel de la Puente Lavalle, Adolfo Alvarado Velloso, Carlos Ramos Núñez, Hector Fix Zamudio, Néstor Sagues y muchos otros.

Recuerdo que en el 2002 la Facultad organizó un Seminario sobre materia Constitucional; para la segunda Jornada estuvo programada la participación del Dr. Paniagua, quien llegó a la ciudad a primera hora de la noche, el encargado de recogerlo fue Jorge Cáceres Arce. Lamentablemente por el mal llamado "Arequipenazo", la ciudad quedó paralizada, las vías bloqueadas, en el tránsito del Aeropuerto a la Universidad interrumpido. Coco paso una y mil dificultades al punto que perdió el parachoque de su auto. El Dr. Paniagua llegó a las ocho y media, cuando la actividad ya estaba suspendida. Al día siguiente, el Dr. Paniagua muy temprano, marchó al Aeropuerto y, recién a medio día pudo retornar a Lima en el avión que trabajo la policía de la UDES.

19. Personal administrativo, de servicio y de apoyo

En la concepción moderna de la empresa constituye el primer y principal elemento del éxito. Al personal debe reconocérsele su condición de hombre humano y tratársele como tal. A este recurso hay que comprometerlo con el emprendimiento de modo que haga lo que debe hacer por sí mismo sin que haya que exigírsele.

La concepción señalada fue asumida por los trabajadores asignados a la Facultad.

No hay actividad humana que pueda realizarse sin la necesaria y valiosa participación del personal nombrado. Es por esto que, de los primeros tiempos de la Universidad recordamos a Carmen Veramendi y Serra como secretaria de la Universidad y a Roberto Robles Lajara, "El Abuelo", quienes con la colaboración del Padre Morris cumplieron su tarea, pues soy testigo de excepción al haber visto a Padre Morris los días sábados, escoba y recogedor en mano apoyar al abuelo en la tarea de limpieza de las aulas.

En lo que respecta a la Facultad nombramos a Elsa Meza Vargas, Arnulfo Herrera, Nelly Rojas Fuentes, Delby Aguilar Valverde, la que más permanencia tuvo; Carmen Bellido, Teresa Quicaño y a la fecha, Eliana Laos Torres, Dunia Rosas Lazo, Samira Béjar y Martha Mestas en el Consultorio Jurídico.

Resalto a Eliana siempre puntual, proactiva, comprometida con la unidad.

20. Egresados graduados y titulados

Miles de miles, estimando un promedio de 120 o más en los últimos 20 años. Son 44 promociones que han egresado. Las primeras fueron de 15 ó 20 alumnos, las últimas de 140 a más. Las más antiguas al cumplir los 25 años de egreso dejaron placas de bronce vaciado, las que se han perdido pese a los esfuerzos de búsqueda. ¿Será por el alto precio del metal?

21. Al día de hoy tenemos más de 4000 bachilleres y abogados

Entre los integrantes de la primera promoción recuerdo a Anita López de Romana, Cesar Chávez Velando, "Papi Veramendi", Jaime Beltrán; de la mía a Martha Montes de Oca, Rosario Muriello, "Manzana Salas", Tintin Fernández, "Pepe Bacigalupo"; de la tercera a Mauricio Chavaneix, David Dongo y Julio Morriberón.

Es materialmente imposible nombrar a todos, bastará señalar que muchos son profesionales de éxito en la Administración Pública; Judicatura, Ministerio Público, Diplomacia y también en la actividad privada. Conociendo la naturaleza humana, todos esperan ser nombrados y, de no hacerlo se sentirán resentidos por inmerecido agravio y aún entre los nombrados todos esperan ser los primeros. El motivo es el eterno problema entre el yo que no necesita nada y el ego que necesita mucho. Además, hay que tener presente que no todo lo que brilla es oro. Por estas razones y en cumplimiento del precepto del señor que los últimos serán los primeros, el recuerdo se personifica en aquellos que de modo silencioso, callado, casi anónimo usan conocimientos, inteligencia para hacer el bien, para servir; para que, en base a la verdad sea la justicia. Creo que la finalidad es el servicio y no el enriquecimiento, pues cuando nos toque partir nos iremos como vinimos y todo lo material quedará en este mundo.

No obstante lo señalado, nombro a Carlos Ramos Núñez, excelente académico que por su producción intelectual ha recibido las más altas membrecias por parte de universidades del país y del extranjero, y a quien el Congreso del pasado Gobierno negó integrar el Tribunal Constitucional, sea esto un pequeño pero justo desagravio.

Siendo humanos, somos imperfectos, y esto trae consigo el mal, por tanto siempre es oportuno, reconvenir a quienes por mezquinos motivos fuercen la verdad y la justicia, les digo que nunca es tarde para enmendar, que detrás de la mentira y la injusticia hay sufrimiento humano que clama al cielo. Será bueno hacer examen de conciencia y propósito de enmienda.

22. Agradecimiento final

Estando a los hecho referidos y a las personas nombradas, corresponde expresar nuestra gratitud a Monseñor Leonardo José Rodríguez Ballón; al Reverendo Padre William Morris Christy, a nuestros Docentes Fundadores, Docentes Honoris Causa y Honorarios, al Personal Administrativo y de Servicio; a nuestros Egresados,

quienes en su medida y participación permiten que nuestra Facultad sea la que es, la primera en la Ciudad y en la Región y una de las mejores a nivel Nacional.

A los presentes por su asistencia y paciencia en escuchar este breve recuerdo de la vida de nuestra Facultad.

EVOCACIÓN DEL PENSAMIENTO LIBRE DE DON MANUEL DE RIVACOBIA EN SU VINCULACIÓN CON LA VIEJA INSTITUCIÓN.

HUGO E. MARZI RIVERA

"Por último una idea siempre importante, pero particularmente importante de considerar, cuando faltan pocas semanas para conmemorar y celebrar el inicio del segundo centenario de la gran Revolución, a saber, que sólo viviendo en libertad y compartiéndola con todos, sólo desde y en la libertad, no resultan un ludibrio y a la postre un sarcasmo trágico la igualdad y los intentos y esfuerzos por lograrla, y cobra sentido y resulta asequible la fraternidad".

Del liberalismo a la democracia, Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Manuel de Rivacoba y Rivacoba en el acto de su ingreso a la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, celebrado en Bilbao el 11 de mayo de 1.989 y que se incluye en *Violencia y justicia*, p. 141 a 156.

1. Proemio

Primero, agradecer a los organizadores de esta Jornada, especialmente al Profesor Doctor José Luis Guzmán Dálbora por haberme invitado a intervenir en esta solemne ocasión, invitación que acepté de inmediato. Enterado del título de la Jornada y requerido por el que yo daría a mi exposición, opté por el antes expresado, debiendo ahora explicar las razones que tuve para ello.

Empiezo explicitando que con lo de la vieja institución me refiero específicamente a la masonería, la gratitud ya expresada se ve aumentada por el hecho de permitirme hablar en esta Sala de Consejo, que tiene el nombre Ítalo Paolinelli Monti, un hombre que perteneció a la masonería por cerca de cincuenta años y murió, como decimos entre nosotros, "de pié y al orden", hace unos años.

Don Manuel, tengo la convicción, fue un masón antes de ser iniciado, así lo acreditan sus sólidos conocimientos y adscripción

a la filosofía de Kant y a la de los filósofos de la Ilustración, que son unos de los referentes mayores de la masonería, especialmente de la francesa, desde donde proviene la nuestra; a lo que cabe agregar el núcleo más importante de los precursores e instaladores de la República española en la primera mitad del siglo pasado, destacando entre estos a la figura egregia de Don Luis Jiménez de Asúa, quién lo recibiera en su exilio en la República Argentina, al que reconociera como su Maestro; y, finalmente, apenas llegado a Valparaíso, respondió a la invitación que se le hiciera, siendo iniciado en la Logia "Progreso" núm. 4, el 19 de octubre de 1967, donde veinte años más tarde me invitara y me pusiera en contacto con su amigo y Muy Querido Hermano Joaquín Badilla Valenzuela, para que patrocinara mi insinuación, lo que así hizo, cuestión que le agradeceré toda mi vida, ingresando a ella luego de un proceso que me pareció largo, siendo iniciado el 11 de agosto de 1988, de eso hace un poco más de dos docenas de años, en que he permanecido inviolablemente adicto a ella, lo que me ha permitido escoger el tema de mi exposición, con algún conocimiento de causa.

Este conjunto de hechos son los que han motivado la elección del tema; también por algo que escuché en esta misma Sala de Consejo, hace muchos años, cuando se celebraban unas Jornadas anuales de Ciencia General del Derecho, un Profesor de la otra Universidad tradicional de esta ciudad, ejemplificando sobre lo perversas y perniciosas que son las sociedades secretas, citó: el Ku Klux Klan, la masonería y la cosa nostra; y más, la lectura reciente de tres libros que me parecen atinentes al tema que me he propuesto desarrollar:

"El hijo de Temis o la sombra negra de Cervantes" de Carlos Anabalón Sanderson, ministro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de quien me he informado que no fue masón y al que se le cerraron todas las puertas para editarlo después de cuatro lustros, como lo explica en sus Palabras iniciales, vio por fin la luz en la Editorial de esta Facultad en el año de 1970, por lo que el autor agradece al: "Director de nuestro establecimiento Don Juan Carrasco Acuña, en unión de los profesores del mismo, don Adolfo Carvallo Concha, don Ítalo Paolinelli Monti y don Renato Damilano Bonfante," la que yo he leído hace poco, después de haberla tenido a la mano por más de cuarenta años, siendo todo un descubrimiento que comparto; "Miguel de Unamuno. Cartas del destierro. Entre el odio y el amor", edición de Colette y Jean-Claude Rabaté, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012; y, especialmente, "Ligero de equipaje. La vida de Antonio Machado", de Ian Gibson, segunda edición, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2007.

La primera de las obras nombradas no me consta que la hubiera leído, pues no recuerdo que me la haya comentado, pero sí estoy cierto que hubiese sido de su interés por el tema tratado, atendido su declarado afecto por quienes han cultivado el género de vincular

Derecho con Literatura y su acendrada españolidad, que lo hacía admirar incluso a quienes estuviesen en las antípodas de su pensamiento, siempre que fueran estudiosos, cultos, serios y escribiesen bien, por ejemplo, el historiador del Derecho chileno, Jaime Eyzaguirre; la segunda, del magnífico rector salmantino cuya correspondencia desde su destierro, en que las muchas de sus diatribas y dicterios contra la tiranía las suscribiría, sintiéndose muy representado y siendo él mismo un gran exponente del género epistolar; y, sobre todo, la tercera, si la hubiese tenido ante sus ojos, lo hubiese complacido pues se trata de una reconstrucción y reivindicación muy maciza, partiendo desde los promedios del siglo XIX, con la vida del abuelo de Antonio Machado, del pensamiento disidente de la España clerical, martillo de la cristiandad.

II. Concordancia del pensamiento de D. Manuel de Rivacoba con la masonería por medio de párrafos extraídos de textos que se incluyen en el libro, cuya puesta en circulación de su segunda edición motiva esta jornada.

Enterado de la crítica que en esta Jornada no se saludaría al libro, cuya segunda edición se pone hoy oficialmente en circulación, me he propuesto desarrollar mi exposición citando párrafos de textos que se incluyen en él, en los que me parece más resalta la concordancia con los principios que informan, los valores que proclama y los fines que persigue la masonería.

Así partiré mencionando "Aproximación a utopía", que se encuentra entre las páginas 254 y 284 de "Violencia y justicia", que fue su Discurso de incorporación como Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, pronunciado el 11 de julio de 1985, de donde cito:

"Ciertamente, para esto el hombre ha de modificarse, desplegando las virtualidades que latén en su naturaleza y que le remontan desde su condición actual hasta su plenitud física, intelectual y moral, que le permita el dominio de cuanto le rodea y de sí mismo y una convivencia sin roces con sus semejantes, en una armonía universal. En otras palabras el utopismo se apoya en una filosofía evolucionista.

Con lo cual, insensiblemente la historia como una línea que tiende a la utopía, que se empina por llegar hasta sus puertas y que culmina en ella. O en otros términos: el utopismo supone una concepción progresista de la historia.

Se comprende, pues, que el pensamiento utópico no cese de ser un juego mental, que combina ideas, sentimientos y deseos, sin ninguna finalidad ulterior, y no cobre seguridad y se proponga fines prácticos. Sino muy en las postrimerías del siglo XVIII y, sobre todo, en el XIX, esto es, cuando en la Filosofía, no digamos que se descubre, porque son antiguas, pero sí que se han abierto camino y están afianzadas, porque es su hora, las nociones de evolución y progreso.

Ya he apuntado la inclinación de algunos utopistas por Condorcet, el filósofo por excelencia del progreso universal. Su idea de que el hombre, naturalmente bueno, es capaz de una perfección ilimitada, y su confianza, más conmovedora que le animó en las tribulaciones que precedieron a su muerte, en que llegará el momento en que el sol no alumbre sobre la tierra sino a hombres libres que no reconozcan otro señor que a su razón, en que el hombre vivirá verdaderamente con sus semejantes en un eliseo que su razón ha sabido crear y que su amor por la humanidad embellece con sus más puros goces, constituyen la expresión más hermosa de los necesarios soportes de toda utopía." (pp. 276 y 277).

Y, más adelante, ya al finalizar este Discurso:

"Las épocas utópicas son, además, en congruencia, de abierto sentido humanístico, confiando en la razón y la acción ilustrada de los hombres para enaltecerse a sí mismos y dignificar la vida. Y, también, en fin de aprecio, cultivo y avance de los saberes acerca de la naturaleza, con que domeñar ésta, extender el reino del hombre sobre todo el orbe y hacer de él una morada amable.

Sin perjuicio de que se observen asimismo en otros momentos análogamente propicios para el pensar utópico, estos rasgos fulgen sobre todo en el período desacralizador que fue el esplendor ático, durante el cual aparecieron en la civilización clásica las primera utopías; y, más adelante, en el Renacimiento y el tiempo que lo subsiguió y en cierto modo lo complementó, cuando en la fe que había unido a Occidente se incuba e irrumpe la protesta y la fragmentación religiosa, y los hombres abandonan el temor a la infelicidad eterna y quitan sus ojos de las visiones y la bienaventuranza celestial, mirándose, en cambio, con complacencia y arrogancia y mirando alrededor con amor y curiosidad, época que fue de las utopías por antonomasia, y a partir del siglo de la razón y de las luces, cuando Dios se desvanece en los horizontes humanos, la naturaleza se hace desafío, empeño y sentimiento, y no sólo las mentes son pródigas en cencebir y proyectar sociedades ideales, sino que los ánimos se arrojan en conquistarlas.

O sea, dicho muy resumidamente, que, cuando el componente místico se desvía de lo divino, se orienta con la utopía en el común de los individuos hacia la humanidad y tal vez también, en armonía con ella, hacia la naturaleza, y acaba proyectándose en la acción política y social." (p. 282).

Este Discurso me ha sido fundamental para demostrar la concordancia del pensamiento de Rivacoba con la masonería, pues más allá de las citas que he hecho en su totalidad, después de ser escuchado por mi padre, un viejo masón, a quien se lo leí íntegro del folleto que había impreso la Academia y que D. Manuel me había regalado con una afectuosa dedicatoria, al consultarle su apreciación sobre el mismo, se limitó a decirme que le parecía: muy masónico; y, porque al inquirir a D. Manuel sobre donde se encontraba su pensamiento más genuinamente expuesto sobre el

hombre, la naturaleza y el universo me respondió, sin hesitación, que en este Discurso.

Otra señal importante la encuentro en el Prólogo de su traducción al libro de Pietro Verri "Observaciones sobre la tortura", que se editara por Depalma en Buenos Aires en 1977, conmemorando el bicentenario de su redacción definitiva. El primer ejemplar que vi de este libro lo tuve de manos de mi amigo Miguel Ángel Guerra Martínez, quien lo trajo poco tiempo después de su primera edición, al retornar de un viaje que había hecho a la capital transandina, lo destaco por los peligros que significaba traer esa literatura en esa época a nuestro país y que se reproducen en "Violencia y justicia" en sus páginas 159 a 183, de las que cito:

"Como en todos los órdenes de la vida, se aprecia, pues, en este de las reformas penales, incluso considerándolas en un aspecto muy circunscrito, el ritmo progresivamente acelerado de la época. Pero no puede pensarse que las mutaciones que se suceden tan rápidas, que los cambios que al final llegan a ser vertiginosos sean fruto del capricho o del azar. Al punto se observa en ellos otro de los rasgos característicos del siglo, que se acentúa conforme éste va avanzando: estar orientados en un sentido de sucesiva excelencia, tendiendo a la realización de un ideal cada vez más acabado, según la idea del progreso, con fe en la perfectibilidad del hombre y las instituciones.

