

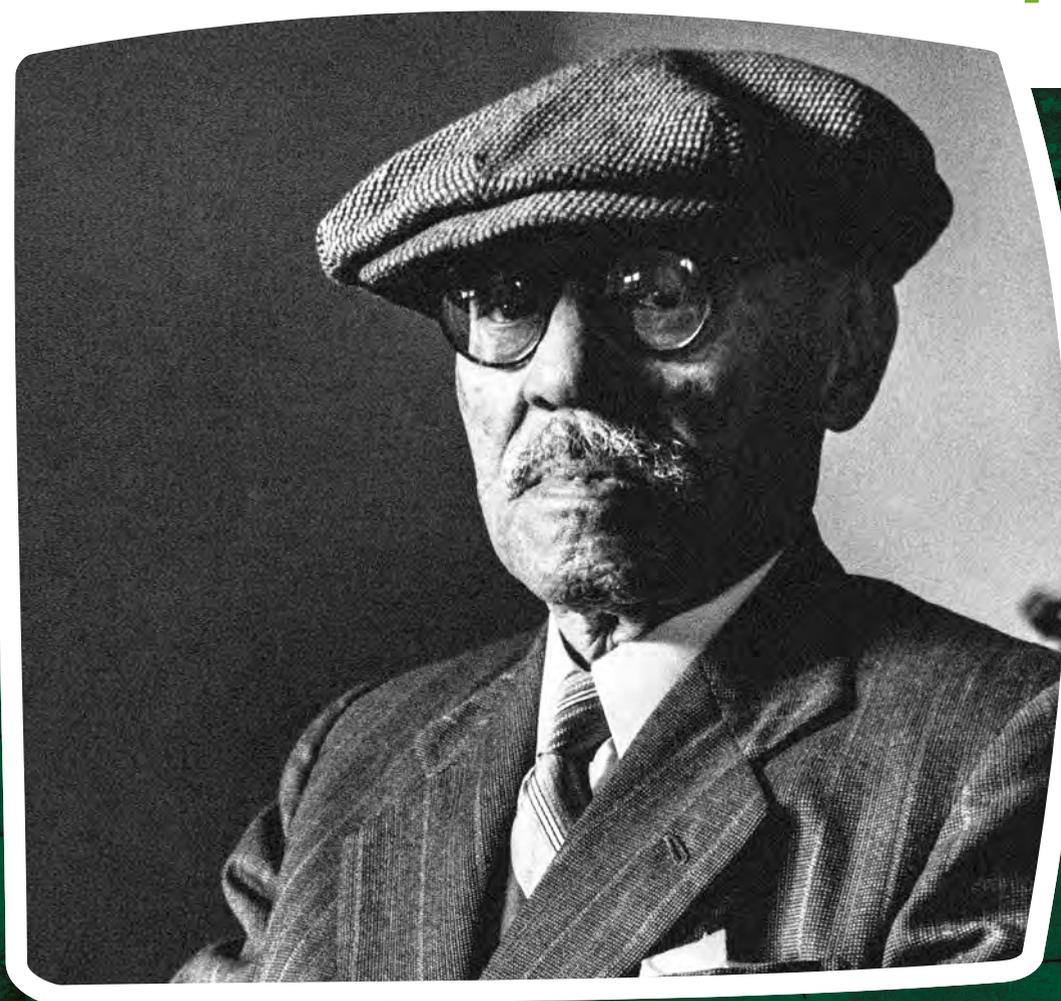
IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política | Universidad Ricardo Palma

ISSN: 2519-7274 (En línea)
ISSN: 2410-5937 (Impreso)

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022
Lima, Perú

11



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11

DIRECTOR

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Universidad Ricardo Palma, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0688-2035>

E-mail: irodriguez@urp.edu.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Universidad Ricardo Palma, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

E-mail: gladys.floresh@urp.edu.pe

CONSEJO EDITORIAL

MAGDIEL GONZALES OJEDA

Universidad Ricardo Palma, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9696-5397>

E-mail: magdiel.gonzaleso@urp.edu.pe

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Universidad Ricardo Palma, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-5258-4058>

E-mail: francisco.tavara@urp.edu.pe

FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Universidad Ricardo Palma, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8102-9619>

E-mail: felipe.villavicencio@urp.edu.pe

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

Universidad Ricardo Palma, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1155-0249>

E-mail: jose.sotomayor@urp.edu.pe

EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ
Universidad Ricardo Palma, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6070-1533>
E-mail: edgardo.rodriguez@urp.edu.pe

CONSEJO CONSULTIVO

JOSÉ HURTADO POZO
Universidad de Friburgo, Suiza
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1290-3023>
E-mail: jose.hurtado@unifr.ch

CARLOS RUIZ MIGUEL
Universidad de Santiago de Compostela, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7001-7962>
E-mail: carlos.ruiz@usc.es

VÍCTOR BAZÁN
Universidad Católica de Cuyo, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5066-0467>
E-mail: vabmarg@yahoo.com.ar

FRANCISCO DÍAZ REVORIO
Universidad de Castilla-La Mancha, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7260-8275>
E-mail: FcoJavier.DRevorio@uclm.es

SUSANNA POZZOLO
Universidad de Brescia, Italia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8566-517X>
E-mail: susanna.pozzolo@unibs.it

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0246-3159>
E-mail: bgarcia@pucp.edu.pe

PEDRO GRÁNDEZ CASTRO
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7174-5534>
E-mail: pgrandez@pucp.pe

GORKI GONZALES MANTILLA
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6872-672X>
E-mail: gorki.gonzales@pucp.edu.pe

LEYSSER LEÓN HILARIO
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4395-6710>
E-mail: lleon@pucp.edu.pe

BETZABÉ MARCIANI BURGOS
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4097-5614>
E-mail: marciani.bx@pucp.edu.pe

MIGUEL LEÓN UNTIVEROS
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2029-7342>
E-mail: mleonun@unmsm.edu.pe

EQUIPO TÉCNICO

Corrección de textos: Yuliana Padilla Elías
Asistente de edición: Alex Flores Flores
Traducción: Yuri Tornero Cruzatt
Diseño: Rodolfo Loyola Mejía
Diagramación: Miguel Condori Mamani
Gestión y publicación OJS: Infoedutec.com

ISSN: 2519-7274 (En línea)

ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-03913

© Facultad de Derecho y Ciencia Política
Universidad Ricardo Palma
Av. Benavides 5440, Santiago de Surco, Lima 33, Perú
Teléfono: (511) 7080000, anexo: 0140
E-mail: fac.derecho@urp.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Av. Benavides 5440, Santiago de Surco, Lima 33, Perú
E-mail: iusinkarri@urp.edu.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

LICENCIA



Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons
Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Fotografía de la carátula: Baldomero Pestana.

Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma es una publicación de periodicidad anual, cuyo objetivo principal es la difusión de artículos inéditos que son el resultado de investigaciones sobre temas jurídicos y de disciplinas afines como las ciencias sociales y las humanidades. La cobertura temática de la revista incluye la amplitud de las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía del derecho y teoría general del derecho. Asimismo, se promueve el empleo de enfoques y metodologías inter y multidisciplinarias que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras.

Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, actualidad y contribución al conocimiento científico y jurídico.

Ius Inkarri recibe las colaboraciones de todos los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de nuestra casa de estudios, así como de profesores de otras universidades nacionales e internacionales, de investigadores en temas de derecho y disciplinas afines. La presente publicación está dirigida a investigadores del derecho, docentes universitarios, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica.