Tales cambios, cada día más veloces, en el sentido de la perfección y del progreso, no podían ser obra sino de la razón. El racionalismo de los grandes sistemas filosóficos del siglo XVII había exaltado la razón como fuente por excelencia del conocimiento humano. Con ello, cuando en la centuria siguiente, la tensión metafísica decae, permanece intacta, sin embargo, la confianza en la razón, aplicándola ahora en un sentido antropológico del pensamiento, a los problemas candentes, que preocupan a la sazón a los espíritus cultivados, los problemas del obrar y del destino del hombre. Con notorias excepciones, los filósofos de aquel tiempo no están absorbidos ya por los temas del ser y del conocer, su atención se centra en la moral, la religión, la política, la historia, el Derecho, contemplados siempre, naturalmente, con la óptica de la razón. Como apunta Voltaire, la metafísica se orienta o se reduce a la moral, y la inteligencia importa, más que para penetrar en la esencia de las cosas, para conducir al bien. En esta perspectiva, no es de extrañar que, aunque sus contenidos sean antiguos, aparezcan ramas menores, pero nuevas, de la Filosofía, para estudiar aspectos diversos del obrar del hombre y de su destino, y, con ellas denominaciones inéditas para designarlas. La razón común e idéntica en todos los hombres los hace iguales y les permite tomar conciencia de sí y obrar y organizar a la sociedad conforme a su naturaleza, logrando cada vez, en un proceso indefinido, formas más depuradas, más afines a la naturaleza, más perfectas.

La razón se ha convertido así, de un principio, de una facultad cognoscitiva, en una luz y una fuerza para el obrar y para

transformar el hombre y la sociedad. Pero motor más poderoso y decisivo para las transformaciones del siglo resultó —tenía que resultar—, hacia su último tercio, la filosofía de la emoción y del sentimiento. Para Rousseau, los actos de la conciencia no son juicios, son sentimientos. Las grandes, las radicales transformaciones como las que se avecinaban y en seguida sucedieron, no pueden forjarse por el esfuerzo de individuos aislados, entregados al cultivo de la inteligencia y al conocimiento; en su lugar precisan de sentimientos profundos que acerquen y asimilen a los hombres, que multipliquen sus fuerzas y creen un pathos colectivo que sólo se satisfaga y se realice en la acción. Y sólo por el sentimiento puede convertirse un igual en un hermano; y, así, la igualdad, que no es más que una mera relación mental, cobra efectividad y se hace efusiva y operativa en la fraternidad." (pp. 160 y 161).

Sigo en mi empeño, citando de "Dignidad humana y pena capital", que se transcribe en las pp 48 y 50, en el libro cuya segunda edición nos reúne:

"La noción de la dignidad humana y su respeto suponen una concepción del hombre como ser de razón y de libertad, con capacidad, por tanto, para conocer clara y distintamente la esencia de las cosas, y también a sí mismo, y, para trazarse sobre la base de este conocimiento un plan de vida particularísimo que realizar y proponerse unos fines propios que alcanzar o a los que tender, y con capacidad, asimismo, de obrar por sí, exento de constricciones, de autodeterminarse, en cumplimiento de tal plan y consecución de tales fines. Dicho de otro modo, responden a la convicción de que cada hombre es dueño y titular de un destino personal, que no cabe confundir ni transferir; lo cual significa que no existe un equivalente ni se puede substituir por nada equiparable, y, por ende, que no puede tomarse ni tratarse a sí mismo ni ser tomado ni tratado por los demás como medio para fines ajenos, que no tiene precio, sino que se erige y constituye en fin en sí y es sujeto de dignidad.

Aunque tenga raíces antiguas, bien se comprende que esta concepción hubo de gestarse en la modernidad, es creación de la Ilustración, en el siglo XVIII, y alcanza fundamentación suficiente y formulación coherente y satisfactoria con Kant (1724-1804). Iluminando y elevando las mentes y la vida en común a finales de dicha centuria, tropieza con innumerables reacciones y obstáculos, a la vez que se enriquece y va extendiéndose por las diversas capas sociales y abriéndose paso con sacrificio y valor a lo largo de la siguiente; sufre las vicisitudes de la actual, y sólo en este tiempo, sin dejársele, sin dejar de concedérsele con frecuencia un reconocimiento retórico, cuando no demagógico, se manifiesta un decidido movimiento por consagrarla de manera efectiva en documentos de carácter público, rectores del mundo contemporáneo, por extraer sus diferentes y heterogéneas consecuencias y por aplicarlas verdaderamente a la propia estimación de los individuos y a las relaciones de variada índole entre los hombres.

Proyectadas a las relaciones jurídicas por el neokantismo, da origen con Stammler (1856-1938) a los que él llamó principios del Derecho justo, a saber, los de respeto, que prescriben que una voluntad no debe quedar nunca a merced de lo que otro arbitrariamente disponga y que toda exigencia jurídica debe reconocer siempre en el obligado al prójimo, y los de la solidaridad, que vedan que un miembro de la comunidad sea jamás excluido de ella por la arbitrariedad de otro y que cualquier poder de disposición jurídicamente otorgado excluya a nadie en el sentido de que deje de verse en el excluido un prójimo. Esto equivale a afirmar que el Derecho ha de garantizar que todos reconozcan y acaten en sus tratos con los demás su calidad de sujetos de fines, es decir, de seres humanos, y que nadie considere a otro como un simple objeto y los tome por medio o instrumento, del que le quepa servirse como si fuese una cosa, pudiendo sólo cada uno disponer de sí en la realización y para el logro de sus aspiraciones. Y va de suyo que semejante intangibilidad del ser humano requiere o impone ante todo el respeto de su componente biológico, base de todos los demás y de la propia personalidad, y con el respeto de la vida el de bienes jurídicos que se vinculan de manera muy estrecha con ella, o sea, la integridad corporal y la salud individual.

La concepción transpersonalista del hombre y de la sociedad, en cambio, que anima a los ordenamientos tradicionales, hace que tutelen tales bienes en interés, no del individuo, sino de la colectividad, y por consiguiente lleva a que en los delitos contra ellos no quepa al sujeto pasivo ninguna capacidad de disposición; y quizá por permanecer anclada en ordenamientos que no se renuevan, y también por la inercia característica de la doctrina jurídica, aun la más avanzada continúa repitiendo, sin reparar en las mudanzas que se están produciendo en algunas legislaciones y en las valoraciones y exigencias sociales en general, que la vida se protege de un modo absoluto, sin consideración a la voluntad del individuo, que no puede disponer de ella, aunque sea su titular (Muñoz Conde). Sin embargo, espíritus perspicaces, como el malogrado Enrique Casas-Barquero (1955-1993), hace ya años que advirtieron que la vida ha de considerarse un bien jurídico disponible por parte de su titular, debiéndose reconocer absoluta libertad de disposición.

En efecto, con la aceptación, cada día más amplia, de la objeción de conciencia y la abolición, casi unánime, de la pena capital en nuestro mundo de cultura, se ven los Estados impedidos de mandar a sus ciudadanos morir o matar y de privar de la vida a nadie como pena, quebrándose y desapareciendo así el virtual monopolio que, con las excepciones de ciertos casos de legítima defensa y algunas hipótesis extremas de necesidad, tenían hasta ahora de disponer lícitamente de la vida humana." (pp. 48 y 49).

Perseverando en mi propósito, citaré del texto *Crimen y poesía en la obra de Machado* que se vierte en la p. 235 a 253 del libro, unos párrafos, que se encuentran bajo el expresivo epígrafe:

"Machado, poeta meditativo y fraternal". "En este pensamiento nos da la clave, por cierto, para comprender ese otro rasgo definitorio. Sabido es que su educación se fraguó en la Institución libre de Enseñanza, de origen y orientación krausista, al fin uno de los últimos esquejes del idealismo romántico alemán. Uno de sus mejores conocedores de la Institución y de su obra, dice de ella que si algo que le ha faltado ha sido quizá el alejamiento de los problemas sociales, sin duda por haber dirigido su atención sobre todo a la formación de minorías directoras, que alguna vez abordarían esos problemas. En cabal concordancia, con el sistema filosófico de que procedía, rebotaba, en cambio, de espíritu humanista, sentido ético y disposición fraterna.

Ahondando en la misma línea, hay que anotar su adscripción a la Orden masónica. Comentándola, un antiguo profesor de Derecho penal en España y hoy de Lengua y Literatura castellanas en Estados Unidos, Emilio González López, escribió, doce años ha: La masonería opera sobre el espíritu de los hombres en general, atrayendo a su seno aquellos que por su bondad y tolerancia están predispuestos a colaborar en la gran empresa de fraternidad humana universal, sin credos, ni razas, que le está encomendada, y ya, a los que están adentro de su organización, habituándolos a desarrollar ese mismo espíritu en el seno de sus logias, que son modelo de respeto democrático de unos hombres por los otros. Y a poco: Machado antes de ingresar en la logia Mantua, logia madrileña de la Gran Logia Española, había mostrado siempre en todos y cada uno de sus poemas ese mismo espíritu fraternal para todo lo creado, por las criaturas humanas y por los otros seres de la naturaleza animada e inanimada, que constituye el fondo del alma masónica; prosiguiendo: Su entrada en la masonería le hizo ver que el alma que latía en sus concepciones poéticas, de las más bellas que se han creado en español y en cualquier lengua, era la misma que guiaba a unos cuantos hombres empeñados en la callada y paciente empresa de hacer más buenos a los demás y a ellos mismos, y a mostrar su fraternidad a los desgraciados y desvalidos.

Así se explica con facilidad su espíritu de comprensión, tolerancia y simpatía universal y su amor acendrado y entrañable, su sentido de hermandad, sobre todo con los hombres y también con las cosas." (pp. 239 y 240).

Reconociendo que no conozco la totalidad de la obra escrita de Don Manuel, sí de una parte importante de ella, me parece que es uno de los pocos textos profanos en que se menciona expresa y explícitamente a la masonería, lo que me hizo escogerla para esta ocasión, por una parte; y, por lo que aconteció con una fallida edición donde originalmente estaba destinada a publicarse y que él lo cuenta en el Prólogo de su "Nueva crónica del crimen", así:

"Su contenido se reduce a un solo estudio, relativo a las escenas criminales de la producción de Antonio Machado. En sus orígenes hay una historia curiosa y elocuente, que no sería bueno dejar en

silencio. Hacía tiempo que deseaba satisfacer los ruegos del joven y dinámico Profesor adjunto que no dirigía formalmente, pero sí era el alma de la Revista de Estudios Penitenciarios madrileña y había conseguido elevar mucho su nivel, quien de años atrás venía instándome a que le remitiera un artículo especial para ella, y estimé apropiado efectuarlo con uno, más que de pesada lección, de grata lectura, que a la vez se ocupara de la ciencia penal y de las bellas letras y fuese de tema y sabor hartamente español. Los lustros que llevaba fuera de mi patria y el no haber publicado sino por rara excepción dentro de sus confines, recomiendan esta actitud o, por lo menos, la explican. Con tal disposición de ánimo, me pareció muy a propósito mirar con ojos de penalista la poesía de Machado, el principal de cuyos momentos criminales responde a un hecho real, que le narraron, en conveniente escenario de tragedia, durante una excursión que le llevó a los primeros de octubre de 1911 hasta las fuentes del Duero, en la sierra de Urbión. Como lo pensé, lo hice, y en unas semanas estaban cumplidos mis planes y los originales en Madrid. Debo destacar el beneplácito y la efusión con que fueron recibidos. A los pocos meses, me enviaron las pruebas de página, ya corregidas, con el objeto que les echara una ojeada final. Muy bien guardadas las tengo. Iba a llenar exactamente veinte páginas. Pero de improviso —no las había devuelto todavía— mis cuartillas no se publicarían, porque en ellas se señalaba que Machado y su padre eran masones y esto no podía decirse en la católica España. Algún celoso custodio de la verdad las había vetado. Cuántos sólo conozcan países libres y civilizados y no estén acostumbrados a que la verdad sea dictada por el dogma y el poder, lo juzgarán inconcebible, pero ocurrió. Más el paso, entre ridículo y bochornoso, no quedó ahí. Algo de lo acontecido hubo de filtrarse en determinados círculos de aquella Capital, circunspectos varones hubo que, aún proclamándose exentos de cualquier sectarismo e imposición, afirmaron, reafirmaron y confirmaron, con la mayor independencia de criterio, que el aserto que Machado perteneció a la Orden masónica constituía una falsedad. Y, a pesar de vetos, negativas y dicterios, era cierto. Vivo está un catedrático español de Derecho penal, aunque en el exilio haya tenido que enseñar Lengua y Literatura castellanas, Emilio García López, que asistió a la iniciación en la logia Mantua, que tenía su sede en un chalet que había en la madrileñísima calle de Alcalá, muy cerca ya de la plaza de Manuel Becerra; su patrocinador fue Martín Echevarría, catedrático de Geografía e Historia, a la sazón en el Instituto de Segovia, presidió la tenida Paul y Almarza, descendiente del inquieto y célebre —inquieto y célebre en España y por las Américas —Paul y Angulo, y se hallaban presentes otros muchos españoles ilustres, sin excluir militares de sólida cultura, como el General Riquelme. Más detalles sería fácil de aportar, si el archivo de la logia, como los de toda la masonería hispana, no hubieran sido secuestrados por el régimen del general Franco y se mantuvieran hasta hoy, lo mismo bajo aquel régimen que bajo la monarquía por él instaurada, que le ha sucedido y heredado, con rigurosa vigilancia armada y la más estricta e impenetrable

reserva, dentro de un viejo palacio renacentista, próximo a la catedral de Salamanca. Lo habíamos indicado —muy de pasada, además—no por afán polémico ni con intención de molestar a nadie, sino porque, encima de ser cierto, o por serlo, contribuía a explicar el espíritu de comprensión, tolerancia y simpatía universal que guiaba al poeta y alienta a toda su obra, así como su amor acendrado y entrañable, su sentido de hermandad, en particular con los hombres y también con las cosas. Desdichados los individuos o los pueblos incapaces de soportar, no ya la verdad, pero ni siquiera verdades tan inocentes y sencillas.

A estas alturas, queremos nombrar, en desagravio de las afrentas y de las molestias que hubo de padecer en defensa de nuestra pacífica aserción, al joven penalista que queda antes aludido: Francisco Bueno Arús. Es de justicia hacer asimismo público, porque honra su independencia y su generosidad, que fue él quien, tempranamente, provocó nuestra relación, y que a lo largo de ésta nos ha dispensado una cordialidad que, por lo general, no hemos sentido en otros compatriotas con los que compartimos también la vocación y la dedicación científica.

Entre tanto, el estudio estigmatizado y destinado a permanecer inédito en nuestra patria, había sido acogido con presteza en otra que a orgullo tiene ser asilo contra la opresión. Publicado se halla en el Boletín de la Universidad de Chile, que mensualmente alumbraba ésta en Santiago, núm. 95 y 96, de agosto-septiembre de 1969, p. 33 a 41." (Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: *Nueva crónica del crimen*, EDEVAL, Valparaíso. 1981, p. 15, a 17).

Y, más tarde, como ya queda dicho, en 1981, en plena dictadura, al terminarse de imprimir en EDEVAL y ponerse en circulación su "*Nueva crónica del crimen*", de cuyo Prólogo he tomado esta última cita, además de lo ya dicho que se menciona expresamente la masonería y en lo que para mí ha recobrado cierta actualidad, con motivo del sesquicentenario de la masonería chilena, celebrado en mayo pasado con toda solemnidad, en el Salón de Honor del Congreso Nacional, en que se invitó y tuvo como orador central a un jesuita que fue elegido, pues sabía mucho de masonería, la que había estudiado cuando se había desempeñado de custodio de los Archivos secuestrados a la masonería española. Apenas me enteré de esto, me pregunté (como en tantas cosas que han sucedido en el mundo después de su muerte) qué habría pensado Don Manuel al respecto, su juicio negativo, parece verosímil, debido no sólo a su claro anticlericalismo, pues lo contrario tiene irrebatible demostración, pues yo mismo tuve la intención de asistir a ese acto y de poder contactarme con el conferenciante o de hacérselo llegar, si me hacía fácilmente de un ejemplar del libro del también jesuita, José Llompart S. J., "*Teoría y realidad del Derecho*", editado por EDEVAL en 1989, que cuenta con generoso Prólogo suyo, escrito eso sí, al alimón con el académico Doctor Agustín Squella Narducci.

Don Manuel, reconoció su pertenencia a la Masonería en el sentido homenaje que rindiera a la memoria de Francisco Blasco y Fernández de Moreda (1906 - 1974), cuando escribió: "... En suma, la actitud política que Blasco compartió combina una audacia inteligente y comprensiva en los planteamientos y en la gestión, con una gran moderación en los procedimientos y al respeto más diligente hacia las personas, incluida, por supuesto, entre éstas, la del adversario, nunca el enemigo, pues jamás puede conceptuar a nadie así, ni tratarlo como tal, quien se siente de todos sus semejantes, hermano. Mención, ésta, de la hermandad, que nos hace recordar su temprana iniciación y su continuada perseverancia en una cadena de vocación universal, que liga a los hombres sin distinciones, por un vivo vínculo fraternal, cultiva en ellos la comprensión, la tolerancia y la solidaridad, y los exalta en la libertad y la igualdad, esto es, en su dignidad." Y más adelante, cuando nos dice: "Personalmente, mientras otros han gravitado sobre mí como una prolongación de la figura paterna, sentí a Blasco como un hermano mayor. En más de un sentido, y en el más elevado de todos, lo éramos. A distancia en el tiempo y con la diferencia que media entre su magnitud y mi mezquindad, teníamos mucho en común. Científicamente hemos coincidido, no sólo en la dedicación a las mismas disciplinas sino también en el estudio, muchas veces, de los mismos temas. Conveníamos en las mismas concepciones generales y dábamos a la mayoría de los problemas, análogas soluciones. Compartíamos el exilio por idénticos motivos. Eramos correligionarios. Lazos de la más pura e indestructible fraternidad nos unían. Hasta nos ha tocado, en más de una ocasión, comentar los mismos libros, y nuestros juicios han concordado notablemente. Al irse, ha desaparecido para mí el último de los mayores; con él se ha desvanecido todo reparo, guía y sustento; ya no hay a quien consultar, y queda uno solo, librado a sí mismo, convertido en viejo." (Rivacoba Y Rivacoba, Manuel de: "Consunción y tránsito de un jurista ejemplar. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, 1906 - 1974), en "Nueva crónica del crimen", Edeval, Valparaíso, pp. 141, 142 y 160, respectivamente), aparece fechado: "En Viña del Mar (Chile) y el día de Madrid (15 de mayo), 1974), siendo publicado por primera vez, en la Revista jurídica argentina "La Ley", el 17 de junio de 1974, es decir, este homenaje fue compuesto por don Manuel antes de cumplir su cincuentena y ayuda a mensurar el impacto y dolor enorme que la muerte de Blasco le produjo, lo que lo lleva a considerarse viejo, lo que en verdad biológicamente no era, pues ni siquiera a su muerte alcanzó la proterva edad, sí podía autoestimarse así, por todo lo que le había tocado vivir y vivido fragorosamente antes de su cincuentenario, escrito, como el mismo nos dice: "... en estas albas cuartillas de un corazón entelerido y no atina a expresar el luto del alma".

III. "In Fine"

Para concluir como empecé, citaré de los libros mencionados al comienzo, algunos párrafos que me parecen atinentes a mi exposición, así, de:

"El hijo de temis o la sombra negra de Cervantes" de Anabalón Sanderson:

"—Oye, Manuelillo, no seas picarote ni me hagas cavilar en elucidaciones e hipótesis indignas de un buen cristiano como yo. Es preferible que doblemos la hoja. Ya me hiciste destrabar demasiado la lengua. Además, cuídate mucho de la Iglesia Católica cuando te propongas indagar algo sobre cualquier tema escabroso, como la religión, pues sus autoridades no permiten a nadie que escrute libremente la verdad por encima del muro que aquélla ha levantado para contener la expansión intelectual y la libertad de pensamiento.

En medio de estos o parecidos coloquios, Cervantes se impuso de labios del propio Manuel que a éste le preocupaba por entonces el escribir su vida, a lo que dedicara el mayor tiempo de su estancia en la prisión, ante el asombro de los demás presos, quienes confirmaban por esto el atributo de "loco", de que aquél llegaba precedido. Por una parte, el mismo Cervantes anticipó a su gran amigo la historia de don Quijote, y pasados unos cortos días, le leyó el Capítulo intitulado "De la libertad que dio don Quijote a muchos desdichados que mal de su grado los llevaban a donde no quisieran ir", declarándole con marcadas muestras de agradecimiento que en dicho pasaje había procurado trasladar, esencialmente, la narración que le oyera hacía poco y que tanto conturbaba su ánimo por la similitud con aquel lejano episodio en que el también interviniera como protagonista ocasional. Aun le expresó que tenía decidido tildar de "loco" a su ilustre personaje, en reminiscencia suya, que lo motejaban de igual modo, en circunstancias tales que jamás, a su entender, habíase tropezado con hombre más cuerdo, pues lo fuera hasta en el lance que le deparó su infausto encarcelamiento, si se advierte que "el esperar no es cordura, cuando el peligro sobrepasa la esperanza". Al fin de cuentas, en esta pícara vida era de justicia verdadera, para que la excesiva bondad, como inspiradora de tales actos, no fuese tomada por tontera." (Anabalón Sanderson, Carlos: "El hijo de temis o la sombra negra de Cervantes", EDEVAL, Valparaíso, pp. 147 y 148).

Esta cita tiene dos motivos, uno, de un hecho que presencié yo cuando estaba matriculado en 1968 en primer año de Derecho en esta Escuela y esperaba a mis compañeros que rendían prueba de Introducción al derecho con don Manuel, yo estaba inscrito en la cátedra paralela con don Adolfo Carvallo Concha y don Manuel, que los había dejado solos, volvía y en el Hall donde se encuentra "El pudor", se cruzó con don Ambrosio Rodríguez Perry, Secretario General de la Escuela a la sazón, quien le preguntó de dónde venía y él le dijo que su despacho, pero ¿cómo, le dijo, no estás tomando

una prueba escrita a tus alumnos?, pues sí, le respondió, pero yo no soy gendarme de nadie, tú eres loco le espetó Rodríguez Perry, a lo que contestó sí, seguramente porque soy hijo de primos, creí entenderle, cuando muchos años después le recordé el incidente, me corrigió de tío y sobrina, con varios grados de distancia en el parentesco, no sólo admitió lo de loco, sino asimismo se lo atribuyó dando razón para ello; y, la condición de presos, tanto de Cervantes como el "loco" Manuel y que este tuviese el propósito de escribir su biografía, con la de presidiario de don Manuel, en que durante su encierro, cursó Filosofía y Derecho, obteniendo el grado de Licenciado en ambos y de Doctor en el último y de allí el cultivo perseverante de la dolorosa disciplina de los delitos y las penas, estudiando exhaustivamente la pena, dejando depurados sus "Principios cardinales del Derecho penal" para el porvenir y un Código penal y una Ley de ejecución de las penas, para la República del Ecuador, por encargo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, redactados conjuntamente con el Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, que perfectamente pudieran ser discutidos por nuestro Congreso Nacional, para aprobarlos y sancionarlos como leyes de nuestra República, lo que constituiría un avance y progreso sustantivo en nuestro Derecho penal. Por lo que parafraseando el título de un libro del gran cineasta ruso, Tarskowsky, esculpió su tiempo, dejando una obra maciza y sólida, una contribución perenne al mejoramiento de la humanidad, como tuve la oportunidad de escribirse al Prof. Squella, cuando tuvo la gentileza de pedirme una semblanza, antes de partir a Brasil, a un homenaje a don Manuel en que había sido invitado como expositor.

La segunda, la tomo de "Cartas del destierro. Entre el odio y el amor. (1924-1930)" de Miguel de Unamuno, del Prólogo de sus recopiladores:

"Al respecto, la carta abierta que circula en 1929 por España bajo el título "Llamamiento a los estudiantes" es muy emblemática de la relación privilegiada que sigue entablando con la juventud. Celebra a los alumnos que están "amaestrando" a sus profesores, enseñándoles a ser ciudadanos y les insta a que no escuchen, "siervos del destino y del escalafón". Y al final, apostrofa a sus lectores:

Salvad a España, estudiantes, salvadla de la injusticia, de la ladronería, de la mentira, de la servilidad y sobre todo de la sandez [...] Salvadla, hijos míos, e iré cargado de años y de recuerdos a que me cunéis mi último sueño, mi última esperanza, y a descansar en una tierra que habréis hecho hogar espiritual de Libertad, de Verdad y de Justicia. Y hasta pronto." (p. 30).

Y, de un poco más adelante:

"En otro momento, echa en cara del catedrático de Derecho y flamante ministro de Estado, José María Yanguas Messía, "la abyección de la asistencia a la tiranía". Aprueba plenamente la actitud de los estudiantes que se sublevaron en contra el "asistente de

Estado" y dictamina: Usted no merece el respeto de los estudiantes de España; usted ha traicionado la causa de la inteligencia, de la civilidad, de la dignidad y de la justicia españolas. Usted podrá asistir, como paisano ordenanza y arribista reptante, a los tiranuelos que afrentan a la patria, pero usted no puede enseñar dignamente el Derecho; usted podrá ser ministro de la tiranía, pero un maestro de dignidad civil y de justicia, ¡¡jamás!!

Las cartas no son sólo acusadoras, a veces manifiestan su agradecimiento, como por ejemplo a la Junta Directiva del Ateneo que protestó contra la detención arbitraria de Jiménez de Asúa y termina con una solemne declaración que es también una incitación a adoptar su conducta de proscrito: "Un sagrado deber de patria y de humanidad nos manda a oponernos a los tiranos y los verdugos de España." (pp. 30 y 31).

Cómo no tener presente estos párrafos, cuando son tan coincidentes con su pensamiento y actitud frente a las tiranías de Franco en España, de Onganía en la Argentina y de Pinochet en Chile, por una parte; y, por otra, la ardorosa defensa que se hace de su muy querido maestro y que hoy se publica en la cuidadosa edición salmantina.

De "Ligero de equipaje. La vida Antonio Machado", de Gibson, escojo:

"El primero de enero de 1925 la compañía de María Guerrero y Fernando Díaz de Mendoza pone en el teatro Español la traducción de Hernani elaborada, en 1902, por los Machado y Francisco Villaespesa. «Ha rodado por todas las compañías de verso —escribió Antonio dos días antes en Los complementarios—, estará lleno de desatinos. Se hizo en cuatro días». No es mal momento para el montaje: faltan casi exactamente cinco años para el estreno de Hernani en París aquella tumultuosa noche de febrero de 1830, y además la situación española actual, con la llegada al poder de Primo de Rivera, permite que la obra, con su ambientación española, pueda verse como alusiva, de alguna manera, a la restricción de libertades impuesta por el Directorio militar. En su prólogo a la primera edición de Hernani, Víctor Hugo, como se recuerda estos días, había proclamado: "El romanticismo tantas veces mal definido, no es en el fondo —y aquí está su definición real— sino el liberalismo en literatura". Palabra que, en España remite con necesidad a las Cortes de Cádiz, al fracaso de la República —tan doloroso para la familia Machado— y a las prohibiciones de la Iglesia." (p. 410).

Y, también reproduzco:

"Los versos siguientes desarrollan un concepto que será fundamental en Machado: que la esencia del ser humano reside en el deseo de superar las limitaciones del "yo" para poder abrirse al "tú", al "otro":

Converso con el hombre que siempre va conmigo
—el que habla solo espera hablar a Dios un día—.
Mi soliloquio es plática con este buen amigo,
que me enseñó el secreto de la filantropía.

En cuanto a los espléndidos versos finales del poema, tantas veces citados, son otra demostración del cambio que se está operando en Machado desde su llegada de Soria. También reflejan la honda satisfacción que le produce haber conseguido un trabajo responsable que, si no del todo vocacional, es digno y útil:

Y, en suma, nada os debo: debéisme cuanto he escrito.
A mi trabajo acudo; con mi dinero pago.
El traje que me cubre y la mansión que habito,
el pan que me alimenta y el lecho donde yago.
Y cuando la hora llegue del último viaje,
y esté al partir la nave que nunca ha de tornar.
Me encontraréis a bordo ligero de equipaje,
casi desnudo, como los hijos de la mar. (XCVII)

Si, cincuenta años después, Ricardo Calvo recordaba todavía el impacto causado en Madrid por la publicación en *El Liberal* de este asombroso poema autobiográfico, hay que suponer que fue, de hecho, considerable. Machado no tardará en darse cuenta de la trascendencia de lo que ha conseguido, y el poema, ya titulado «Retrato», abrirá las páginas de *Campos de Castilla*. Hoy es una de las poesías más conocidas de la literatura española." (p. 221).

Cómo no repetir estos párrafos que recuerdan, por una parte, la coincidencia del pensamiento de Víctor Hugo sobre el ser liberal, el de Gibson de serlo en la España del XIX; y, los tersos versos de Machado, que describen la propia consunción y tránsito de don Manuel, después del ataque cerebral sufrido en Mendoza, en plena conferencia en la presentación de un libro en contra de la pena de muerte, su intervención neuroquirúrgica, su traslado al Hospital José Joaquín Aguirre de la Universidad de Chile, cuyos últimos días, con la escasa capacidad de que disponía, lo único que pedía y ansiaba era su muerte digna, como lo había dispuesto en su testamento vital.

En suma, Don Manuel, fue un masón muy cumplidor con la logia simbólica y los cuerpos escoceses a los que perteneció, por las razones ya dichas, toda su obra está conforme a la sana y buena doctrina masónica y se encuadra perfectamente en su tríada fundamental, de: ceteriorismo, meliorismo y laicismo. Se podrá argüir que esto hubiera ocurrido sin que hubiera ingresado a ella, pues lo que he citado como indicativo de su pertenencia ya es patrimonio de nuestro mundo de cultura; y, por otra parte, no todas sus posiciones serían compartidas por todos los masones, lo que es muy natural, pues, el principio más distintivo de la masonería es el del "libre examen" que se garantiza a todos sus miembros. Don Manuel cultivó en el mundo y en Chile el intercambio de ideas con masones prominentes, por ejemplo, para mencionar algunos como representativos de entre muchos, nacionales y extranjeros,

a los miembros de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales: Mario Ciudad Vásquez, Ignacio González Ginouvé, Julio Heise González, Enrique Silva Cimma, sin perjuicio, de hacerlo con todos.

Todavía tengo para mí que Don Manuel, en su obra más definitiva de los estudios que le dedicara a la pena, me refiero a "Función y aplicación de la pena", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, en su Capítulo IV, La retribución, en su apartado 2.- Retribución y significado simbólico de la pena, sin ser masón, no hubiese llegado a la conclusión que allí se expone, de:

"Depurada, restaurada y perfilada de este modo la retribución, se percibe bien en ella el fuerte carácter simbólico que presenta el Derecho punitivo. Más que de infligir dolor y provocar sufrimiento a nadie por el delito que haya ejecutado, se trata de desaprobalo y significar y dar realidad a semejante desaprobación en la pena. Frente a la negación en aquél de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando simbólicamente con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida.

Repárese, por otra parte, en el volumen y la importancia de la cifra negra, existente en toda especie de delitos y abundante e inclusive abrumadora en algunas, tanto, que no hay exageración en aseverar que sólo por excepción se castigan. Todavía más: no hace falta gran imaginación para percatarse de que el conocimiento y la sanción de todos los delitos es algo, de hecho, inviable; y se comprenderá mejor el mencionado carácter simbólico. Los casos que se condenan y la pena en ellos casi no constituyen sino índice del notable aprecio en que una comunidad tiene ciertas cosas y la severa desaprobación que le merece los actos que las conculquen.

Este simbolismo no resta la más mínima autoridad y prestancia al Derecho penal, antes bien, lo realza, pues hace que constituya representación operativa de lo que una sociedad estima más entrañable e importante, genuino y elevado." (p. 83 y 84).

El simbolismo es un pilar fundamental que estructura el sistema educativo de la masonería y que se nos enseña desde la iniciación y durante toda nuestra permanencia en ella, no como algo de segundo orden sino constitutivo, principal y esencial, por ello es que estimo que sin su pertenencia a ella Don Manuel no hubiese llegado a esta razonada, maciza y rotunda conclusión y que los masones seamos los mejores instruidos para comprenderla en plenitud, profundidad e intensidad.

Para terminar, repetiré las palabras postreras de mi recensión a su libro recién citado, pues me consta que fue uno de los reconocimientos que más apreció:

"... es que se trata de la obra de una autoridad en el genuino sentido de la palabra que, a su justo título de penalista, une la de licenciado de presidio, como él mismo lo recuerda en el Proemio y que esta nota tiene el propósito sincero de transmitir la efusión cordial, y de ser saludo y felicitación por su reciente nombramiento como miembro de la "Fundación Internacional Penal y Penitenciaria", con sede en Ginebra, institución a la que muy pocos y selectos acceden y que se enorgullecerá, como otras a las que pertenece, y de una que añora el término de su retiro voluntario, honra y prez a este Maestro, que sin embargo, para decirlo con palabras de Jean François Revel, en virtud de mecanismos inversores se le ha pretendido transformar, de: "Gran espíritu liberal en maestro tiránico e intolerante." (Marzi Rivera, Hugo: Recensión a "Función y aplicación de la pena", Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, en Revista Gaceta Jurídica, año 1994/abril/núm. 166, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1994. p. 194).