IusInkarri[®]

Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma is an annual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal issues and related disciplines such as social sciences and humanities. The journal's thematic coverage includes the breadth of legal specialties, including constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy of law, and legal theory. It also promotes the use of inter and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law and philosophy, sociology, political science, economics, and anthropology, among others, closer together.

The articles in the journal are refereed anonymously by specialists external to the institution, who take into consideration the following evaluation criteria: originality, topicality, and scientific and legal contributions.

Ius Inkarri receives contributions from our university professors of the Faculty of Law and Political Science, as well as from other national and international professors and researchers in law and related disciplines.

IusInkarri[®]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

- 11 IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

SEMBLANZA

Enrique López Albújar. Una semblanza de su trayectoria literaria y judicial

- 17 GLADYS FLORES HEREDIA

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

El derecho a la salud y el principio de seguridad personal

- 29 MAGDIEL GONZALES OJEDA

¿La propiedad regresa al donante si el donatario no ejecuta el cargo o modo establecido?

- 53 ENRIQUE MENDOZA VÁSQUEZ

La maternidad subrogada en la reproducción humana asistida

- 87 CARMEN ROCÍO ARÉVALO MARTOS

La política y la ética

- 127 ALEJANDRO ROJO MARTÍNEZ

- Diversas expresiones del humanismo
147 FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA
- El nombre como distintivo de la identidad y caracterización
de la persona en la tradición «El padre Pata» de Palma
185 IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ
- Derecho y literatura: a propósito de Enrique López Albújar
y César Vallejo
201 FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
- La representación del juez en el cuento «El caso de Julio
Zimens» de Enrique López Albújar
225 GLADYS FLORES HEREDIA



Esta presentación se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero–junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.u11n11.4207

PRESENTACIÓN

El número 11 de *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* de la Universidad Ricardo Palma reúne notables artículos cuyos autores pertenecen a nuestra comunidad académica y, como tales, demuestran sus conocimientos, su capacidad crítica y su vocación por la investigación. En esta edición se reflexiona sobre el derecho a la salud como uno de los objetivos del modelo social que pretendemos alcanzar en el contexto del Estado social y democrático de derecho; se plantea que es fundamental atender a este derecho para garantizar la atención médica y la prevención de enfermedades en nuestro país. Por otro lado, se indaga sobre lo que sucede con las donaciones de bienes cuando se ha incumplido el cargo, lo cual conlleva a la revocación o la resolución de la donación. Dado que ello no ha sido sancionado de manera específica por el Código Civil peruano, se analizan los artículos que pudieran vincularse con dichos casos para interpretarlos desde la ley y buscar soluciones justas avaladas por los principios de la buena fe y la fuerza vinculante del contrato.

Otro tema estudiado con rigurosidad se enfoca en la problemática jurídica de la maternidad subrogada en la reproducción humana asistida. Se revisa la normativa existente y se analizan minuciosamente sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia de la República y las propuestas legislativas del Congreso

respecto a la prohibición o la aceptación de la maternidad subrogada; así, se examina la irregularidad normativa sobre el acceso y la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la falta de un régimen de infracciones, pues ello podría atentar contra el interés superior del niño.

En una línea reflexiva similar, se propone que la política refuerce vínculos con la ética, de manera que la sociedad practique valores en favor de la comunidad para que cuando los ciudadanos asuman cargos políticos, los ejerzan con vocación de servicio, en beneficio del prójimo y el progreso nacional. Además, otro artículo incide en el concepto del humanismo como ideología, sus manifestaciones (cristiano, marxista y existencialista, y racionalista) y su importancia, ya que al reconocer la dignidad, la igualdad y la libertad humana, se ha promovido la consolidación de sociedades justas. Por ello, se postula que en la actualidad es imprescindible la aplicación de los principios humanistas para forjar un socialismo democrático participativo.

Cabe mencionar que en el presente número de *Ius Inkarrí* se rinde un merecido homenaje a Enrique López Albújar, magistrado y destacado escritor peruano que, con su pluma, llevó el derecho y la justicia a la ficción. Dos artículos se centran en el escritor. En el primero, se interrelaciona el derecho y la literatura con el objetivo de generar un diálogo entre la normativa y las ciencias jurídicas y sus representaciones literarias, donde se plasma la cultura jurídica de los escritores; así lo demuestran las obras de Enrique López Albújar y César Vallejo, célebres autores que ejercieron la judicatura. Por ello, el abordaje de la relación derecho-literatura se enfoca en la formación intelectual de ambos escritores, sus experiencias particulares con la justicia y las maneras en que la cristalizaron en sus obras. En el segundo artículo se estudia la configuración del juez en «El caso de Julio Zimens», texto publicado en *Cuentos andinos* (1920), de Enrique López Albújar. A partir de dicho estudio, se analiza cómo se representa la administración de la justicia en los Andes peruanos a inicios del siglo XX y las paradojas que esta implica.

Adicionalmente, también desde la perspectiva del derecho y la literatura, otro trabajo aborda la tradición «El padre Pata», de Ricardo Palma, para revelar la naturaleza jurídica del nombre propio como distintivo de la identidad y la caracterización de la persona. Tomando como ejemplo dicha tradición palmiana, se pretende demostrar que las alteraciones del nombre afectan la individualización del sujeto de derecho en la sociedad bajo la óptica del derecho civil actual.

En conjunto, los artículos que publicamos en este decimoprimero número de *Ius Inkarri* dan cuenta de la constante preocupación de los investigadores por reflexionar críticamente sobre el derecho, analizar problemáticas actuales y procurar soluciones justas, defendiendo la libertad y la democracia. Asimismo, con el propósito de que nuestra revista se incorpore a la base de datos SciElo, se ha previsto que a partir de este año su periodicidad sea semestral.

Por último, resaltamos que el esfuerzo colectivo de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma permite que en cada edición nuestra revista se reafirme como un medio serio y propicio para difundir rigurosas investigaciones y promover discusiones y nuevos acercamientos sobre estos temas. Agradecemos a todos los colaboradores de esta noble causa académica y los invitamos a continuar apoyándola.

DR. IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ
Rector
Universidad Ricardo Palma

SEMBLANZA

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)



Esta semblanza se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4208

ENRIQUE LÓPEZ ALBÚJAR. UNA SEMBLANZA DE SU TRAYECTORIA LITERARIA Y JUDICIAL

GLADYS FLORES HEREDIA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: gladys.floresh@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

Enrique López Albújar nace el 23 de noviembre de 1872, en la hacienda Pátapo, ubicada en la ciudad de Chiclayo. Sus padres fueron Manuel López, de origen piurano, y Manuela Albújar, de Lambayeque. Cada vez que se le preguntaba por su terruño, López Albújar, primogénito de la pareja de esposos, respondía: piurano. Es en esta cálida ciudad donde será bautizado y donde le extenderán la partida de nacimiento. La infancia de Enrique transcurrirá entre Morropón y Piura. De hecho, la etapa formativa escolar, entre 1878 y 1885, la realizará en Morropón, ciudad en la que dos maestros marcarán su experiencia como estudiante del nivel primario: el severo, estricto y distante maestro Miguel Piedra, y el entrañable y amigable maestro Nicanor Calderón. Este último le presentará al pequeño Enrique el universo de los clásicos de la literatura y del pensamiento europeos. Dice de él en un pasaje de sus memorias:

Calderón era un educador a la manera de hoy, un espíritu lleno de una riqueza moral inagotable. Si para el niño dócil y pundonoroso tenía una sonrisa, una frase elogiosa y a veces un discurso, para el torpe y levantisco tenía un consejo, una promesa, una represión en privado, un suave reproche y tal vez un poco de compasión paternal (López Albújar, 2019, p. 160).