Y finalizar, manifestando mi deseo que "Violencia y justicia" tenga muchas nuevas ediciones corregidas y aumentadas, en la que sugiero se corrija un notorio error que se incluye en la Presentación, tanto de la primera como de esta segunda edición, en que se menciona como en la que fuera catedrático Don Manuel en España, a la Universidad de Valladolid, cuando en verdad lo fue de la Universidad de Córdoba, donde impartió una última lección, que lo dejó muy contento y satisfecho y de haber sido oída, por un buen juez español, hubiese terminado con varios jerarcas españoles procesados; e, incorporen, entre otras, por su subido valor jurídico y sobre todo, literario, los Prólogos de sus libros: "División y fuentes del Derecho positivo", "La obediencia jerárquica en el Derecho penal" y "Nueva crónica del crimen", y su discurso "Recapitulación y despedida de un penalista", pronunciado al retirarse de la Universidad de Córdoba.

Debo añadir a estas alturas, que toda esta lata y deficiente exposición la podría haber resumido en una sola palabra cara a los masones "recuerdo", pues ese ha sido mi designio, de cumplir con ese deber masónico y terminaré del mismo modo que el Muy Querido Hermano Mario Ciudad Vásquez, concluyó su Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, "Viaje alrededor de una palabra", pues para mí éste también ha sido un viaje en torno a la vasta personalidad de Don Manuel:

"De ahí que nuestro viaje haya sido sin estación de llegada. No resta otra alternativa que interrumpirlo, que dejarlo en suspenso. Este ensayo se cierra así con puntos suspensivos..." (Ciudad Vásquez, Mario: *Viaje alrededor de una palabra*, en "Testimonio de la sociedad chilena en su transformación hacia un nuevo siglo", obra preparada bajo la dirección de Francisco Orrego Vicuña, vol. I, Ediciones de la Academia, Santiago de Chile, 2000, p. 529).

VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(8 de las 10 reseñas bibliográficas de la presente sección, han sido elaboradas por Manuel Alejandro Armaza; las referidas a la obras de Luiz Regis Prado y Giovanni Barletti, en cambio, tiene como autores a los señores César Belan y Darwin Bedoya, respectivamente)

• MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Violencia y justicia*, Prólogo de José L. Guzmán Dálbora, Epílogo de Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Universidad de Valparaíso, 2012 (un volumen de 316 pp. + el Colofón).

El precioso libro del que se da cuenta está integrado por algunos de los estudios de Rivacoba que tuvieron resonancia indiscutible; así, por ejemplo, Configuración y desfiguración de la pena (p. 39 a 47), La reforma penal de la Ilustración (p. 53 a 75), Marat o el pensamiento revolucionario del Derecho penal (p. 76 a 108), Técnica y política en la reforma penal (p. 114 a 117), Prólogo al libro Observaciones sobre la tortura de Pietro Verri (p. 159 a 183), La dosimetría en la determinación legal de las penas (p. 211 a 218) y, Crimen y poesía en la obra de Antonio Machado (p. 235 a 253). Además, se incluyó el Alegato para desaforar al Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte que le fue encargado elaborar por el Consejo de Defensa del Estado chileno a principios del año 2000 (p. 121 a 132). Echamos de menos, en cambio, cuatro ensayos de Rivacoba que, sin duda, habrían enriquecido considerablemente la obra: Recapitulación y despedida de un penalista (que vio la luz en la revista Doctrina Penal de Buenos Aires, en 1991), El primer proyecto americano de Código penal (aparecido en los Anales del Instituto de Chile, en 1985), Consunción y tránsito de un jurista ejemplar <Francisco Blasco y Fernández de Moreda, 1906-1974> (publicado en la Revista jurídica argentina "La Ley", en 1974) y Relaciones del Derecho Penal con el Derecho Político (incluido en Doctrina Penal de Buenos Aires correspondiente al año de 1980).

• DOMINGO GARCÍA RADA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Asociación Civil "Mercurio Peruano", Prólogo de Jorge Armaza Galdos, Lima, 2012 (un volumen de

522 pp. + el colofón). El esperado volumen que acaba de darse a la estampa, constituye el tomo IV de las Obras Completas de D. Domingo García Rada. De la "fresca" y "sugere" obra del autor, indica el prologista: "Lo dicho hasta aquí es una pequeña muestra de la feracidad del texto, correspondiendo a cada lector saber cultivar el fruto precioso sembrado en cada una de sus páginas y aprender a atesorarlo; labor fatigosa, sin duda (como todo quehacer intelectual), pero impostergable para quienes, como Domingo García Rada, se consideran obligados por valores superiores, lo cual hace de nosotros seres trascendentes; pues más allá de la simple existencia corporal, queda la obra, y queda no como simple pureba de que pasamos por el mundo (en cuyo caso nada tendría sentido), sino como auténtica presencia espiritual, de allí el significado positivo de la sentencia de Cristo. Ex fructibus eorum cognoscetis eos".

Puesto que son muchísimos los aspectos del pensamiento del autor que pueden ser beneficiosos para el entendimiento del Derecho Procesal Penal, sin más recomendamos el valiosísimo trabajo que, desde 1971, en que fue por primera vez publicado, alcanzó su novena edición.

• JAIME COAGUILA VALDIVIA, *El imaginario judicial en la novela* <Grandes miradas> de Alonso Cueto, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, núm. 59, Edeval, 2011, p. 171 a 180.

Provechosa y grata resulta la lectura del trabajo de Coaguila que, hasta donde sabemos, no apareció aún en moldes nacionales. El correctísimo análisis que hace, según se anuncia en el propio título de la obra, se centra en la época en que reinaba la más aciaga corrupción política, social y, sobre todo, judicial. Los envilecidos personajes de la década de los noventa, a quienes se

confió la dirección de la nación, podían utilizar el Poder Judicial y, consiguientemente, a los magistrados que lo integraban. Un día, empero, el juez Guido Pazos decidió salir al frente. Como resultado de tamaña osadía, sin embargo, misteriosamente apareció muerto. Es entonces cuando aparece en escena la novia (Gabriela) que al tener claro que Vladimiro Montesinos era el autor mediato del hecho, decidió victimarlo; para ello, tuvo que transformarse como persona y dejar de lado la decencia que tuvo por norma en su vida.

La novela de Alonso Cueto fue llevada a la pantalla grande el año 2006 a través de una película (*Mariposa negra*) en la que se lucieron como actores Melania Urbina, Magdyel Ugaz y Gustavo Bueno.

• MARILDO MENEGAT, *Estudios sobre ruínas*, Editora Revan, 2012, Rio de Janeiro (un volumen de 249 páginas).

Constituye el volumen número 18 de la Colección Pensamiento Criminológico que dirige el profesor Nilo Batista y que se publica bajo los auspicios del Instituto Carioca de Criminología. Los anteriores volúmenes, también pulcramente editados, contienen trabajos de Alessandro Baratta, Georg Rusche y Otto Kirchheimer, Gizlene Neder, Loïc Wacquant, Jock Young, Cristina Rauter, Vera Malaguti Batista, Rosa de Olmo, Lola Aniyar de Castro, Dario Melossi y Massimo Pavarini, Alessandro de Giorgi, Ana Lucía Sabadell, Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni, Gabriel Ignacio Anitua, David Garland y Nils Christie.

• NÍLO BATISTA, *et alii*, *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*, Editora Revan, 2012, Rio de Janeiro (un volumen de 318 páginas).

La capacidad de trabajo del profesor Nilo Batista para componer libros, traducir, organizar encuentros académicos y dirigir las Colecciones Pensamiento Criminológico y Discursos Sediciosos, es sin duda impresionante. Su contribución a la obra de la que se da cuenta lleva por título *Merci, Loïc!* e intenta en ella poner en evidencia cómo es que existe una correspondencia entre el régimen económico adoptado por un país y el sistema penal que, tras dicha asunción, se deriva (tal y como en su momento lo evidenció el mismísimo Loïc Wacquant). En resumidas cuentas, halla en el pensamiento del sociólogo francés, beneficiosas contribuciones al derecho penal, a la criminología y a la política criminal.

Aunque el sabroso libro está organizado por Vera Malaguti Batista, llevan un elevadísimo nivel científico los ensayos

suscritos por Loïc Wacquant, Acácio Augusto, Cecilia Coimbra, Estela Scheinvar, Cristina Rauter, Esther Arantes, Paulo Vaz, Gizlene Neder, Gisálio Cerqueira, James Zomighani, Maria Aparecida de Souza, Joel Birman, Manuel Iturralde, Maria Lívia do nascimento, Rafael Coelho Rodrigues, Marildo Menegat, Paulo Arantes, Vera Pereira de Andrade y Vera Malaguti Batista.

• MARCO FALCONI PICARDO, *Memoria de la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República del Perú. Periodo Legislativo 2011-2012*, Editorial Adrus, Arequipa, 2012 (un volumen de 166 p. más el colofón).

Presidente de la Comisión en cita es el profesor y hoy Congresista de la República Marco Falconi Picardo. La lectura de la Memoria nos permite conocer la ardua labor desplegada desde el 17 de agosto del 2011, en que se instala la Comisión, hasta julio del 2012.

Amén de haberse realizado gestiones de subido interés ante el Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento, con quien la Comisión se constituyó a la ciudad de Pisco, se deja constancia sobre cómo es que se realizaron audiencias públicas descentralizadas en Arequipa, Cuzco, Piura, Trujillo y Andahuaylas.

Figuran como integrantes de la Comisión los señores Congresistas Elias Rodríguez Zavala, Rubén Condori Cusi, María Cordero Jon Tay, Víctor Grandez Saldaña, Leonidas Huayama Neira, Ramón Kobashigawa, Humberto Lay Su, David Lewis de Alcázar, Jhon Reynaga Soto, Manuel Zerillo Bazalar; como miembros accesorios de la misma lo son, a su vez, los señores Héctor Becerril Rodríguez, Alberto Beingolea Delgado, Carlos Bruce Montes de Oca, Hernán de la Torre Dueñas, José León Rivera, Wutlian Monterola Abregú, María del Carmen Omonte Duránd, Mariano Portugal Catacora y Rolando Reategui Flores.

La vivienda en el Perú. Un derecho en desarrollo, Editorial Adrus, Arequipa, 2012 (un volumen de 363 pp., sin colofón).

El feminicidio en el Perú. Una solución en debate, Editorial Adrus, Arequipa, 2012 (un volumen de 308 pp. + el colofón).

Por Ley núm. 29819 publicada en el diario El Peruano del 27 de diciembre del 2011 se incorporó al Código Penal el delito de feminicidio y, simultáneamente, se modificó el art. 107 que conserva ahora la siguiente redacción: 'El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente,

natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

» La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

» Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de femicidio».

Con razón, según nos parece, arremete Falconí contra el llamado feminicidio aduciendo, para el efecto, argumentos de subido interés que el lector hallará ampliamente desarrollados en el libro y especialmente en las páginas 131, 138, 184 y 185. Aunque no pormenorizadamente estudiados, dedica el autor unas líneas al homicidio simple (art. 106), al parricidio (art. 107), al homicidio calificado (art. 108), al perpetrado por emoción violenta (art. 109) y al imprudente (art. 111). Los datos estadísticos incluidos (pp. 164 a 171) muestran lo sólida que sin dudas es la investigación de Falconí.

• JUAN CARLOS VALDIVIA CANO, *Now... Historia, poder y resentimiento*, Editorial Ciudad, Arequipa, 2012 (un volumen de 138 pp. + el colofón). A guisa de epílogo, lleva insertado un estupendo estudio de D. Eusebio Quiroz Paz Soldán sobre El mestizaje en el Perú que abarcan las pp. 131 a 138.

• JUAN GUILLERMO CARPIO MUÑOZ, *Diccionario de arequipeñismos*, segunda edición, Talleres Gráficos de Cuzzi y Cía. S. A. Arequipa, 2012 (un volumen de 515 pp. + el colofón).

El sabrosísimo trabajo de Carpio, según todo indica, es producto de muchísimos años de labor y tal vez el más completo de los que se destinan al estudio del modismo local. Con seguridad, los aficionados a la buena lectura y a los temas costumbristas y hasta jurídicos, hallarán provechoso el libro; para los últimos, de hecho, son altamente valiosos los vocablos boqu'ejarro, camatear, catana, catata, charquiar, chuglla, codeador, cogotear, cogotero, convenido, coro, cosniche, debocar, grilla, Herodes, ¡huacacac!, huaripamppear, iruja, chinchar, llaucadora, montera y, entre otros, ñauñar. A los defensores de los derechos de los animales ha de interesarles difundir la cruel práctica arequipeña de la iruja que consistía en colgar al cuello

del niño enfermo un canuto de carrizo 'en el que se encerraba un alacrán vivo por ocho días' a fin de lograr, no sabemos por qué misteriosa virtualidad, su curación.

• LUIZ REGIS PRADO, *Bien Jurídico-Penal y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010 (un volumen págs. 109)

Por iniciativa de ARA Editores, se nos ofrece por primera vez en español la obra *Bien jurídico-Penal y Constitución*, del doctor Luiz Regis Prado, destacado penalista brasileño, profesor de la Universidad Estadual de Maringá, a quien tuvimos la oportunidad de conocer personalmente en el marco de la III Jornada Internacional de Derecho Penal, organizada en Homenaje a Don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, en setiembre de 2003.

En el ámbito de la actual sociedad tecnológica, donde las modalidades delictivas alcanzan facetas desconocidas y altamente especializadas, se delinea una tendencia hipertrófica en el Derecho Penal, que pretende "sancionar" conductas hipotéticas o que todavía no son técnicamente realizables (manipulación genética), de mero e indeterminado riesgo y no de lesión para bienes jurídicos (algunos tipos de peligro abstracto) y algunas actividades donde no se perfilan bienes jurídicos concretos. Estos criterios agreden, de manera evidente, el principio de lesividad y pretenden establecer funciones propias del derecho administrativo al campo penal, vulnerando la ultima ratio. Es así que, consecuentemente, se ha desplazado la-clásica-función preventiva del Derecho Penal por una de naturaleza eminentemente simbólica, lo que acarrearía, en el plano práctico, la pérdida de confianza de los ciudadanos con respecto a sus institutos penales.

Es así que, a manera de dique frente las actuales prácticas ya descritas, producto de una 'globalización de bienes jurídicos tutelados' y propias de 'la sociedad del riesgo', Regis Prado propone encuadrar los Bienes Jurídico-Penales en el ordenamiento constitucional, poniendo de relieve su función limitadora o garantista, además de la interpretativa, individualizadora y sistemática; teoría que parte del criterio que atribuye al Derecho Penal — únicamente — la protección de los bienes fundamentales del individuo y la comunidad. Así pues, señalamos, dentro de la perspectiva del profesor Regis Prado, que el texto constitucional es la fuente inspiradora principal y herramienta fundamental para definir concretamente los Bienes Jurídico-Penales.

A su vez, este criterio impone algunas trabas de orden práctico, ya que, atendiendo que las constituciones políticas

son instrumentos jurídicos que refieren a un determinado momento histórico, aunado esto con el tedioso proceso de reforma constitucional, se puede finalmente impedir que se protejan nuevos focos de situaciones valiosas; problemática que se logra salvar en tanto las normas, que sobre Derecho Internacional, usualmente remiten las Cartas Magnas de diferentes Estados. Tratados, Convenios y Declaraciones que se configuran como fuentes valiosas y altamente dinámicas de novísimos Bienes Jurídicos-Penales.

Mención aparte merece la sección en que se trata los delitos de peligro abstracto, que aparentemente quedarían —bajo este criterio— relegados a un segundo plano; sin embargo, y considerando que el objeto de protección de estos delitos sería la ratio legis, podríamos determinar que la adecuación de la acción al tipo no requeriría —en este caso— la lesión o la puesta en peligro.

Con prólogo del Dr. Carlos María Romeo Casabona, este libro está dividido en tres Capítulos. En el primero, el estudioso brasileiro propone al lector una serie de Consideraciones generales de orden conceptual, fundamentales para el abordaje del tema en sí; en la segunda parte — Capítulo II — se define el proceso histórico de los conceptos que nutrieron la teoría del Bien Jurídico- Penal, así como el concepto actual vigente, para finalmente establecer las funciones que se atribuyen al mismo dentro del sistema penal. Finalmente, en el Capítulo III, denominado Derecho Penal y Constitución, nos introduce en el ámbito de las teorías constitucionales que abordan el Bien Jurídico Tutelado, su relación con el Derecho Penal y el Estado de Derecho, para posteriormente delinear de manera precisa el criterio de Bien Jurídico — Penal dentro del ámbito de la Constitución.

Para concluir, no nos queda más que saludar la reciente edición de Bien Jurídico-Penal y Constitución del Dr. Luiz Regis Prado, obra que deviene en obligado material de consulta para alumnos y estudiosos del Derecho Penal y Constitucional en nuestra ciudad.