Sus estudios secundarios los realiza en el Colegio Nuestra Señora de Guadalupe (1886-1890). Tiene 14 años cuando se aleja del núcleo familiar para enrumbar hacia Lima. Así como su paso por la educación primaria fue sobresaliente, no será menor en Lima, donde destaca y egresa con méritos. En 1891 ingresa a la Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Sus constantes lecturas y su inclinación a escribir lo hacen integrar muy pronto el grupo selecto de colaboradores de los diarios *El Perú Ilustrado* (de Lima) y *El Progresista* (de Tacna). El joven López Albújar desarrolla un estilo irónico y crítico, que pronto le hará ganar lectores amigos y enemigos. Para 1892 el espectro de sus colaboraciones se extenderá también a importantes diarios de la época: *El País*, *La República*, *La Opinión Nacional*, *La Neblina*, *La Idea Libre*, *El Libre Pensamiento* y *La Tunda*. Y junto a José Santos Chocano y Mariano H. Cornejo, editarán el semanario satírico y político la *Cachiporra*.

La labor como periodista interesado en la política y la realidad social siempre mantuvo a López Albújar al filo de ser víctima de la represión del poder, y aunque ocultaba la identidad de su pluma bajo el seudónimo de León Cobos, este no siempre lo invisibilizó por completo. Así, cuando publica el poema «Ansias», contra el general Cáceres, en *La Tunda*, inmediatamente lo identifican como el autor y lo internan en la cárcel por algunos días. La causa no prospera y se le absuelve. Su caso de atentado contra la libertad de expresión fue llevado por Aurelio Fuentes, prestigioso abogado, hijo del no menos afamado hombre de letras Manuel Atanasio Fuentes, conocido como el Murciélagos. Pero no será el único traspié con la ley, así como aquel no será el único poema que le acarrearé detención. En 1894 será detenido y

conducido a la cárcel por la publicación del poema «Adiós a la patria», en el diario *El Comercio*. Así como en su primer arresto, su padre viajará desde Piura a Lima para buscar un abogado que pueda lograr su liberación.

La formación jurídica de López Albújar se define entre 1895-1899. Ingresa a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1895). Tras su destacado y siempre notable paso por las aulas sanmarquinas presenta su tesis titulada: *La injusticia de la propiedad del suelo* (1898) para optar al grado de bachiller en Derecho. Esta es rechazada porque la consideran «anarquista». Sin perder el espíritu transformador que orientaba su tesis, López Albújar vuelve a proponer otra al año siguiente, y la titula: *¿Debe o no debe reformarse el artículo 4.º de la Constitución?* Tras la defensa frente a un jurado, obtiene el grado de bachiller en Derecho (1899). Paralelamente a la elaboración de su tesis, su autoformación literaria se forjaba con la lectura sistemática de los naturalistas franceses: Zola, Flaubert y Balzac; fruto de estas lecturas y de su interés por la literatura, a los 25 años publica su primer cuento en *El Comercio*.

Tras egresar de la universidad retorna a Piura. En esta ciudad continuará con su quehacer literario, su trabajo académico y su actividad política. Obtiene el título de abogado tras aprobar el examen de grado (1904). Años después será nombrado adjunto al Juzgado de Primera Instancia de Piura (1911), también ejercerá el cargo de juez interino en la ciudad de Tumbes (1912). A estos méritos profesionales se suman otros más bien literarios. Por lo pronto, es consciente de que puede transitar con soltura por diversas formas artísticas: la poesía, el teatro, el cuento, la crónica y la biografía. Así lo hacen saber sus colaboraciones cada vez más diversas y constantes, aunque en este período la poesía cede lugar a otras formas expresivas: publica en *El Comercio* (1901) el penúltimo cuento que integrará luego el libro *La mujer Diógenes*. Este mismo año publica, en *La Idea Libre*, el relato que servirá para comprender las ideas del autor sobre el sentido del amor como un ejercicio de la libertad, se trata del cuento «Una expresión de

agravios», primera narración de su libro *Cuentos de arena y sol*. El retorno a Piura a inicios del siglo XX le ha insuflado inspiración y dedicación, escribe las piezas de teatro *Doña Caro en Piura* (1911), *Demasiado tarde* (1914) y *Desolación* (1916). Las crónicas tampoco le son ajenas, un centenar de estas, más o menos, se cuentan entre las colaboraciones que enviaba frecuentemente a la *Revista del Norte* y *El Deber*, ambas piuranas, y en las que firmaba con el seudónimo de Sansón Carrasco, personaje de la novela *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes Saavedra.

López Albújar siempre tuvo claro que el trabajo intelectual no solo consistía en un quehacer de gabinete, alejado de los problemas y elaborando teorías abstractas ajenas a la realidad. Por ello, siempre estuvo en la gesta y constitución de asociaciones o agrupaciones que orienten sus energías intelectuales hacia la sociedad. Su creencia en el poder de la prensa para formar la opinión crítica de la ciudadanía lo conduce a fundar el semanario *El Amigo del Pueblo* (1904), y como confía en la democracia, ese mismo año funda en Piura la filial del Partido Liberal. Son años de intensa actividad en los que encuentra numerosos escollos como «francotirador de verdades antigamonialistas» y «liberalófilo irreductible» (López Albújar, 2019, p. 211). El diario que dirige se clausura en 1908 y un año después, mayo de 1909, es acusado de realizar supuestas actividades políticas contra el régimen, por lo cual es apresado y trasladado a una prisión de Lima. El internamiento dura aproximadamente una semana. No es la primera vez que sufre prisión por defender sus ideales de justicia y por criticar los atropellos del poder de turno. De hecho, los breves internamientos carcelarios le han permitido a López Albújar hacerse una idea de la realidad carcelaria. En palabras de uno de los personajes que coloca como interlocutor en sus *Memorias*, este le dice: «La justicia anda entre nosotros con pies de plomo. Si supieras cuántos están aquí años de años sin que sus juicios pasen del sumario» (López Albújar, 2019, p. 195).

A su retorno a Piura, en lugar de amenguar su arrojo por las causas sociales, retoma sus actividades como abogado y como redactor y colaborador de la prensa periódica nacional. La estancia prolongada en Piura (1900-1916) está llegando a su fin. Contrae nupcias con la hermosa dama de ascendencia alemana Lucila Trint (1916). El mismo año es nombrado redactor principal de *La Prensa* en Lima, deja Piura para asumir este reto y emprender una intensa y fructífera, aunque corta, labor en *La Prensa*. Sus colaboraciones se publicarán en las secciones «Todo y nada» y «Día a día», bajo el seudónimo que ya había definido su estilo periodístico en Piura: Sansón Carrasco. Es en este contexto de ejercicio periodístico que responde críticamente a un artículo escrito por el dandi de la literatura peruana, Abraham Valdelomar; en este, el escritor iqueño desdeñaba a las generaciones anteriores a la suya. Aunque todo hace indicar que López Albújar permanecería en este diario por buen tiempo, apenas se mantiene en él por seis meses (desde julio de 1916 hasta enero de 1917). Las razones que lo llevan a renunciar completamente al diario tienen que ver con que se sintió vulnerado en sus derechos como valioso redactor. Recreando un diálogo sobre su descontento laboral, y haciéndole saber el proceder autoritario del encargado de la jefatura del diario, López Albújar (2019) le comenta al presidente Pardo:

Ya estoy viejo para tener patronos. Nunca los tuve hasta hoy, y esto de estar sujeto a la voluntad de quien se recibe un sueldo no deja de ser motivo de zozobra. El que depende de alguien, como empleado, señor, no puede estar seguro del puesto [...] tengo un título profesional y lo natural es que lo ejercite. O la defensa o la magistratura (p. 223).

A los 45 años, Enrique López Albújar retoma su carrera judicial (1917). En febrero de este año es nombrado juez de primera instancia de Huánuco, y desde la fecha

serán cinco años largos de distribuidor de justicia. Cinco años, durante los que cuales aprendí a trabajar con regularidad cronométrica y a sentir la fruición, un poco sádica, del cumplimiento

del deber a expensas de la voluntad; a rectificar mis juicios; a reponer providencias que yo tenía por bien dictadas; a soportar las impertinencias del rábula y el tinterillo; a sufrir los desahogos de las quejas; a ganarme odios y perder amistades (López Albújar, 2019, p. 224).

En esta jurisdicción será el protagonista de un hecho que repercutirá en su vida profesional. A pocas semanas de finalizar el año como juez, el 29 de diciembre de 1917 resuelve absolver a unos acusados de doble adulterio. El año siguiente (1918), la parte ofendida interpone recurso de apelación ante la Corte Superior de Justicia de Huánuco, y luego de esta, a la Corte Suprema, donde se consigue revocar la sentencia y suspender del ejercicio de sus funciones por tres meses a López Albújar. Diciembre será uno de los meses que le dará un duro golpe por un buen tiempo, en sus propias palabras: «un hachazo brutal, el más brutal de los que había recibido en mi vida» (López Albújar, 2018, p. 152) .

El retiro momentáneo de la judicatura por tres meses (de abril a julio de 1919) le hará retomar su actividad literaria. En la pasividad de la hacienda de su amigo Adolfo Cavallié comenzará a escribir los relatos que conformarán sus *Cuentos andinos*, libro que se publicará en Lima en junio de 1920, con el prólogo de Ezequiel S. Ayllón, colega suyo. La resonancia que tendrá esta publicación es significativa para la historia de la literatura peruana, recordemos que su autor tenía una carrera reconocida en el campo del periodismo, pero este conjunto de cuentos es el que lo posiciona en un lugar privilegiado donde, más adelante, se le reconocerá su carácter pionero de una corriente literaria y de pensamiento que toma al poblador de los Andes como protagonista. Su retorno a la actividad judicial está acompañado por el arrullo de las musas literarias, quienes tras la positiva recepción de sus cuentos instan al juez a componer otras historias. Así, en el lapso de tres meses escribe el libro *De mi casona* (1921). Con el afán de ampliar más su conocimiento del mundo del Ande, libreta en mano, visita Tomayquichua (1921), que años después inspirará la novela *El hechizo de Tomayquichua*.

Ya en Lima o ya en Huánuco, y cuando se podía, el magnetismo de su terruño Piura siempre le hacía retornar. En 1922 inicia el proceso de retorno de Huánuco a Piura. Al año siguiente permuta la judicatura de primera instancia y se queda en Piura. Y así como la esfera profesional va acomodándose con un reconocimiento social positivo, así también en el campo literario. Sus dotes de narrador traspasan las fronteras nacionales para posicionarse como referente de una narrativa que cuenta historias de los pobladores del Ande peruano. Su primer libro de cuentos todavía le produce satisfacciones, esta vez mediante una elogiosa carta que le escribe el célebre pensador español Miguel de Unamuno. En Lima se publica *De mi casona* (1924) y la segunda edición de *Cuentos andinos*, auspiciada por el presidente del Congreso Científico Panamericano, doctor Alberto Salomón. El motivo es propicio para escribirle una carta a Miguel de Unamuno.

Para fines de la década de los veinte (1928), López Albújar es nombrado vocal interino en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, donde permanecerá por dos años. En Piura publica su novela *Matalaché* (1928), esta cosechará crítica positiva y negativa. En 1930 deja la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y pasa a la Dirección de Educación Artística en Lima. Su actividad literaria no deja de ser constante, pues publica en Chiclayo *Calderonadas* (1930). Es nombrado vocal de la Corte Superior de Justicia de Tacna (1931) y dos años después (1933), en calidad de presidente de esta institución, publica sus *Memorias*. En esta ciudad comienza a escribir (1934) su novela *El hechizo de Tomayquichua*, le dedica dos meses y la deja inconclusa. En el tránsito de pensar cómo terminarla, publica el ensayo *Los caballeros del delito* (1936); y un año después, en Chile, se publican sus *Nuevos cuentos andinos* en la prestigiosa editorial chilena Ercilla (1937). Si bien fueron años de una intensa producción narrativa y cronística, en 1938 publica *De la tierra brava (poemas afroyungas)* con prólogo de Clemente Palma. Este libro marca su retorno a la poesía y es la síntesis de sus creaciones poéticas. Es presidente de la Corte Superior de Justicia de Tacna por segunda vez (1939) y termina de escribir, al año siguiente,

su novela *El hechizo de Tomayquichua*. Para esta época, su nombre es referente obligatorio para cualquier examen que se trate de realizar en el campo de la historia de la literatura peruana de inicios del siglo XX. Sus dos libros más comentados por los estudiosos nacionales y extranjeros son *Cuentos andinos* y *Matalaché*.

La imaginación poética y el disciplinado ejercicio del quehacer artístico son característicos en López Albújar, por ello a los 70 años escribe el poemario *Lámpara votiva*, y a diferencia de quienes a esa edad se retiran a sus cuarteles de invierno, en el caso del autor, más bien es lo contrario, pues inicia su periplo literario por distintos lugares a donde lo invitan para dar conferencias y recitales. Así, viaja a Estados Unidos invitado por el Departamento de Estado para dar un recital en la Unión Panamericana, pero la censura le impide leer su conferencia «Hibridismo, libertad y democracia». A su paso se entrevista con los prestigiosos escritores Waldo Frank, Eugene O’Neil, John Dos Passos y John Englekirk. No será el único país, también viajará rumbo a la Argentina en 1943. Ese mismo año se publicará en Lima *El hechizo de Tomayquichua*. Asume, por tercera vez, el cargo de presidente de la Corte Suprema de Justicia de Tacna (1944). Un par de años después, a los 74 años, se jubila como magistrado en Tacna (1946). En esta misma ciudad que lo acogió en diversas oportunidades, en 1948, comenzará a escribir el libro de cuentos *La diestra de don Juan*, que terminará ocho años después.

A mediados del siglo XX, obtiene el Premio Nacional con su libro *Las caridades de la señora de Tordoya* (1950). Por su longevidad y por la continuidad de sus proyectos literarios, por ser el referente de las generaciones literarias de las décadas de los treinta, cuarenta y cincuenta, la crítica literaria comienza a catalogarlo como el patriarca de las letras nacionales. A sus 80 años recibe el homenaje de las letras peruanas al gran escritor (1952). Aunque su edad podía hacer pensar que su vida era sedentaria y definida en un solo lugar, se muda de Tacna a Lima (1954). En esta ciudad publicará el folleto en verso «La bandera» y «Anoche estuve en Piura», en colaboración editorial con Manuel Cevallos

Saavedra. Con estas publicaciones busca rendir tributo a Piura, tierra que lo acogió y en la que vivió muchas experiencias. Instalado en el distrito de San Miguel, en Lima, continúa con la escritura de sus cuentos y la constante corrección de sus *Memorias*. Tiene 87 años y no ha abandonado sus proyectos literarios.