• Giovanni Barletti, *Dabai, Chelo, Dabai*, Cascahuesos editores, 2011, Arequipa (un volumen de 112 páginas)

Dabai, Chelo, dabai, es un conjunto de relatos que propone un recorrido por los territorios que delimitan la realidad y la imaginación del autor, que no sólo vierte aquí sus recuerdos, sino que indaga y se adentra en la memoria colectiva donde residen las verdades ocultas y notorias que posee el ser humano del siglo XXI, aquellos

seres que son los referentes-protagonistas directos de estas historias. Aquí se desplazan los personajes que están sacados de una realidad contemplada; pero sus actos y palabras, como en toda la arquitectura de esta prosa, son fruto de la más descarnada, descarnada, divertida e irreverente ficción. Palpando en los recuerdos —provenientes de la realidad—, el autor ha construido una colectividad para hablar del desgarró que supone vivir en un mundo sórdido donde no hay lugar para la ingenuidad. Estos sitios son los mismos que ahora invitan al lector a pasear por un espacio, aparte de realista, dolorido, cruel y contradictorio a partes iguales.

Estos textos, a veces, inquietantes, a veces conducentes a la reflexión sobre las distintas aristas de la condición humana, a veces intuitivos de un destino que no es el correspondido, poco a poco nos va mostrando en cada espacio narrativo una revisión y actualización de temas que incluyen humor, sexo, amor, pobreza, muerte, etc. En *Dabai, Chelo, dabai* ocurre un acercamiento a la materia oscura del paso del tiempo, del enigma que atraviesan en la actualidad las sociedades, especialmente las urbanas. Barletti ha sabido darle intensidad a sus argumentos, con las visiones de un cuidadoso espectador que a veces abandona su lugar de contemplación para confundirse o mimetizarse con las escenas y personajes que va vislumbrando. Cada relato de este libro es una esquirola que, como un puzzle, se va incrustando en las otras para recomponer el azogue donde se refleja la vida en un espacio que tiene que ver con el sur peruano, tomado como ámbito real o territorio ficcional.

Los relatos que componen este libro: Como quien no quiere la cosa, *Dabai Chelo, dabai*, *Rojizo y*, *El detective salvaje*, se expanden como sugestivos universos donde apetece quedarse, tal vez el lenguaje coloquial tenga algo de culpa en esto. Pero estas historias también vienen a ser espacios en los que no será fácil mantenerse al margen de los sucesos-historias que entreabren despacio —pero asertivamente— el deseo por la indagación, la imaginación y la sapiencia que giran en torno a algunos asuntos recurrentes en nuestras vidas: los vacíos, las pérdidas, las desesperanzas y las ausencias, en este caso relacionadas, otra vez, con el desgaste del tiempo. Según veo, no todas las veces se puede escribir sólo desde y sobre la propia ficción. También la otra opción real es literatura que interesa y sirve para desalojar, despojar y vaciar ciertas habitaciones imaginarias llenas de trastos útiles-inútiles.

En como quien no quiere la cosa, el amor se escribe con los silencios, la música y las huellas en la superficie de las cosas. Lo esencial, presente y oculto día tras día, enreda la vida de Meche, Mario, Tavo y Analú, todos ellos deben enfrentarse a sí mismos, a la madurez, a los miedos viejos y a los nuevos, a los caminos que aún no saben que transitarán. ¿Son, fueron, los días más felices? Mientras que en Dabai Chelo, dabai, el sexo, el enamoramiento, las aspiraciones, el desamor, la frustración, los viajes y las exploraciones nos muestran cómo va transcurriendo la vida y las formas en que el autor va ahondando en la realidad para desatar una experiencia sensorial, propia e intensa, marcada por el ritmo de un estilo contenido y los planos cortos que corresponden al cine. Seguramente que hasta aquí, los personajes de estos dos primeros relatos, son seres que se ven ante la posibilidad de iniciar una vida nueva y diferente, de poder deshacerse del pasado y cumplir esos sueños que nunca tuvieron oportunidad de realizar. Un lugar paradisiaco en el horizonte alimenta aún más, si cabe, estas ansias de cambiar de vida de los personajes. Sin embargo, en el discurrir, pronto advertirán que no es tan fácil desligarse de uno mismo, cambiar de rumbo, dejar a un lado los viejos-cotidianos problemas que ocurren en cada lugar del mundo donde es posible hacer escala hacia un sueño y empezar todo de nuevo, por última vez.

Narrado en un estilo fresco y ágil, no exento de agudeza humorística, en un escenario actual y con abundancia de sucesos, Rojizo, el tercer relato del libro, es una huida hacia adelante a la vez que un retroceso hacia el interior de uno mismo, hacia el lugar donde tienen sus raíces esos problemas que tanto tiempo llevamos eludiendo. Rojizo se entretiene en las situaciones políticas, intelectuales, estudiantiles y todas aquellas que la vida de la época universitaria pueda implicar.

En "El detective salvaje", el relato que cierra el libro y además el más extenso y logrado de todo el conjunto, Giovanni Barletti realiza un considerable ejercicio narrativo a lo largo de esta desconcertante e irónica narración. Aquí el autor, mediante una técnica bastante conocida, implica al lector en el propio texto. Exige su participación para acabar de tejer la urdimbre de identidades ambivalentes que se desarrolla en la historia: una trama que no hace más que reflejar las angustias y emociones de unos personajes que luchan por sobresalir y vencer realidades nada gratas. Toda historia es una incitación que puede derivar en ideas, viajes, recuerdos, alusiones,

ambiciones, fracasos, las mismas que envuelven a Ismael Salas, El detective salvaje, un hombre de negocios, de mediana edad, solitario, aventurero, vividor que entre jarama y chamba fantasea con la posibilidad de ser otro, de tener una estabilidad económica que le asegure dinero en el bolsillo. ¿Pero él no sabe cuál es su verdadera vida y qué es lo que le espera al final?

El hilo conductor de estos relatos es revelar el entramado de una realidad extremadamente tensa y contrastante, en la que predominan los sucesos de la vida colectiva e individual no sólo en espacios como en Perú, sino en todo el mundo. Por todo ello, las gentes que nos miran desde estas páginas unas veces naufragan en la tormenta y otras hacen equilibrios imposibles agarrados a un delgado hilo, viven en un infierno aguardando el último asalto, caminan hacia la luz desde el anonimato. Son triángulos escalenos que crujen a la salida de un callejón. La imperfección y el desorden. Personajes de carne y hueso, tan parecidos a nosotros en sus virtudes y defectos, los desheredados de la Tierra, olvidados, oprimidos que esperan un mundo mejor. Sobre ellos el autor deposita una mirada crítica, ácida en ocasiones, en ocasiones cariñosa y a veces memorable.

Más que un libro de cuentos, Dabai Chelo, dabai, es una narración coral que trasluce el desasosiego, el sufrimiento y la dolorosa belleza de una época que hoy nos refleja, nos irrita, nos conmueve y nos cambia y nos acaba.

VII. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

- La Sala Plena de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Arequipa, con fecha 1 de febrero, designó como presidente de dicho organismo al señor magistrado de segunda instancia D. Benito Paredes Bedregal.

- Trascendió a través de los medios de comunicación social, que el 26 de marzo la Corte Superior de Justicia de Arequipa (CSJA) donó útiles escolares a alumnos de la I.E 40032, de Puchún en la provincia de Camaná.

- Ortiz Bisso, Pedro. "Un gallito para nuestras cárceles". "El Comercio" del 29 de marzo del 2012 (p. A 7), contiene la contribución que elaboró Ortiz tras encontrarse en el penal de Lurigancho 550 gallos de pelea que "formaban parte del programa de resocialización" allí impuesto. No ha quedado claro todavía, empero, cómo es que la riña de gallos pueda posibilitar los fines preventivo especiales de que hace mención el art. IX del Título Preliminar del Código Penal. "¿Qué encontrará (la policía) la próxima vez? ¿Toros de lidia? ¿Un criadero de truchas? ¿El esqueleto de un yeti?" —pregunta Ortiz—.

Si la cruel riña de gallos y las apuestas que de ella se derivan involucran la resocialización, como oficialmente se cree, las cosas van de mal a peor.

- El presidente del Poder Judicial D. Cesar San Martín Casto, visitó el Distrito Judicial de Arequipa con fecha 13 de mayo.

- Durante la ceremonia por el Día del Juez llevada a cabo el 4 de agosto en el auditorio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (CSJA), el discurso de orden estuvo a cargo del Juez Supremo, Víctor Ticona Postigo, quien hizo una semblanza de Francisco Mostajo Miranda.

- Los señores magistrados Orlando Abril Paredes y Jenny Magallanes Rodríguez participaron activamente en las nego-

ciaciones llevadas a cabo, tras el motín efectuado en el penal de Socabaya por los internos de la localidad, la sobredicha participación se inició y concluyó el 28 de agosto.

- Garay, Tomás. Por inverosímil que parezca, el director del establecimiento penal de Lurigancho —Lima—, obligó a los internos a tonsurarse el pelo; puesto que algunos organismos de derechos humanos hicieron llegar sus protestas a todo nivel, el tal director fue subrogado en el cargo.

Entre saltar a la fama —como lo hizo el coronel Tomás Garay— y su destitución, transcurrieron apenas unos días (aunque no tuvimos a la vista la resolución que lo liquidaba en el cargo, los diarios indican que fue refrendada el 21 de septiembre del 2012).

No hay duda que este nuevo Eróstrato pasará a la posteridad no por sus buenos actos, ni por el respeto que supo observar hacia los presos y, menos, por haber estado a la altura del cargo que se le confió.

- Amnistía Internacional, al 10 de octubre del 2012, según Amnistía Internacional, son 20.000 las personas que deben ser sometidas a la pena capital en el planeta.

- El sábado 13 de octubre se llevó a cabo una Consulta organizada por el Colegio de Abogados. El propósito de la actividad en cita era evaluar anónimamente a los magistrados de nuestro Distrito Judicial llenándose, para el efecto, una ficha de evaluación. Nada justifica, según parece, el tiempo y gasto invertidos en una actividad anónima que, con seguridad, puede utilizarse para vengar antiguos resquemores o, incluso, para inventar tachas.

- La Segunda Sala Penal con reos en cárcel de Lima, el 15 de octubre, condenó a Eva Bracamonte Fefer y a Alejandro Trujillo Ospina (Payaso) por la comisión de los de-

litos de parricidio y asesinato cometidos en agravio de los herederos de la empresaria Myriam Fefer Salieres. Aquella deberá purgar 30 años de encierro; éste, 35. Aunque D. Luis Lamas Puccio, abogado de Bracamonte, interpuso recurso de nulidad, la sala penal de la suprema demoraría en emitir el pronunciamiento definitivo.

• Si usted cree haberlo visto todo, se equivoca.

Está establecido que los locos no pueden ser sujetos de encierro carcelario y que los miembros del Ministerio Público que laboran como fiscales defiende la legalidad y los derechos de los ciudadanos. Hay en el establecimiento penal de Socabaya un pobre orate (Uber Luzgardo Medina Cárdenas) que desde hace más de 5 meses viene padeciendo encierro bajo el pretexto de que al haber pedido sostener relaciones sexuales a dos señoritas, cometió delito de extorsión (que, según se sabe, es un delito contra el patrimonio). No está claro cómo es que para el fiscal que requirió prisión preventiva, solicitar favores sexuales puede ser una conducta extorsiva. Con todo, el miembro del Ministerio Público que obra de modo tan curioso es el señor Robin Helbert Barreda Rojas. La esquizofrenia de Medina, por último, fluye del informe presentado por D. José Alvarado Aco, médico del Centro de Salud Mental Moisés Heresi.

VIII. MISCELÁNEA

CRAINQUEBILLE

ANATOLE FRANCE

I

CRAINQUEBILLE ACUSADO

La majestad de la justicia reside por completo en cada sentencia decretada por el juez en nombre del pueblo soberano. Jerónimo Crainquebille, vendedor ambulante, sometido a la policía correccional por haber insultado a un agente de Orden Público, averiguó cuán augusta es la ley. Desde el banquillo de los acusados, en la sala triste y magnífica, vio a los jueces, a los escribanos, a los abogados con sus togas, al ujier con su cadena, a los gendarmes, y detrás de una barandilla las cabezas descubiertas de los silenciosos espectadores. Vióse a sí mismo sobre una tarima elevada, como si el solo hecho de aparecer delante de los jueces fuera para el acusado un funesto honor. En el testero de la sala, entre los dos asesores, hallábase el presidente Bourriche. Las palmas de oficial de Academia brillaban en su pecho. Un busto de la República y un crucifijo se alzaban sobre el pretorio, de manera que todas las leyes divinas y humanas estaban suspendidas sobre la cabeza de Crainquebille. Esto le horrorizó, y como carecía en absoluto de ideas filosóficas no se preguntó lo que significaban aquel busto y aquel crucifijo, ni tampoco trató de averiguar si estaban de acuerdo Jesús y la patria en el Palacio de Justicia. Era, sin embargo, un motivo de reflexión, porque la doctrina pontificia y el derecho canónico son contrarios en varios puntos a la Constitución de la República y el Código Civil. No se sabe que las Decretales hayan sido abolidas. La Iglesia de Cristo enseña que sólo son legítimos los poderes que ella ha conferido, y la República francesa tiene la pretensión de no someterse al poder pontificio. Crainquebille pudiera decir con algo de razón:

—Señores magistrados, el presidente Loubet no es un ungido; ese Cristo, colgado sobre vuestras cabezas, os recusa por boca de los Concilios y de los Papas. O está aquí para recordaros los derechos

de la Iglesia, que anulan los vuestros, o su presencia no tiene ninguna significación razonable.

A lo cual el presidente Bourriche quizá respondiera:

—Acusado Crainquebille, los reyes de Francia estuvieron siempre desavenidos con el Papa. Guillermo de Nogaret fue excomulgado, y no renunció por ello a su jerarquía. El Cristo del pretorio no es el Cristo de Gregorio VII y de Bonifacio VIII; puede ser el Cristo del Evangelio, que no sabía una palabra de derecho canónico y que jamás había oído hablar de las sagradas Decretales.

Entonces Crainquebille hubiera podido replicar:

—El Cristo del Evangelio era un demagogo. Por añadidura padeció un suplicio que, desde hace mil novecientos años, todos los pueblos cristianos consideran como un grave error judicial. ¡Veamos si el señor presidente se atreve a condenarme en nombre de Cristo, ni siquiera a cuarenta y ocho horas de cárcel!

Pero Crainquebille no se entregaba a ninguna reflexión histórica, política ni social. Estupefacto, concebía una idea muy elevada de la Justicia por la ostentación que la rodeaba. Profundamente respetuoso y dominado por el terror, hallábase dispuesto a aceptar las opiniones de los jueces acerca de su culpabilidad. En conciencia no se consideraba culpable, pero comprendía muy bien lo poco que significaba la conciencia de un verdulero ante los símbolos de la ley y ante los ministros de la vindicta pública. Ya su abogado le había convencido, a medias, de que no era inocente.

Una instrucción sumaria y rápida monumentalizó las culpas que pesaban sobre él.

II

LA AVENTURA DE CRAINQUEBILLE

Jerónimo Crainquebille, verdulero ambulante, recorría las calles de la ciudad con su carrito, y voceaba: "¡Coles, nabos, zanahorias!" Cuando llevaba puerros, decía: "¡Manojos de espárragos!", porque los puerros son los espárragos de los pobres. El 20 de octubre, a mediodía, bajaba por la calle de Montmartre; le salió al encuentro la mujer del zapatero Bayard y se acercó al carrito de las verduras, cogió desdeñosamente un manojo de puerros, y dijo:

—No valen gran cosa estos puerros. ¿A cómo es el manojo?

—A setenta y cinco céntimos, señora. Son de los mejores.

—¿Setenta y cinco céntimos tres puerros indecentes?

Y tiró el manojo dentro del carro a la vez que hacía un gesto despreciativo.

Entonces el guardia número 64 acercóse a Crainquebille, y le dijo:

—No se detenga.

Como desde cincuenta años atrás Crainquebille andaba desde muy temprano hasta el anochecer, aquella orden le pareció legítima y respetable. Se dispuso a obedecerla, pero antes instó a su parroquiana para que comprase lo que fuera más de su gusto.

—A condición de que yo misma he de elegir lo que compre —respondió alegremente la zapatera.

Y después de manosear los puerros y elegir el manojo que le apareció más grande, le oprimió contra su pecho, como las santas de los cuadros de iglesia oprimen la palma triunfal.

—Le daré setenta céntimos, y es muy bastante. No los tengo aquí; voy a buscarlos a la tienda.

Y abrazada a los puerros entró en la zapatería detrás de una mujer que llevaba un niño en los brazos.

En aquel momento el guardia número 64 dijo por segunda vez a Crainquebille:

—No está permitido pararse.

—Espero a que me paguen —respondió Crainquebille.

—Yo no le pregunto si espera o no a que le paguen; le digo que no está permitido pararse —replicó el guardia, con energía.