A sus 88 años, y como símbolo vivo de dos siglos, el honorable hombre de leyes y letras recibe el homenaje del Congreso de la República (1960). Un año después, el Ministerio de Educación Pública acuerda editar sus obras completas. En el ámbito académico, Raúl Estuardo Cornejo sustenta la tesis titulada *López Albújar: frente y perfil* (1960) en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Este estudioso, quien hará las veces de secretario del octogenario escritor, recuerda una conversación en la que dialogaron sobre temas diversos, uno de estos, el ocaso de la vida. Precisa Estuardo Cornejo:

López Albújar entró en él con suma familiaridad, sin temor, y hasta, diríamos, con esa rara confianza quevediana que se obtiene de la diaria meditación sobre aquella. Habló de sus años, de su atrevimiento orgánico, de sus azares de escritor, de su carácter, de sus creencias, de su línea, para concluir, cuando la despedida se anunciaba, con un hondo consejo a modo de corolario:

—Joven, la vida es una lucha permanente; pero la lucha, cuando se libra con honor, enaltece. La ventaja la da la inteligencia y el trabajo, unidos a la verdad. Actúe Ud. con esto, y verá que toda fuerza se doblega ante ello (Estuardo Cornejo y López Albújar citados por Vega Billán, 2003, p. 13).

El 6 de marzo de 1966 a la edad de 94 años, y seguramente escribiendo o preparando alguna nueva edición de sus clásicos libros, el corazón nonagenario de Enrique López Albújar dejó de latir.

REFERENCIAS

- Escajadillo, T. (1972). *La narrativa de López Albújar*. CONUP.
- Estuardo, R. (1961). *López Albújar, narrador de América. Trayectoria vital*. Anaya.
- Flores, G. (2018). Cronología. En López Albújar, E., *Narrativa. Obras completas* (t. 1, vol. 1, pp. XLIII-L). Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- López Albújar, E. (2018). *Narrativa. Obras completas* (t. 1, vol. 1). Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- López Albújar, E. (2019). *Memorias. Obras completas* (t. V). Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- Vega, R. (2003). *Enrique López Albújar: juez reformador del derecho penal*. Universidad Hermilio Valdizán.

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4638

EL DERECHO A LA SALUD Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD PERSONAL

The right to health and the principle of individual
security

MAGDIEL GONZALES OJEDA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: magdiel.gonzaleso@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-9696-5397>

RESUMEN

El Estado social y democrático de derecho es la respuesta a los requerimientos que el hombre actual demanda. En este nuevo tipo de Estado, los principios y los valores asumen una nueva concepción. Por un lado, definen y sustentan la «fórmula política del Estado»; y, por otro, fundamentan los objetivos que la sociedad se propone alcanzar para conseguir su plena realización humana. Estos objetivos se sintetizan en el concepto de «modelo social», que es la sociedad debidamente organizada que pretendemos alcanzar, donde se garantice, en forma efectiva, no solo la vida, sino la total vigencia de los derechos fundamentales, y dentro de ellos el derecho a la salud.

En el contexto del Estado social y democrático de derecho, la seguridad como principio informador del Estado asume un mayor contenido, que está dirigido a conseguir una mayor efectividad de los derechos fundamentales. De esta exigencia ineludible del Estado, la obligación

de garantizar una verdadera certidumbre en toda actividad de la vida de los seres humanos constituye actualmente el núcleo del principio de seguridad.

Palabras clave: Estado social y democrático de derecho; derecho a la salud; principio de seguridad personal.

Términos de indización: democracia; derecho a la salud; seguridad humana (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

The social and democratic rule of law is the answer to the standards of the modernity. In this new kind of State, principles and values have a new conception. On the one hand, such principles and values define and sustain the «design of State policy»; and, on the other, they establish the objectives that society intends to achieve for its full realization. These objectives are synthesized in the concept of the «social model», where not only life is effectively guaranteed, but also the total validity of fundamental rights, including the right to health.

In the context of the social and democratic rule of law, security as an informing principle of the State assumes a greater content, which is aimed at achieving greater effectiveness of fundamental rights. From this inescapable requirement of the State, the obligation to guarantee true certainty in all activities in the lives of human beings currently constitutes the core of the principle of individual security.

Key words: social and democratic rule of law; right to health; principle of security.

Indexing terms: democracy; right to health; human security (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/07/2021

Revisado: 30/11/2022

Aceptado: 31/03/2022

Publicado en línea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: La autora declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas condiciones históricas que vivimos desde comienzos del siglo XX están determinando un Estado que tiene que adaptar sus valores a las nuevas exigencias y añadir a sus objetivos los de la regulación permanente del sistema social (García, 1980, p. 24). Es claro que se sigue sustentando en la ideología liberal y como tal cuenta con los valores básicos del Estado de derecho, como la libertad, la propiedad privada, la igualdad ante la ley y la seguridad personal.

El Estado social y democrático de derecho es la alternativa del Estado liberal, es la respuesta a los requerimientos que el hombre actual demanda. Este nuevo Estado no niega los valores del Estado liberal, sino que pretende hacerlos más efectivos, dentro de un marco ético, dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro; parte del supuesto de que los principios que sustentan al Estado tengan una base y un contenido material. Ello supone que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio, que la propiedad individual se utilice en función social; la seguridad e igualdad jurídicas, ahora, requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios, pues no hay probabilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y sus garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García, 1980, p. 26), lo que supone un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas que fundamentan el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones, y así poder concretar los objetivos del Estado.

El Perú ha asumido estas nuevas condiciones, de las que no puede sustraerse ni ser ajeno a ellas. Así ha sido definido en la Constitución nacional vigente (art. 43). En tal sentido, el Tribunal Constitucional (2003), en el proceso de inconstitucionalidad

n.º 08-2003-AI/TC, nos presenta las características básicas del Estado social y democrático de derecho.

Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado (fundamento 10).

En este nuevo tipo de Estado, los principios y los valores asumen una nueva concepción. De un lado, definen y sustentan o dan contenido a lo que Pablo Lucas Verdú llama «fórmula política del Estado»; de otro lado, fundamentan los objetivos o las metas que la sociedad, organizada políticamente, se propone alcanzar para conseguir su plena realización humana. Objetivos o metas que sintetizamos con el concepto de «modelo social»; en otras palabras, el modelo social es la sociedad debidamente organizada que pretendemos alcanzar, donde se garantice, en forma efectiva, no solo la vida, sino la total vigencia de los derechos fundamentales y por ende el real y efectivo goce del derecho a la salud.

2. EL DERECHO A LA SALUD

La Organización Mundial de la Salud (s. f.) define a la salud como «un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia o enfermedad» (párr. 1). Esta definición nos señala que el bienestar humano no solamente se refiere al ámbito puramente físico, sino que comprende otros, como el biológico, el social o el cultural, factores que deben tomarse en su conjunto, porque cuando hay un desequilibrio en estos podemos caer enfermos.

El Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 2064-2004-PA, nos indica que el derecho a la salud, previsto en el artículo 7 de la Constitución de 1993, comprende no solo el derecho al cuidado

de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna.

Así, afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada; y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 2).

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) ha delineado el contenido mínimo del derecho a la salud —que incluye el derecho a entornos saludables— precisando que el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial entraña, en particular, la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y la reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas, tales como la radiación y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos (art. 12, numeral 2, literal c).

En consecuencia, el derecho a la salud se entiende no solo como el derecho al cuidado de la salud personal, sino, sobre todo, como el derecho a vivir en condiciones de higiene ambiental, lo que se logra proporcionando a los individuos educación y condiciones sanitarias básicas.

Asimismo, la salud tiene las características de ser un derecho y además un condicionante para el ejercicio de otros derechos, pues se observa claramente que el derecho a la salud mantiene interdependencia con otros derechos, ya que el goce pleno de estos depende de la salud de una persona. Además debe tenerse en cuenta que las condiciones de salud pueden variar según el grado de libertad que las personas vivan, o de la vivienda que habitan, del acceso a alimentación adecuada, al vestido y al trabajo.

En consecuencia, el derecho a la salud se entiende no solo como el derecho al cuidado de la salud personal, sino, principalmente, como el derecho a vivir en condiciones de higiene ambiental, lo que se logra proporcionando a los individuos educación y condiciones sanitarias básicas.

Por las razones expuestas, el derecho a la salud requiere del goce de las condiciones o factores biológicos, sociales y culturales, así como el acceso a los bienes y servicios sanitarios, solo así se podrá alcanzar el disfrute adecuado de la salud.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD

El artículo 1 de la Constitución Política del Estado ha determinado que «La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Mientras que el Tribunal Constitucional (2004b) establece que

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada (fundamento 18).

Vivimos en un Estado social y democrático de derecho que tiende a asegurar la posibilidad de hacer una vida digna, asegura e impone que los poderes públicos trabajen y faciliten ello. En tal sentido, la vida

ya no puede entenderse solo como un límite al ejercicio del poder, sino, fundamentalmente, como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado. Dichos postulados propenden a la realización de la justicia, que avala los principios de dignidad humana y solidaridad y traspasa el reducido marco de la legalidad con el que se identificaba la noción clásica de Estado de derecho (Tribunal Constitucional, 2004b, fundamento 25).

De otro lado:

la salud es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social (Tribunal Constitucional, 2004b, fundamento 27).

En este contexto, el artículo 1 de la Constitución señala que todos tenemos derecho a la vida y el artículo 7 determina que todos tenemos derecho a la protección de nuestra salud. Entonces, como se ha visto, el derecho a la salud es indesligable del derecho a la vida y ambos constituyen derechos fundamentales, por lo que una vida digna real e integral depende especialmente del goce de una efectiva salud. Asimismo, si bien el derecho a la salud es un derecho social, se trata, en esencia, de un derecho fundamental y así lo dispone la Constitución Política del Estado de 1993.

4. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD PERSONAL

4.1. NOCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El orden constitucional es el conjunto de actos y normas constitucionales que perfilan el deber ser del Estado y le dan el contenido jurídico. Lo normativo se establece a través de actos jurídicos determinados como exigencia de una realidad concreta. Estos actos definidos como constitucionales dan capacidad jurídica al Estado, es decir, lo organizan y distribuyen sus competencias supremas. Pero el acto constitucional debe estar vinculado con la realidad social de la nación, debe ser, en cierta medida, producto

de esa realidad; además, a la determinación del acto constitucional debe concurrir la razonabilidad y siempre tiene que estar inscrito en un marco ético, pues responde especialmente a los principios constitucionales, los cuales son muy diversos.

En el Estado moderno, los principios constitucionales desempeñan un papel preponderante «constitutivo» (Zagrebel'sky, 1995, p. 110), es decir, se comportan como fundamento de la Constitución, informan todo el sistema jurídico político del Estado, y de ellos dimanan los criterios según los cuales se deben interpretar las normas o, en su caso, aplicarlas. Son disposiciones obligatorias que establecen las reglas sobre las que debe construir el Estado, determinan sus elementos, sus formas, así como el gobierno que corresponde; regulan también el estatus de los ciudadanos, establecen las líneas vertebrales del orden social y, en consecuencia, formulan las directrices de todas las ramas del derecho (Aragón, 1988, p. 14); pero, además, definen la jerarquía que le corresponde al hombre, el centro y la razón de ser del Estado.

Los principios constitucionales son proposiciones esenciales, fundamentales y generales que dominan o sobresalen sobre todo el ordenamiento jurídico nacional. Se trata de postulados éticos políticos o de carácter técnico-jurídico, pero vinculantes a todos los operadores del Estado y en general a todas las personas. Algunos de los principios están expresados en la Constitución nacional de 1993, como los referidos al Estado o los que señalan que el Perú es una República (art. 43) y que en cuanto a la forma es un Estado unitario (art. 43, segundo párrafo). Tenemos igualmente los principios de la distribución del poder o separación de las funciones supremas del Estado (art. 43, tercer párrafo), el de la soberanía popular (art. 45), el de supremacía constitucional (art. 51) y especialmente el principio de la dignidad de la persona (art. 1), etc.

Se trata, pues, de actos y normas constitucionales que perfilan el deber ser del Estado y le dan el contenido jurídico. Lo normativo se establece a través de actos jurídicos determinados como exigencia de una realidad concreta. Estos actos definidos

como constitucionales dan capacidad jurídica al Estado, lo organizan y distribuyen sus competencias supremas. Pero el acto constitucional debe estar vinculado con la realidad social de la nación, debe ser, en cierta medida, producto de esa realidad. Además, a la determinación del acto constitucional debe concurrir la razonabilidad y siempre tiene que estar inscrito en un marco ético y responde, en especial, a los principios constitucionales.

Ciertamente, algunos principios no se encuentran formalizados de manera expresa en la Constitución nacional, pero están implícitos en ella, pues forman parte de la fórmula política del Estado que sustenta todo el edificio estatal; sin embargo, conforme a la norma del art. 3, está garantizada su vigencia y su defensa; dentro de estos principios se encuentra el Estado de derecho.

Las normas constitucionales, en particular, y el orden constitucional, en general, en cuanto a su comportamiento, funcionamiento o aplicación responden a los principios constitucionales, que son su fundamentación, límite y justificación. En especial, responde a los siguientes principios constitucionales: de soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado, supremacía constitucional, dignidad de la persona, libertad jurídica e igualdad.

4.2. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD

La seguridad, dice el *Diccionario de la lengua española*, es la «fianza u obligación de indemnidad a favor de alguien» (Real Academia Española, s. f.), regularmente en materia de intereses; se trata del estado o la situación en que se encuentra una persona libre de todo daño y tiene una organización que avala ese estado.

El principio de seguridad es la garantía de poder ejercer libremente nuestros derechos sin temor alguno, ya que el Estado moderno se halla en la obligación de contar con las instituciones y los mecanismos necesarios para asegurar a la persona y sus intereses. Se trata de que el Estado proteja la plena vigencia y el

ejercicio de los principios y los valores constitucionales y derechos fundamentales; en tal sentido, la seguridad es una condición necesaria para que el Estado moderno subsista realmente.