Entre tanto, la zapatera probaba en su tienda unos zapatos azules a un niño de dieciocho meses, cuya madre tenía mucha prisa. Y las cabezas verdes de los puerros descansaban sobre el mostrador.

Durante medio siglo de vida laboriosa, empujando su carrito por las calles, Crainquebille aprendió a obedecer a los representantes de la autoridad. Pero en aquel caso le rodeaban circunstancias que ponían en contradicción su deber y su derecho. Falto de estudios jurídicos, érale imposible convencerse de que su derecho individual no le dispensaba de cumplir su deber social. Daba demasiada importancia a su derecho que consistía en cobrar setenta céntimos, y no se preocupaba lo necesario de su deber, que le obligaba a empujar el carrito, sin detenerse, para no interceptar la vía pública.

No se movió.

Por tercera vez el guardia número 64, muy tranquilo y sin mostrar disgusto, le ordenó que siguiera adelante. Practicando un sistema contrario al del sargento Montauciel, que amenaza sin cesar y no castiga nunca, el guardia número 64 es muy sobrio en sus advertencias y ejecutivo en sus denuncias. Tal es su genio, bastante socarrón y extremadamente reglamentario, con la fiera de un tigre y la dulzura de un niño. Sólo conoce sus deberes.

—¿No me oye que le digo que no se detenga?

A Crainquebille le retenía, inmóvil, allí una razón, a su juicio, demasiado importante para que no la creyera suficiente. La expuso con sencillez y sin artimañas:

—¡Rediez! ¡No le dije ya que sólo espero a que me paguen?

El guardia número 64 limitóse a razonar:

—¿Quiere que le denuncie? Si tanto lo desea no tiene más que indicármelo.

Al oír aquellas palabras, Crainquebille encogióse lentamente de hombros y dirigió a su interlocutor una dolorosa mirada, que alzó después al cielo, como si quisiera decir:

"Que Dios me juzgue." ¿Acaso desprecio las leyes? ¿Acaso me burlo de los decretos y de las ordenanzas que rigen mi condición ambulante? A las cinco de la mañana ya estaba yo en el mercado, y desde las siete cojo las varas de mi carrito, lo empujo y voceo: "¡Coles, nabos, zanahorias!" "Tengo sesenta años cumplidos, estoy fatigado, ¡y me preguntan si alzo la bandera negra de los sediciosos! Esto es mofarse de mí; esto me parece una burla muy cruel."

Ya porque no interpretase la expresión de aquella mirada o ya porque no le pareciera en modo alguno excusable la desobediencia, el agente le preguntó con sequedad si le había comprendido.

Pero en aquel momento la aglomeración de vehículos era inmensa en la calle Montmartre. Los coches de alquiler, los carromatos, los carros de mudanza, los ómnibus y los camiones, apiñábanse y parecían indisolublemente unidos y enlazados. Entre su estremecedora inmovilidad se proferían interjecciones y juramentos. Los cocheros de punto cambiaban con los mozos de las carnicerías, a distancia y sin exaltarse, injurias heroicas; los conductores de los ómnibus reconocían en Crainquebille la causa de aquel embrollo, y le insultaban a gritos.

Entretanto, los curiosos, apiñados en las aceras, deteníanse para presenciar la disputa. Y el guardia, sobre quien afluían todas las miradas como interrogaciones, quiso responder con un alarde de autoridad.

—Está bien— dijo.

Sacó del bolsillo un cuadernito mugriento y un lápiz muy corto.

Crainquebille insistía en sus propósitos, obediente a una fuerza interior; por añadidura, ya no le hubiera sido posible avanzar ni retroceder, porque una rueda de su carrito estaba enganchada en el carro de un lechero.

Tiróse de los pelos por debajo de la gorra y exclamó:

—Pero ¿no dije que sólo espero que me paguen? ¿Es un crimen lo que hago aquí? ¡Tengo mala suerte! ¡Demonio! ¡Maldita sea la...!

Al oír aquellas frases airadas, hijas de la desesperación y libres de insolencia, el guardia número 64 se creyó insultado. Y como para él todo insulto revestía necesariamente la forma tradicional,

regular, consagrada, ritual, y, por decirlo así claro, litúrgica, de "¡Tío sinvergüenza!", en aquella forma recogió y concretó en su oído las palabras hipotéticas del delincuente.

—¡Ah!, conquese me llama usted tío sinvergüenza. Está bien; sígame.

Crainquebille, en el exceso de su estupor y de su abatimiento, contemplaba con los ojos muy abiertos, abrasados por el sol, al guardia número 64, y con su voz cascada, que parecía brotar unas veces por encima de su cabeza y salir otras por debajo de sus talones, repetía, mientras cruzaba los brazos sobre su blusa azul:

— ¡He dicho "tío sinvergüenza"? ¡Yo?... ¿Es posible?

Los dependientes de comercio y los muchachuelos de la calle acogieron aquella detención con una carcajada; satisfacía el gusto que a las muchedumbres proporcionan todos los espectáculos innobles y violentos. Pero un anciano taciturno, con levita y sombrero de copa, se abrió paso entre los que rodeaban a Crainquebille; acercóse al agente y le dijo con suavidad, con energía, en voz baja:

—Usted se ha equivocado; este hombre no le insultó.

—No intervenga usted en lo que no le importa —le respondió el guardia sin proferir ninguna amenaza, porque su interlocutor iba correctamente vestido.

El anciano insistía con tenacidad, sin perder la calma, y el agente le invitó a que fuese a explicarlo en la Comisaría.

Entre tanto, Crainquebille exclamaba:

—¿De modo que yo he dicho "tío sinvergüenza"? ¿Es posible?

Mientras pronunciaba aquellas palabras, la zapatera, señora Bayard, acercábase a él con los setenta céntimos en la mano; pero ya el guardia número 64 le tenía sujeto, y la señora Bayard, segura de que nada se le debe a un hombre detenido por la Policía, se guardó los setenta céntimos en el bolsillo del delantal.

Crainquebille vió de pronto su carrito abandonado, su libertad perdida, un abismo a sus pies, el sol entre nubes, y murmuró:

—Después de todo...

Ante el comisario, el taciturno testigo declaró que detenido en su camino por una aglomeración de coches, había presenciado la escena; y afirmaba que el agente, sólo por un error, pudo considerarse insultado.

Dijo su nombre y su profesión: David Matthieu, médico director del Hospital Ambrosio Paré, condecorado con la Legión de Honor.

Antiguamente, un testimonio de tanta consideración era bastante para convencer a un comisario; pero ahora entre los franceses habían llegado a inspirar desconfianza los hombres de ciencia.

Crainquebille, cuyo arresto fué elevado a prisión, estuvo toda la noche en el calabozo de la Comisaría, y a la mañana siguiente se lo llevaron en el coche celular.

La cárcel no le pareció dolorosa ni humillante; hasta la creía necesaria. Desde luego le sorprendió mucho la limpieza del suelo y de las paredes, y dijo:

—Es un local de veras limpio; tan limpio, que se podrían comer sopas en el suelo.

Al poco rato se propuso cambiar de sitio el taburete, y al convencerse de que se hallaba sujeto a la pared, expresó en voz alta su sorpresa:

—¡Vaya una idea! Seguramente a mí no se me hubiera ocurrido esto.

Sentado, jugueteaba con los dedos pulgares, hacíalos girar uno sobre otros y quedóse como ensimismado en esta ocupación. El silencio y la soledad le anonadaban. Se aburría y pensaba con tristeza en su carrito abandonado y cargado de coles, de zanahorias, de apio y de cebolletas.

“¿Dónde habrán metido mi carrito?” se preguntaba con ansiedad.

Al tercer día fue a visitarle su abogado, el señor Lemerle, uno de los más jóvenes y activos del Foro de París. Era presidente de una de las secciones de la Liga de la Patria francesa.

Crainquebille trató de ponerle al corriente su asunto, empresa para él bastante difícil, porque no tenía costumbre de hablar. Tal vez hubiera salido del apuro si le ofreciesen un poquito de apoyo; pero su abogado meneaba la cabeza con recelo a todo cuanto le oía, y, mientras ojeaba unos papeles decía en voz baja:

—¡Hum, hum! No veo en el sumario nada de cuanto me dice.

Después, como si le fatigase todo aquello, se atusó el bigote rubio, y dijo:

—Acaso le tendría más cuenta confesar. Yo, por mi parte, opino que su sistema de negaciones rotundas es de lo más desastroso y contraproducente que existe.

Desde aquel momento, Crainquebille hubiera confesado todo lo confesable, si hubiese tenido alguna confesión que hacer.

III

CRAINQUEBILLE, ANTE LA JUSTICIA

El presidente Bourriche dedicó seis minutos muy cumplidos al interrogatorio de Crainquebille. Aquel interrogatorio hubiese dado alguna luz si el acusado supiera responder a las preguntas que le dirigieron; pero Crainquebille no tenía costumbre de discutir, y en presencia de los jueces el respeto y el temor le sellaban los labios.

Por esto guardó silencio, y, entre tanto, el presidente suponía y formulaba las respuestas, que resultaron abrumadoras. Por fin dedujo:

—Es indudable que reconoce usted haber dicho "tío sinvergüenza".

—Yo sólo dije "tío sinvergüenza" para explicarle al guardia que yo no le llamé "tío sinvergüenza". Por esto dije yo "tío sinvergüenza" cuando lo dije.

Quería razonar de qué modo, asombrado por una imputación sin fundamento, había repetido las palabras que tan caprichosamente se le atribuyeron, a pesar de que no las pronunció en aquel instante ni con el propósito indicado en las diligencias. Cuando él dijo "tío sinvergüenza" lo dijo precisamente para sincerarse, como pudo acaso decir: "¿Yo insultar a un guardia? ¿Puede alguien suponerlo?"

El presidente Bourriche no lo comprendió así.

—¿Se obstina usted en que le guardia pronunció antes ese insulto?

Crainquebille no veía la manera de poner en claro sus pensamientos; consideraba muy difícil dar explicaciones.

—¿No insiste ya? Es lo mejor que puede hacer —adujo el presidente.

Y mandó que se presentasen los testigos.

El guardia número 64, llamado Martín Matra, después de jurar que diría la verdad y solamente la verdad, habló así:

—El día 20 de octubre, a las cinco de la mañana, estaba yo de servicio en la calle de Montmartre, y me chocó un individuo, con aspecto de vendedor ambulante, que tenía su carrito indebidamente parado frente al número 328, con lo cual interceptaba la vía pública y fue causa de que aglomerasen allí muchos coches.

"Le dije varias veces que siguiera sus caminos, y se negó a obedecerme. Cuando yo le advertí que le denunciaria me llamó "tío sinvergüenza", y esto me parece bastante injurioso."

Aquella declaración enérgica y mesurada fué oída con evidente credulidad por los jueces. El defensor había citado a la señora Bayard, zapatera, y al doctor Matthieu, médico director del Hospital Ambrosio Paré, condecorado con la Legión de Honor. La señora Bayard no había visto ni oído nada; el doctor Matthieu se hallaba entre la muchedumbre reunida en torno cuando el guardia pretendía que se alejara del verdulero. Su declaración ocasionó un incidente.

—Yo presencié la escena—dijo—y pude cerciorarme que el guardia se había equivocado; nadie le insultó. Acerquéme a él y se lo advertí. El guardia detuvo al verdulero y me invitó a seguirles a la Comisaría. En efecto: así lo hice y reiteré mi declaración ante el

comisario.

—Puede usted sentarse—dijo el presidente—. Ujier, avise al testigo Matra.

—Matra, cuando procedió usted a la detención del acusado, ¿no le hizo observar el doctor Matthieu que había usted entendido mal?

—Estoy seguro, señor presidente, de que también me insultó.

—¿Qué le dijo?

—Me dijo «tío sinvergüenza».

Un rumor de risas se alzó en el auditorio.

—Puede usted retirarse —dijo el presidente con precipitación.

Y advirtió al público que si continuaban aquellas indecorosas manifestaciones ordenaría que se desalojase la sala. Entre tanto, el defensor agitaba triunfalmente las mangas de la toga, y en aquel instante la opinión general daba por seguro que Crainquebille sería absuelto.

Ya restablecida la calma, el abogado defensor, señor Lemerle, se levantó. Empezaba su defensa con un elogio de los guardias de Orden público: "Esos humildes servidores de la sociedad que, mediante un salario insignificante, soportan fatigas, afrontan peligros y practican el heroísmo a todas horas, son viejos soldados, cuya misión prolonga sus afanes de soldados. ¡Soldados! He aquí la palabra que lo compendia todo..."

Y el señor Lemerle se remontó sin esfuerzo a las más elevadas consideraciones acerca de las virtudes militares. Dijo ser uno de los que "no consienten que se ataque al ejército, al ejército nacional, en cuyas filas milita, y por esta razón se siente orgulloso".

El presidente inclinó la cabeza.

En efecto: el señor Lemerle era teniente de la reserva. También era candidato nacionalista en el barrio de las Vieilles-Haudriettes.

Prosiguió:

—No desconozco los servicios modestos y preciosos que prestan diariamente los guardias de Orden público a la honrada población de París, y no consentiría en tomar a mi cargo la defensa de Crainquebille si hubiese visto en él a un difamador del viejo soldado. Se acusa a mi cliente de haber dicho «tío sinvergüenza».

"El sentido de la frase no es dudoso".

"¿Cómo la pronunció Crainquebille? ¿Está probado que la pronunció? Permitanme que lo dude, caballeros."

"No acuso al agente Matra de tener ningún propósito dañino; pero realiza, como ya lo indicamos, una tarea penosa, y a veces hállase fatigado, extenuado, abrumado. En tales condiciones puede ser víctima de una especie de alucinación del oído; y cuando

nos dice, señores míos, que el doctor David Matthieu, condecorado con la Legión de Honor y médico director del Hospital Ambrosio Paré, un príncipe de la ciencia y un hombre correcto, le llamó también "tío sinvergüenza", nos vemos obligados a reconocer que Matra padecía una obsesión, y si la frase no resulta impropia, diré que algo así como un delirio de persecuciones."

"Pero aun cuando Crainquebille hubiera gritado "tío sinvergüenza", quedaría por averiguar si esa frase tiene en su boca un carácter delictivo. Crainquebille, hijo natural de una vendedora ambulante, víctima de la borrachera y de la sensualidad, es alcohólico de nacimiento."

"Ahí le tenéis embrutecido por sesenta años de miseria. Señores míos, la piedad y la justicia nos obligan a reconocer en ese infeliz a un irresponsable."

El señor Lemerle volvió a sentarse, y el presidente Bourriche leyó entre dientes una sentencia, por la cual Jerónimo Crainquebille salía condenado a quince días de cárcel y a cincuenta francos de multa. El tribunal fundaba su fallo en la declaración del guardia Matra.

Cuando atravesaba los corredores, largos y oscuros del Palacio de Justicia, Crainquebille sintió una irreprimible ansia de afecto. Volvióse hacia el guardia que lo condujo y le llamó tres veces:

—¡Ay, Cípal! ¡Cípal!... ¡Cípal!...

Luego suspiró:

—¡Si hace quince días me hubiesen anunciado lo que tenía que sucederme, lo que me ha sucedido...!

Después hizo la siguiente reflexión:

—Los jueces y los abogados hablan muy de prisa. Todos hablan bien, pero hablan muy de prisa., no puede uno entenderse con ellos...Cípal, ¿no le parece a usted que hablan muy de prisa?

El soldado avanzaba sin contestar ni volver la cabeza.

Crainquebille le preguntó:

—¿Por qué no me responde?

Como el soldado seguía en silencio, Crainquebille le dijo con amargura:

—A los perros se les habla. ¿Por qué no habla usted conmigo? ¿Nunca despegas usted los labios? ¿No teme que se le pudra la lengua?

IV

APOLOGÍA DEL PRESIDENTE BOURRICHE

Algunos curiosos y dos o tres abogados salieron de la sala después de leída la sentencia y cuando ya el escribano presentaba otra causa. Los que salían no hicieron ninguna reflexión acerca del asunto Crainquebille, que no les había y del cual ni se acorda-

ban ya. Sólo el señor Lermite, grabador al aguafuerte, que no frecuentaba las audiencias públicas del Palacio de Justicia y estuvo allí aquel día sin explicarse por qué, reflexionó acerca de lo que acababa de ver y oír.

Puso su mano sobre el hombro de su compañero Aubarré, y le dijo:

—El presidente Bourriche puede mostrarse muy satisfecho por haber logrado en esta ocasión defenderse contra las vanas curiosidades del espíritu y prevenirse contra ese orgullo intelectual que pretende saberlo todo. Resuelto a examinar las contradictorias declaraciones del doctor David Matthieu y del guardia Matra, el juez hubiera tomado un camino que sólo conduce a la duda y a la incertidumbre. El método, el examen de los hechos, conforme a las reglas del análisis, resulta incompatible con la buena administración de la justicia. Si el magistrado cometiese la imprudencia de seguir este método, sus juicios dependerían de su sagacidad personal, que, a menudo, es minúscula, y de la inevitable fragilidad humana. ¿Cuál sería su autoridad? No puede negarse que el método histórico es en absoluto improcedente para proporcionarle cuantas certidumbres necesita. Basta recordar la aventura de Walter Raleigh.