Pérez Luño (1994) afirma que probablemente existan pocos términos tan amplia y asiduamente invocados hoy como el de «seguridad», pues se refiere a la «seguridad personal», a la «seguridad ciudadana», a la «seguridad del empleo» o la «seguridad social»; pero, asimismo, junto a las acepciones referidas a la esfera individual del hombre o sus relaciones sociales, tenemos otras que más bien tratan de justificar agresiones a la libertad u otros derechos del hombre; así, el término «seguridad» ha servido también de eufemismo encubridor de esas violaciones (pp. 9-10).

La seguridad es, sobre todo, y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana, y el «saber a qué atenerse» es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico (Pérez Luño, 1994, p. 11). El principio de seguridad no solo supone el reconocimiento del principio y los derechos fundamentales que surgen de él, como la seguridad personal, la seguridad política o la seguridad jurídica; implica también, fundamentalmente, para la persona humana, el poder ejercer con libertad sus derechos sin temor alguno, ya que el Estado está en la obligación de contar con las instituciones y los mecanismos necesarios para garantizar a la persona y sus intereses.

4.2.1. Antecedentes del principio de seguridad en la historia

Uno de los objetivos permanentes que tiene el hombre es la seguridad, especialmente la seguridad personal. Se trata de una aspiración constante a través de toda su historia y que, en la actualidad, está adquiriendo perfiles de decepción, desencanto, frustración, tanto que ya se sostiene que la seguridad actual es más precaria que en la antigüedad o en la Edad Media. El hombre está viviendo una etapa de inseguridad a pesar de que

el Estado moderno tiene como principio y responsabilidad de garantía, entre otros, la seguridad.

Sin embargo, más allá de los constantes peligros, no solo naturales sino especialmente aquellos que provienen del hombre mismo o muchas veces del Estado —todo lo que constituye una incertidumbre vital—, ha existido, a través de la historia, gran preocupación por elucidar este principio, y luchas por conseguirlo, en el terreno fáctico. Esta preocupación de grandes filósofos ha constituido, y actualmente también lo hace, uno de los elementos y las funciones fundamentales del Estado moderno.

Así, en Grecia, Aristóteles (1987), al hablar sobre la «República perfecta» en su libro *La política*, sostiene que es natural que el gobierno perfecto asegure a todos los ciudadanos que administra la mayor felicidad compatible con su condición individual, juntamente con la posesión pacífica de todos sus bienes y derechos (p. 121).

Aristóteles es cierto que discrimina a un gran número de los habitantes de Atenas —línea de pensamiento del estagirita con la cual no convengo—, ya que solo consideraba ciudadanos, con todos los derechos, a los de la clase noble, quienes eran los propietarios, los magistrados o los guerreros. A los demás seres humanos los tenía en cuenta solo como personas necesarias, sin derechos, esto es, a los artesanos, los labradores, cuya condición social era la de esclavos, siervos o bárbaros; pero, de acuerdo con su condición social, todos deben tener seguridad.

Marco Tulio Cicerón (1986a), en el siglo I a. de C., en su obra *Sobre la República*, sostenía que «esta [...] es la cosa del pueblo (pueblo jurídicamente significa Estado), pero pueblo no es toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino una asociación de hombres que aceptan las mismas leyes y tienen intereses comunes» (p. 27). Lo que trata de señalar enfáticamente es que el pueblo es el titular del poder político y que el gobierno puede ser de diferente clase, pero lo más funesto es la injusticia o gobernar en contra del pueblo.

En este sentido, acota que toda ley, para que pueda llamarse verdadera y propiamente ley, debe ser digna de alabanza, y describe los argumentos que han de probar ello:

las leyes han sido sancionadas para la salvación de los ciudadanos y para la incolumidad de las ciudades, para asegurar a los hombres una vida feliz y tranquila; y quienes fueron los primeros en sancionar tales disposiciones quisieron demostrar a los pueblos que ellos escribían y promulgaban cosas que si aceptaban y cumplían podrían esperar vivir honesta y felizmente, y con el propósito de que una vez formuladas y ratificadas estas normas recibieran el nombre de leyes (Cicerón, 1986b, p. 181).

En Cicerón encontramos que el Estado es de los ciudadanos, y que la obligación del gobierno es asegurarles tranquilidad, objetivo que el hombre en forma permanente busca. Para Maquiavelo, la seguridad de los ciudadanos, de los habitantes, es no solo relevante, sino también el factor que obliga a los hombres a formar las ciudades. Así lo sostiene al explicar los «principios de cualquier ciudad», y que estos nacen o se edifican de dos formas, por los nativos del lugar o por extranjeros. Sucede, dice, en el primer caso cuando los habitantes, dispersos en muchos sitios pequeños, no se sienten seguros. Cada grupo, por su situación y por su tamaño, no puede resistir por sí mismo al ímpetu de los asaltantes; y así cuando viene el enemigo y deben unirse para su defensa, o no llegan a tiempo o, si lo hacen, deben abandonar muchos reductos, que se convierten en rápida presa para el enemigo. De modo que para huir de estos peligros, por propia iniciativa o convencidos por alguno que tenga mayor autoridad, se reúnen para habitar juntos en un lugar elegido por ellos, donde la vida sea más cómoda y la defensa más fácil (Maquiavelo, 1987, pp. 27-28).

En el segundo caso, refiere Maquiavelo que cuando las ciudades son edificadas por forasteros, o bien nacen de hombres libres o que dependen de otros, como son las colonias, fundadas por una república o por un príncipe para descargar sus tierras de

habitantes, o para defender algún país recién conquistado en el que quiere mantenerse con seguridad y sin gran costo.

La república debe contar con varias cosas, nos dice Bodin (1986), como:

territorio suficiente para albergar a sus habitantes; una tierra fértil y ganado abundante para alimento y vestido de los súbditos; dulzura del cielo, templanza del aire y bondad de las aguas para que gocen de salud; y para la defensa del pueblo, materias propias para construir casas y fortalezas, si el lugar no es de suyo cubierto y defendible. Estas son las cosas a las que se presta mayor atención en toda república (p. 13).

Pero, además, una ordenada república no puede estar bien si es que solo cuenta con esos factores y olvida acciones necesarias u ordinarias, consustanciales del Estado, como la administración de la justicia, la custodia y defensa de los súbditos, los víveres y las provisiones necesarios para su sustento (Bodin, 1986, p. 15). Bodin sostiene que el Estado tiene como objeto fundamental la seguridad de los súbditos, que se manifiesta no solo en las condiciones materiales para vivir (tierra fértil, alimento, vivienda), sino también en una organización que administre la justicia y su defensa.

Hobbes (1984), en la segunda parte de su *Leviatán*, referida al Estado, señala que la causa final, el fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación (p. 137). Asimismo, agrega que los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno. Por consiguiente, a pesar de las leyes de naturaleza, si no se ha instituido un poder o no es suficientemente grande para la seguridad, cada uno se fiará tan solo, y podrá hacerlo legalmente, de su propia fuerza y maña, para protegerse contra los demás hombres.

Pero Hobbes (1984) no solo ve a la seguridad como elemento fundamental del Estado, es también una obligación esencial dentro de las funciones del gobernante y así lo expresa en el *Leviatán*, capítulo XXX, segunda parte, cuando manifiesta que la misión del soberano (sea un monarca o una asamblea) consiste en el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el procurar la seguridad del pueblo (p. 275).