“Un día que Walter Raleigh, encerrado en la torre de Londres, trabajaba, según su costumbre, en la segunda parte de su Historia del Mundo, se produjo una querella al pie de su ventana. Entretúvose mirando a los contendientes, y cuando volvió a su tarea estaba seguro de haberlos observado muy bien. Pero al día siguiente, y al tratar de aquel asunto con uno de sus amigos, que no sólo había presenciado la riña, sino que llegó a tomar parte en ella, vió desmentidas todas sus observaciones, y reflexionó acerca de lo difícil que debe de ser cerciorarse de la verdad al referir acontecimientos lejanos, cuando es posible padecer tan manifiestas equivocaciones respecto a lo que ocurre muy cerca de nosotros. Entonces arrojó a las llamas el manuscrito de su historia.”

“Si los jueces sintieran los mismos escrúpulos que sir Walter Raleigh, también arrojarían a las llamas todos los procesos, y al obrar así faltarían a su deber y renegarían de la justicia; esto sería, por su parte, un crimen. Es necesario renunciar a saber, pero no se puede renunciar a juzgar. Los que desean que las sentencias de los tribunales estén fundadas en la investigación metódica de los hechos son unos sofistas peligrosos y unos pérfidos enemigos de la justicia militar y civil. El presidente Bourriche tiene un espíritu de sobra jurídico para pretender que autoricen sus fallos la razón y la ciencia, cuyas deducciones están sometidas a eternas disputas. Los funda en los dogmas y los basa en la tradición, de manera que sus juicios igualan en autoridad a los mandamientos de la Iglesia. Sus sentencias son canónicas; quiero decir que las extrae de un cierto número de cánones sagrados. Vea usted, por

ejemplo, cómo clasifica los testimonios, no según los caracteres inciertos y engañosos de la verosimilitud y de la verdad humana, sino conforme a caracteres esenciales, permanentes y manifiestos. Los pesa con el peso de las armas. ¿Puede haber nada tan sencillo y tan prudente a la vez? Considera irrefutable la declaración de un guardia de Orden público, prescindiendo para ello de su flaqueza humana y considerándolo metafísicamente como a un número matriculado y conforme a los grados de la policía ideal. No es que juzgue a Matra (Sebastián), natural de Cinto—Monte (Córcega), incapaz de equivocarse; nunca pensó que Sebastián Matra estuviese dotado de un profundo espíritu de observación ni que aplicase al estudio de los hechos un método exacto y riguroso. A decir verdad, sólo considera a Sebastián Matra como guardia número 64.

"Un hombre es falible —reflexiona—. Pedro y Pablo pueden equivocarse; Descartes y Gassendi, Leibnitz y Newton, Bichat y Claudio Bernard han podido equivocarse. Todos nos equivocamos a cada momento; las razones que nos inducen al error son innumerables; las percepciones de los sentidos y los juicios del entendimiento son fuentes de ilusión y causas de incertidumbre; no debemos fiarnos del testimonio de un hombre: *Testis unus, testis nullus*." Pero se puede confiar en un número. Sebastián Matra, de Cinto—Monte, es falible; pero el guardia número 64, si prescindimos de su condición humana, no se equivoca; es una entidad, y en una entidad no hay nada de lo que turba, corrompe y engaña a los hombres. La entidad es pura, inalterable y sin mezcla. Por esto, el tribunal no ha vacilado en rechazar el testimonio del doctor David Matthieu, que es un hombre, para admitir el del guardia número 64, que es una idea pura y como un rayo de Dios penetra en el estrado.

"Al proceder de tal modo, el presidente Bourriche se asegura una especie de infalibilidad, la única posible para un juez. Cuando el hombre que declara lleva un sable, es al sable a quien debe oírse y no al hombre. El hombre es propenso al error y puede engañarse; pero un sable se inclina siempre hacia lo justo. El presidente Bourriche ha interpretado muy bien el espíritu de las leyes. La sociedad se apoya en la fuerza, y la fuerza debe ser respetada como el fundamento augusto de las sociedades. La justicia es la administración de la fuerza. El presidente Bourriche sabe que el guardia número 64 es una partícula del Estado. El Estado reside en cada uno de sus servidores. Disminuir la autoridad del guardia número 64 es debilitar el Estado. Comer una de las hojas de la alcachofa, es comerse la alcachofa, como dice Bossuet en su lenguaje sublime (*Política de la Sagrada Escritura, passim*)."

Todas las espadas del Estado están vueltas hacia el mismo punto. Si se ponen unas frente a otras, se trastorna la República. Por esto el acusado Crainquebille fue justamente condenado a quince días de cárcel y a una multa de cincuenta francos, con-

forme a la declaración del guardia número 64. Me parece oír explicar al presidente Bourriche las razones poderosas y bellas que inspiraron su sentencia. Me parece que dice:

—He juzgado a ese individuo de acuerdo con el guardia número 64, porque el guardia número 64 es la emanación de la fuerza pública. Y para comprender mi prudencia, para deducir lo absurdo que sería en mí hacer lo contrario, bastará imaginar lo que hice, puesto que si yo juzgara contra la fuerza, mis sentencias no serían ejecutadas. Observad que los jueces sólo son obedecidos mientras la fuerza reside en ellos, y que, sin los gendarmes, el juez sería sólo un iluso. Yo no puedo quitar la razón a un gendarme; por añadidura, el genio de las leyes se opone terminantemente. Si desarmásemos a los poderosos y armásemos a los débiles, alteraríamos el orden social que nuestra misión nos obliga a conservar. La justicia es la sanción de las injusticias establecidas. ¿Ha sido alguna vez opuesta a los conquistadores y contraria a los usurpadores? Cuando se alza un poder ilegítimo, para legitimarlo basta reconocerlo. Todo está en la forma; sólo cabe entre el crimen y la inocencia una hoja de papel timbrado puesta de canto. Crainquebille hubiera sido absuelto si fuera el más fuerte. Si, después de gritar: “¡Tío sinvergüenza!”, hubiese conseguido que le nombraran emperador, dictador, presidente de la República o, por lo menos, concejal, estoy seguro de que no le condenara yo a quince días de cárcel y a cincuenta francos de multa; le hubiera absuelto libremente, puede usted creerlo.”

“Sin duda expresaría sus ideas de este modo el presidente Bourriche, que tiene una inteligencia jurídica, que sabe lo que un magistrado debe a la sociedad y defiende los principios con orden y método. La justicia es social, y sólo espíritus perversos pretenden hacerla humana y sensible. Se administra con reglas fijas y no con estremecimientos musculares y resplandores de la imaginación. Sobre todo, no la exijáis que sea justa; no necesita serlo, puesto que es justicia, y hasta diré que la idea de una justicia justa sólo ha podido nacer en la cabeza de un anarquizante. Ciertamente el presidente Magnaud dicta sentencias razonables; pero se las casan, como debe ser.

“El verdadero juez pesa los testimonios con el peso de las armas. Lo vimos en el proceso de Crainquebille y en otros muchos procesos más célebres.”

Así habló Juan Lermite, mientras recorría de un extremo a otro la sala de espera.

El señor Aubarré, que frecuentaba el Palacio de Justicia, le respondió, rascándose las narices:

—Si desea usted saber mi opinión, le diré que no supongo al presidente Bourriche remontado en alas de tan sutil metafísica. A mi juicio, admitió el testimonio del guardia número 64 como la expresión de la verdad, porque todos obran de una manera pa-

recida. Debemos atribuir a la imitación el motivo de casi todas las acciones humanas. Ateniéndonos a la costumbre, pasaremos generalmente por hombres honrados, porque se llaman hombres honrados los que lo hacen todo lo mismo que los demás.

V

DE LA SUMISIÓN DE CRAINQUEBILLE A LAS LEYES DE LA REPÚBLICA

Nuevamente recluso en la cárcel, Crainquebille sentóse en el taburete de su celda, penetrado de asombro y de admiración, sin darse cuenta de que los jueces se equivocaban. El tribunal le había ocultado sus debilidades íntimas bajo la majestad de las formas. Ni siquiera podía suponer que sus razones fuesen las verdaderas en contra de los magistrados, cuyas razones no había comprendido. No podía concebir que algo claudicara en tan hermosa ceremonia, porque, ignorante de las pompas de la Iglesia y del Eliseo, que sólo de nombre conocía, nunca vio nada tan grandioso como un juicio de policía correccional. Estaba seguro de no haber dicho: "¡Tío sinvergüenza!", y el hecho de que le condenaran a quince días de cárcel por suponer que lo dijo, era para su imaginación un misterio augusto, uno de esos artículos de fe que los creyentes admiten sin comprenderlo; una revelación complicada esplendorosa, dulce y terrible.

Aquel pobre viejo se reconocía culpable de haber ofendido místicamente al guardia número 64, como el niño que asiste al catecismo se reconoce culpable del pecado de Eva. En su sentencia le acusaban de haber dicho: "¡Tío sinvergüenza!" Luego era indudable que lo dijo de un modo misterioso y para él ignorado. Transportábase a un mundo sobrenatural. Su sentencia era su apocalipsis.

Si no tenía una idea muy clara de su delincuencia, la tenía mucho menos clara del castigo. Su condena le había hecho el efecto de un acto solemne, ritual y superior, de "algo" esplendoroso que no se comprende, que no se discute, y de lo cual no debía lamentarse ni vanagloriarse. Si en aquel momento hubiera visto caer del techo al presidente Bourriche con una aureola en la frente y con alas, no le hubiera sorprendido aquella nueva manifestación de la gloria judicial; entonces sólo hubiera pensado tal vez "¡Caramba, continúa mi asunto!"

Al día siguiente su abogado fue a visitarle.

—¡Bravo, buen hombre! ¡No salió mal del todo! ¡Ánimo! Dos semanas se pasan en seguida. No podemos quejarnos.

—Sí, es verdad que los jueces se mostraron muy suaves y muy correctos. ¡Ni una frase insultante! Nunca lo hubiera creído. Y el municipal se había puesto guantes blancos. ¡No lo ha reparado usted?

—Visto ya el pro y el contra, resulta indudable que hicimos bien en confesar.

—Es posible.

—Crainquebille, tengo una buena noticia que darle. Una persona caritativa a quien he interesado por usted, me entregó cincuenta francos; los dedicaremos a pagar la multa que le han impuesto.

—Entonces, ¿cuándo me entregará usted los cincuenta francos?

—Los entregaré en la escribanía. No se preocupe.

—Lo mismo da. Sea como sea, dé las gracias en mi nombre a esa persona caritativa.

Y Crainquebille, pensativo, murmuró:

—Lo que me sucede no se repite con frecuencia.

—Está usted equivocado, Crainquebille.

— ¿Podría usted decirme dónde guardan mi carrito?

VI

CRAINQUEBILLE, ANTE LA OPINIÓN PÚBLICA

Crainquebille salió de la cárcel, y al empujar su carrito por la calle de Montmartre voceaba: "¡Coles, nabos, zanahorias!" No supo mostrarse orgulloso ni avergonzarse de su aventura; no conservó un recuerdo aflictivo. En su tosca inteligencia, todo aquello era como un espectáculo, como un viaje, como un sueño. Le agradaba pisar lodo por las calles de la ciudad y ver sobre su cabeza una faja de cielo plomizo, lluvioso, tan sucio como la calle: el cielo de su país. Se detenía en todas las tabernas para beber un trago, y después, alegre y libre, satisfecho, escupía en sus manos callosas para lubricar la piel, y empuñaba de nuevo las varas, empujando el carrito, mientras que a su paso los gorriones, madrugadores y pobres como él, buscaban, como él, su alimento en la calle, y huían en bandadas al grito familiar de "¡Coles, nabos y zanahorias!" Una vieja curiosa se le acercó y le dijo, mientras manoseaba el apio:

—¿Qué le ha sucedido, señor Crainquebille? Hace ya tres semanas que no se le ve por aquí. Le encuentro un poco pálido. ¿Ha estado usted enfermo?

—Verá usted, señora Mailloche: he vivido sin trabajar, como los ricos.

Nada ha cambiado en su vida; pero se mete en la taberna más a menudo que de costumbre, porque supone que ha de celebrar algo y que hizo amistad con personas caritativas.

Vuelve alegre a su desván. Tendido en el jergón, se arrebujaba entre los sacos de harpillera que le ha prestado el vendedor de castañas de la esquina, y reflexiona: "No hay motivo para quejarse de la cárcel; allí hay de todo. Sin embargo, me parece que un hombre está mejor en su casa."

Su contento duró poco; pronto pudo notar que sus parroquianas le volvían la espalda.

— ¿Quiere un apio muy bueno, señora Cointreau?

— No necesito nada.

— ¿Cómo que no necesita nada? Me figuro que no se alimentará usted del aire.

Y la señora Cointreau, sin responderle, entra con mucha dignidad en la panadería, cuyo despacho regenta. Las tenderas y las porteras, poco antes asiduas en torno del carrito verde y florido, se apartan ya de él. Cuando llega frente a la zapatería del Ángel de la Guarda, en donde tuvieron principio sus aventuras judiciales, grita:

— ¡Señora Bayard, señora Bayard! Aún me debe usted setenta y cinco céntimos.

Pero la señora Bayard, que se apoya en el mostrador, no se digna volver la cabeza.

Toda la calle de Montmartre sabe que Crainquebille acababa de salir de prisión, y en toda la calle de Montmartre nadie le reconoce. La noticia de su condena se había extendido por todo el barrio, y llegó hasta la esquina de la calle de Richer. Allí, a eso de las doce, Crainquebille ve a la señora Laura, su constante y bondadosa parroquiana, inclinada sobre el carro del joven Martin. Tantea un repollo. Sus cabellos brillan al sol como abundantes hebras de oro ensortijadas. Y el joven Martin, un insignificante, un indecente, la jura con la mano puesta sobre el corazón que no hay mejor mercancía que la suya. Aquel espectáculo destroza el alma de Crainquebille. Empuja su carro para que tropiece con el del joven Martin, y dice a la señora Laura, lastimado y dolorido:

— ¡Parece mentira que me abandonen así!

La señora Laura, como ella misma lo reconoce, no es una duquesa. No se ha formado una idea de la prevención y de la cárcel entre una sociedad muy distinguida; pero se puede ser honrada en todos los oficios, ¿no es cierto? Todos tenemos nuestro amor propio, y a nadie le gusta tratar con un individuo que sale de la cárcel; por esto responde a Crainquebille con un gesto de repugnancia. El viejo vendedor ambulante siente la afrenta, y ruge:

— ¡Anda, so lagartona!

La señora Laura suelta su verde repollo, y grita:

— ¡Largo de ahí, viejo carcamal! ¡Ayer salió de la cárcel y se permite ya proferir insultos contra las gentes!

Crainquebille, en circunstancias normales, jamás hubiera reprochado a la señora Laura su condición. Sabía muy bien que no siempre se hace en el mundo lo que se desea, que no se escoge el oficio, y que en todos los estados hay buenas almas. Solía desconocer, prudentemente, las acciones de sus parroquianas, sin despreciar a ninguna. Tres veces llamó a la señora Laura "lagartona, pécora, desharrapada". Un grupo de curiosos agolpóse en torno

de la señora Laura y de Crainquebille, que se arrojaron a la cara muchos improperios más, y que hubieran seguido injuriándose largo rato si un agente que apareció de pronto, inmóvil y mudo, no les hubiera comunicado su silencio y su inmovilidad. Se separaron; pero aquella escena acabó de desacreditar a Crainquebille en la opinión del barrio de Montmartre y de la Calle Richer.

VII

LAS CONSECUENCIAS

El pobre viejo seguía su camino y murmuraba:

—Es una lagartona; no hay mujer más lagartona en el barrio.

Pero en el fondo de su alma no era esto un reproche; no la despreció nunca por ser como era; más bien la estimó porque la creía ahorradora y ordenada. En otro tiempo charlaban los dos con mucho gusto; ella le refería sucesos de sus padres, humildes campesinos, y él, como ella, manifestaba también deseos de cultivar un huertecillo y criar gallinas. Era una excelente parroquiana. Por esto, al verla comprar un repollo al joven Martín, a ese indecente, le había dado un vuelco el corazón; y al advertir que fingía despreciarle se le subió la sangre a la cabeza.

Lo peor era que los demás también le trataban como a un tiñoso. Nadie quería reconocerle. Lo mismo que la señora Laura, la señora Cointreau, la panadera, y la señora Bayard, del Angel de la Guarda, le despreciaban y le rechazaban. ¡Toda la sociedad!

Es decir, que por haber estado en la cárcel un par de semanas, ya no servía siquiera para vender puerros. ¿Hay justicia en esto? ¿Es posible que se deje morir de hambre a un honrado viejo, porque tuvo una disputa con un guardia de Orden público? Si no le consentían que vendiera verduras, le condenaban a morir de hambre.

Crainquebille se agriaba, como el vino mal envasado. Después de haber tenido "algunas palabras" con la señora Laura, discutía con todo el mundo. Por lo más mínimo les decía cuatro descaros a las compradoras. Cuando sobaban mucho la mercancía las llamaba sencillamente reparonas y cicateras; en la taberna peleábase con todos los compañeros. Su amigo el vendedor de castañas no le reconocía; Crainquebille se transformaba; era ya una especie de puerco espín. No puede negarse que se volvía incongruente, trasnochador, borracho y crapuloso. Como juzgaba imperfecta la sociedad y tenía menos recursos que un profesor de la Escuela de Ciencia Morales y Políticas para expresar sus ideas acerca de los vicios del sistema y de las reformas necesarias, protestaba de aquel modo; sus pensamientos no se desarrollaban en su cerebro con orden y medida.

La desgracia le hizo injusto; vengábase en aquellos que nunca le desearon ningún mal, y con frecuencia en seres más débiles que él. Una vez dió un bofetón al hijo del tabernero por haberle pre-

guntado si se vivía con holgura en la cárcel, y añadió:

—¡Canalla! Tu padre sí que debiera estar en la cárcel, porque nos vende venenos para enriquecerse.

Aquel acto y estas palabras no le honraron, pues como el castaño se lo demostró justamente, no se debe pegar a un niño, ni hablarle mal de sus padres.

Dedicóse a beber, y cuanto menos dinero ganaba más aguardiente bebía. Ahorrador y sobrio en otro tiempo, a él mismo le maravillaba el cambio.

—“Nunca fui derrochador —se decía—. Es posible que al envejecer se vuelvan los hombres menos razonables.”

A veces juzgaba severamente su mala conducta y su pereza:

“Mi buen Crainquebille, ya sólo sirves para empinar el codo.”

Otras veces se engañaba a sí mismo, persuadiéndose de que bebía por necesidad:

“Es preciso que de cuando en cuando beba un trago de vino para tomar fuerzas y refrescarme. Seguramente algo me abrasa por dentro, y la bebida me refresca.”

Con frecuencia llegaba tarde al mercado y sólo podía comprar, si se las fiaban, hortalizas mustias.

Al sentir una vez que le flojeaban las piernas y que se le oprimía el corazón, dejó su carro en la cochera y pasó todo el santo día de Dios dando vueltas en torno del puesto de Rosa, la mondonguera, y de todos los puestos de mercado. Por la noche, sentado sobre un canasto, se dió cuenta de su abatimiento.

Recordó su esfuerzo varonil y sus antiguos trabajos, sus enormes fatigas y sus ganancias, sus días innumerables, monótonos y laboriosos; sus paseos de noche en espera de la hora en que abren el mercado; las verduras cogidas a brazados y dispuestas con arte en el carrito; el café caliente de la tía Teodora bebido a escape y en pie, sin soltar siquiera una de las varas; su voceo agudo como el canto de un gallo que desgarraba el aire matinal; su caminata por las calles populosas; su vida inocente de rucio humano que durante medio siglo llevó en su comercio ambulante a los ciudadanos, abrasados por el insomnio y las preocupaciones, la cosecha lozana de los huertos.

Meneó la cabeza, y dijo:

—¡No! No tengo las fuerzas que tenía. Estoy desfallecido. Tanto va el cántaro a la fuente que al fin se rompe. Y desde aquel altercado con la Justicia mi carácter se agrió. No soy el que fui, ¡vaya!

Sentíase abrumado e impotente. Cuando llega un hombre a semejante situación es un caído incapaz de levantarse. Todos los que pasan le pisotean.

VIII

LAS ÚLTIMAS CONSECUENCIAS

Llegó la miseria, la triste miseria. El viejo vendedor ambulante, que en otro tiempo recaudaba en el barrio de Montmartre muchas monedas de cinco francos, ya no tenía un céntimo. Era en invierno.

Arrojado de su desván, durmió bajo los carros en un cobertizo. Llovió durante veinticuatro días; los canalones se desbordaron y el cobertizo se inundó.

Acurrucado en su carrito sobre las aguas mortíferas, entre arañas, ratas y gatos hambrientos, en la oscuridad, meditó.

Llevaba muchas horas sin comer, sin otro abrigo que los sacos del vendedor de castañas, y recordó los quince días pasados en la cárcel, donde la Justicia le dió cama y alimento. Envidió la fortuna de los encarcelados, que no padecen frío ni hambre, y tuvo una idea:

"Puesto que ya conozco el recurso, ¿por qué no emplearlo?"

Se levantó y salió a la calle. Serían las diez. La noche estaba desapacible y tristona. Invadía el espacio una niebla más penetrante y más fría que a lluvia. Algunos transeúntes circulaban, arrimados a la pared.

Crainquebille pasó junto a la iglesia de San Eustaquio y se metió por la solitaria calle de Montmartre. Un guardia de orden público estaba plantado en la acera, a la sombra de la iglesia, bajo un farol; veíase caer en torno de la luz una lluvia rojiza que el guardia recibía impasible sobre el capuchón; su aspecto era lastimoso, pero, ya porque prefiriese la luz a la oscuridad o porque se sintiera cansado de andar, permanecía bajo aquel farol, que tal vez juzgaba como un compañero, como un amigo. Aquella temblorosa luz era su distracción única en la noche triste. La inmovilidad de aquel hombre no parecía del todo humana; el reflejo de sus botas en la acera mojada, semejante a un lago, prolongaba su figura y le daba, desde lejos, las apariencias de un monstruo anfibio sumergido por la mitad en el agua. Más de cerca ofrecía, con su capuchón y su sable, cierto aspecto monacal y militar. Los duros rasgos de su rostro, agrandados por la sombra que proyectaba el capuchón, se mostraban resignados y macilentos. Era su bigote muy poblado, corto y gris.

Crainquebille acercóse humildemente a él, con voz débil, temblorosa, le dijo:

—¡Tío sinvergüenza!

Luego esperó el consabido efecto de aquella frase; pero no fué tomada en consideración.

El guardia continuó inmóvil y mudo, con los brazos cruzados bajo la esclavina impermeable. Sus ojos, muy abiertos, brillantes

en la oscuridad, contemplaban a Crainquebille con tristeza, vigilancia y desprecio.

Crainquebille, extrañado, pero decidido aún, balbució:

—¡Tío sinvergüenza! Le llamo ¡tío sinvergüenza!

Hubo un momento de silencio; caía la lluvia fina y roja y reinaba una oscuridad glacial. Por fin habló el guardia.

No debe usted decir eso... No debe usted decir palabrotas. A su edad es necesario tener más prudencia... Siga su camino.

—¿Por qué no me detiene usted?

—pregunto Crainquebille.

El guardia meneó la cabeza, bajó su capuchón humedecido, y respondió:

—Si tuviéramos que detener a todos los vagabundos que dicen lo que no deben decir, sería cuento de no acabar... ¿y de qué serviría?

Crainquebille, anonadado por aquel desprecio magnífico, permaneció mucho rato atónito y mudo, con los pies en el agua; y antes de irse quiso dar una explicación:

—Realmente no es a usted a quien he llamado "tío sinvergüenza". Lo dije con otras miras. Mi propósito no era insultarle.

El guardia respondió con austera dulzura:

—Sea cual fuere su propósito, no debe usted decirlo; cuando un hombre, para cumplir con su deber sufre tantas fatigas, no merece que le insulten con palabras fútiles... Le ruego que siga su camino...

Crainquebille bajó la cabeza, dejó los brazos caídos, inmóviles, y desapareció bajo la lluvia en la oscuridad silenciosa.

IX. TESTIMONIOS PERSONALES Y ADHESIONES

"Atesoro un bello recuerdo del Dr. Oscar Díaz. Puede que él no lo tenga en su memoria, pero yo sí. Después de obtener 28 puntos en los dos primeros exámenes, en el tercero me puso 2; faltándole otros 2 para aprobar el curso, no tuve mejor idea que buscarlo y reclamarle, pues estaba segura que podría conseguir me sea aumentada la nota postrera. <Puedo subirle la nota, me dijo. ¿Garantiza eso que en el futuro sea usted una profesional exitosa?>. Desde entonces, han sido para mí sus palabras una lección de vida, pues estoy convencida que en cada uno de nuestros actos debemos obrar con responsabilidad y no por el mero hecho de salir del paso".

DIANA LAZO DEL CARPIO

"Me adhiero gustoso al merecido homenaje que se tributa al recordado profesor D. Oscar Díaz en la revista institucional".

LUIS VELANDO PUERTAS

"El bagaje impresionante de conocimientos que impartía en clase el profesor Oscar ha repercutido positivamente en mi formación y, más tarde, en el ejercicio de mi función como magistrada".

MARIALIANA CORNEJO SÁNCHEZ

Vocal de la Corte Superior de Justicia de Cusco

"Saludo afectuosamente a mi extraordinario maestro de Derecho Procesal Civil D. Oscar Díaz Valverde. Merecidísimo el homenaje que se le hace en vida".

ROBERTO BURGOS DEL CARPIO

Vocal de la IV Zona de la PNP

Consejo Superior de Justicia de Cusco

"El reconocimiento a la proficua e intensa docencia desplegada por D. Oscar sin más se plasma en las páginas que integran la presente revista".

HÉCTOR DELGADO CASTRO

"Fue uno de los grandes maestros en mi vieja Facultad de Derecho".

RAMIRO BERMEJO RÍOS

VOCAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA

"[...] realmente se daba el trabajo de leer exhaustivamente las respuestas que consignábamos en los exámenes.

La única vez que alguien pudo discutirle una nota, le contestó: <le he calificado con menor nota de la que merecía, para que pase a subsanación y se esfuerce más, porque sé que puede hacerlo>.

La persona de la anécdota, nunca pudo calificar esa acción como injusta: la agradeció".

VIRGINIA DE LA CUBA MÁLAGA

"Leí alguna vez una frase que encierra un sugerente contenido: <nada adjetivo le ha sido regalado al hombre>. La prudencia, el rigor científico, la sabiduría y la tolerancia, son pues producto del esfuerzo personal que, según me consta, ornan la vida de Oscar Díaz Valverde, mi antiguo profesor universitario".

JORGE LUIS SALAS ARENAS

Vocal de la Corte Suprema de La República

Se recibieron adhesiones electrónicas de los señores Alejandro Cano M., Aníbal Ampuero, Aristides Villanueva, Carlos Ramos Núñez, Carola Benavente, César Linares, Consuelo Alvarez, Cristina Zárate, Daniel Pacheco, David Vizcarra, Diana Pereira H., Dolly Manrique, Eber Medina, Edgar Zúñiga Álvarez, Efraín Andía Chávez, Eleonora Rodríguez, Elías Segales, Enrique Lazo, Eudel Barreda, Felipe Ali O., Fernando Palacios, Gabriela Alcalá, Guido Núñez Del Prado, Gustavo Prado Carrera, Hernán Salinas, Hortencia Loayza, Hugo Ramos Hurtado, Jesús Alvarez, José Franco Casas, Lourdes Valdivia, Magda Ortiz de Zevallos, Marcia Zea, María Cohaila, Martha Lecaros, Oscar Flores Zapana, Patricia Golz, Paul Uyén Chehade, Percy Concha, Ramiro Quintanilla, Regina Torres López, Roberto Delgado, Rocío Manrique Zagarra, Román Puma, Rosario Manchego, Stanley Simons, Teresa Copaja, Tomás López Negrón, Víctor Marín, Walter Ticona, Wilfredo Zavalaga Banda, Wilmer Calle Olivera y Zoraida Huajardo.

ÍNDICE DE SUMARIOS

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

Homenaje a Luis Velando Puertas

Año 4, núm. 4, Noviembre, 2009

SUMARIO

Palabras Preliminares.....	17
Luis Velando Puertas.....	19

1. DOCTRINA

Kelsen en París: Una ronda en torno al «Modelo Concentrado» DOMINGO GARCIA BELAUNDE.....	27
Aborto: Reflexiones jurídicas y éticas en torno al Anteproyecto de Ley español JUAN RAMÓN LACADENA.....	51
La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos JOSÉ CEREZO MIR.....	73
En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA.....	103

Interdisciplinas

El Principio de Precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad SALVADOR DARÍO BERGEL.....	119
La múltiple y única filosofía de Deleuze JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	147
El Derecho a decidir (Acercas de la vida ajena) RAMIRO VALDIVIA CANO.....	173

Opinión de nuestros estudiantes

Una huella de vida	
ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS.....	183

II. CLÁSICOS PERUANOS

Investigación de la paternidad	
ANTONIO MIRÓ QUESADA.....	191

III. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

Proyecto de Constitución para la República Peruana	
MANUEL LORENZO DE VIDAURRE.....	215

IV. RECENSIONES

Alejandro Martínez Dhiér, «El jurisconsulto granadino Manuel de Seijas (Hernández) Lozano, precursor de la codificación en España»	
JULIO ARMAZA GALDOS.....	233
Miguel Ángel Osorio, «Juicio por Jurados. Perspectivas actuales e históricas»	
JORGE LUIS SALAS ARENAS.....	234
David Hidalgo/Diego Fernández Stoll/Daniel Yovera/Cecilia Valenzuela	
«La Muerte Se Escribe Sola. Una Historia Basada En El Crimen De Challapampa»	
JULIO ARMAZA GALDOS/EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	237
Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal	
EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	238
Eduardo Alcocer Pavis, «La inclusión del Enemigo en el Derecho Penal»	
JULIO ARMAZA GALDOS.....	240

V. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2009.....	251
Matrícula en la escuela de Derecho.....	251
Docentes del Programa Académico de Derecho.....	251
Personal administrativo.....	252
Conferencias.....	252
Cursos.....	252
Publicaciones de nuestros profesores.....	253
Obras en prensa.....	253
Información sobre profesores vinculados con nuestra Facultad.....	254
Sección necrológica.....	258

VI. MISCELÁNEA

Amatoria Forense	
BALTASAR H. MORALES.....	263
Testimonios personales y adhesiones.....	269

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

En el Cincuentenario de su Creación

Año 6, núm. 5, Noviembre, 2009

SUMARIO

Liminares.....	13
-----------------------	-----------

1. DOCTRINA

Derecho Constitucional

Estado Social re-visitado	
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....	17
La Constitución de Cádiz y su influencia política y jurídica en el constitucionalismo peruano	
JOSÉ LUIS CÁCERES ARCE.....	31
Derechos Humanos para principiante	
JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	65

Derecho Penal

La individualización de la pena: contenido, trayectoria histórica y crítica del concepto	
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.....	91
Control difuso y el Nuevo Código Procesal Penal	
JORGE LUIS SALAS ARENAS.....	105
La privatización penitenciaria en el Perú	
BERLY CANO SUÁREZ.....	117
La cuantía en el hurto	
CLAUDIA FLORES FUENTES.....	133

Derecho Civil

Albaceas: el legado ibérico y la tradición nacional	
CARLOS RAMOS NÚÑEZ.....	139
Indemnización por la causal de separación de hecho: indemnizando con criterio jurisprudencial	
ANA MARÍA AMADO MENDOZA.....	149

Comentario a la Ley de Seguridad y salud en el trabajo DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA.....	155
--	-----

II. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

Código de Hammurabi.....	163
--------------------------	-----

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2011.....	183
Matrícula en la escuela de Derecho.....	183
Docentes del Programa Académico de Derecho	183
Personal Administrativo.....	184
Personal Administrativo del Consultorio jurídico.....	184
Conferencias y otras actividades académicas.....	184
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	186
Cursos.....	186
Publicaciones de nuestros profesores.....	186
Información sobre profesores vinculados a nuestra Facultad.....	187
Sección necrológica.....	188

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Javier Germán Rodríguez Velarde.....	193
--------------------------------------	-----

V. RECENSIONES

Juan Carlos Nalvarte Lozada, <i>El hombre de Acero</i>	199
Carlos María Romeo Casabona, <i>Enciclopedia de Bio- derecho y Bioética</i>	199
José Hurtado Pozo, <i>La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú</i>	199
Eugenio Raúl Zaffaroni, <i>La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar</i>	200
Luis Alfaro Valverde, <i>La indemnización en la separa- ción de hecho</i>	200

VI. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro arequipeño.....	203
-------------------------	-----

VII. MISCELÁNEA

Carta cursada por Miguel de Cervantes Saavedra a Felipe II MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA.....	209
De la mano ANDRÉS TRAPIELLO.....	211
La inimputabilidad por enajenación mental en los tiempos del Quijote JULIO ARMAZA GALDOS.....	213

El núm. 7 de la Revista de Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Santa María se publicó en los talleres de la Editorial Adrus en el mes de noviembre del año 2012.