Locke (1987), al referirse a la finalidad de la sociedad política y del gobierno señala que la persona, en el estado de naturaleza, es libre y dueña absoluta de su propio ser y de sus propiedades (pp. 138-ss.). Pero la defensa de su persona y sus derechos es muy inestable, ya que por precaria siempre está expuesta a ser arrollada por otros individuos iguales a él; y es que la mayoría de los individuos no reconocen los principios de la igualdad y la justicia. El individuo está muy inseguro y mal protegido en el goce de las propiedades que tiene; este es el motivo por el que renuncia a su condición natural y decide constituir la sociedad política y el gobierno civil, a fin de proteger su vida, sus libertades y sus bienes. Y el gobierno asume la obligación de proteger, garantizar, la vida, la libertad y los bienes de todos los seres humanos que integran el Estado.

El Estado moderno, dentro de sus fundamentos ideopolíticos, se asienta en el pensamiento de Rousseau, al que el maestro Bidart Campos (1984) llamaba «pensador cumbre de las ideas políticas» (p. 221). Rousseau es uno de los más relevantes pensadores, dentro de la filosofía política, que ha formulado algunas de las bases teóricas del Estado moderno, especialmente con *El contrato social*, donde manifiesta que el orden social no es natural, este nace del contrato social, cuya finalidad es la conservación de los contratantes, es decir, defender y proteger a la persona humana.

Rousseau (2001) sostiene que la fuerza y la libertad de cada hombre son los primeros instrumentos de su conservación, pero además manifiesta que no puede engendrar nuevas fuerzas, solo unir y dirigir las que existen, pues no tiene otro medio

para conservarse que formar, por agregación, una suma de fuerzas, la cual pueda dominar la resistencia, ponerlas en juego para un solo móvil y hacerlas actuar concertadamente (p. 187).

Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca a nadie más que a sí mismo y permanezca tan libre como anteriormente. Tal es el problema fundamental al cual da solución el contrato social.

Este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual, por este mismo acto, recibe su unidad, de suyo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, formada así por la unión de los demás, tomaba antiguamente el nombre de ciudad, y ahora de república o cuerpo político, denominado por sus miembros Estado.

5. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD EN EL ESTADO MODERNO

El Estado moderno, como ya se ha definido, se sustenta básicamente en la ideología liberal, que sostiene que este es un sistema político-jurídico cerrado que surge de un supuesto pacto fundacional originario, cuyo objetivo es la seguridad material de la vida, de la libertad individual y de la propiedad privada. El liberalismo sostiene que la seguridad, como principio, constituye un factor importante en el origen y desarrollo del Estado moderno o Estado de derecho. El principio de seguridad supone que el Estado garantiza la vigencia y el ejercicio pleno de los principios y los valores constitucionales y los derechos fundamentales. La seguridad se establece como la condición necesaria para la existencia del Estado moderno.

La teoría contractual, cuando se refiere al origen del Estado, tiene como presupuesto a la seguridad. Explica que las instituciones políticas y jurídicas surgen a partir de la exigencia, empírica

o racional, utilitaria o ética, a tenor de las diversas interpretaciones del estado de naturaleza y el pacto social, de abandonar una situación en la que el hombre posee una ilimitada (aunque insegura) libertad, a otra libertad limitada pero protegida y garantizada. Esta concepción contractual supone el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad civil como superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad (Pérez Luño, 1994, p. 26).

Así la seguridad, en el Estado moderno, se presenta como la causa o el motivo que determina el sistema jurídico, constituyendo, en este caso, la seguridad jurídica que asume unos perfiles definidos como presupuesto del derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y función del derecho que asegura la realización de las libertades (Pérez Luño, 1994, pp. 27-28).

El principio de seguridad es una obligación que asume el Estado para garantizar el orden político, jurídico y social del país, por mandato de la voluntad de la nación en el pacto social. Pacto que determina la creación del Estado moderno, ámbito político-jurídico cuyo centro es el hombre considerado individualmente, libre e igual ante la ley y razón de ser de su organización. El ser humano constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado, el cual debe diseñar y proveer todos los mecanismos para que cada una de las personas pueda realizarse.

El principio de seguridad forma parte consustancial del Estado moderno y como tal está presente en todas las estructuras estatales y su comportamiento es, según sus características, contenido de cada una de ellas. El principio de seguridad se manifiesta como un conjunto de reglas y mecanismos concernientes a esa estructura, lo que nos permite señalar, especialmente, cuatro ámbitos o formas de presentarse:

- a) En el ámbito social. El Estado en este ámbito se refiere a la totalidad de las personas que habitan en el país, al que

dicta normas y establece mecanismos para garantizar que las personas, individualmente, en grupos o en la totalidad de la población, puedan gozar de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la salud o a la libertad. El Estado, en este ámbito, también tiene que dictar las medidas necesarias para que las relaciones laborales y el trabajo se realicen conforme a la Constitución y las leyes, en cuyo caso las reglas que se dicten tienen que ver con la seguridad en el empleo, la seguridad en el trabajo. En ambos casos el Estado es responsable de garantizar que en estas relaciones no se afecte la dignidad del hombre ni mucho menos su integridad; por tal motivo, dicta medidas para garantizar la seguridad de los trabajadores en los centros industriales, en los centros comerciales y en general en todos los centros laborales.

Igualmente, en este ámbito de la sociedad, el Estado está obligado a asegurar a los ciudadanos contra todo tipo de violencia, sea esta marginal o política. Asimismo, es su obligación garantizar el efectivo y pleno goce de la salud, derecho conexo con el derecho a la vida.

- b) En el ámbito político, que comprende la estructura y vigencia del Estado. El Estado protege que el funcionamiento de las instituciones políticas se realice conforme al orden constitucional; pero también debe dictar y establecer las medidas necesarias para protegerse de cualquier peligro externo o interno, y ello porque siempre debe preservarse la vigencia de la estructura estatal conforme a los mandatos de la Constitución Política.
- c) En el ámbito jurídico, el principio de seguridad se manifiesta en dos niveles: legal y constitucional. En ambos asume perfiles definidos y lo hace como presupuesto del derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, de los que fundamentan el entero orden constitucional;

asimismo, lo hace como función del derecho que asegura la realización de las libertades (Pérez Luño, 1994, pp. 27-28). En este ámbito al principio de seguridad se le conoce como seguridad jurídica.

- d) En el ámbito del desarrollo sociocultural, el principio se manifiesta en el espacio físico, es decir, protege el espacio donde vive el hombre, así como el medio ambiente. También preserva el desarrollo cultural y tecnológico, cuidando que no se afecte o violente al hombre ni mucho menos se vulnere el principio de igualdad. El Estado debe preocuparse y garantizar que todos los hombres y las mujeres puedan acceder a la cultura del siglo XXI.

6. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado social y democrático de derecho históricamente significa la redefinición del Estado de derecho, por las nuevas condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que se presentan, y se procesa en un contexto histórico donde las grandes mayorías marginadas, luego de los movimientos sociales del siglo XX y las guerras mundiales, a mediados del siglo pasado, obtienen más presencia en el Estado. En estas condiciones, el Estado social de derecho se presenta como alternativa para tratar de solucionar, de alguna manera, los grandes problemas sociales que el mundo afronta. Este nuevo tipo de Estado no niega los principios o valores del Estado, lo que pretende es hacerlos más efectivos, dándoles una base y un contenido material. Para ello parte del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

En el Estado social y democrático de derecho se armonizan los principios democráticos, en especial los de participación del pueblo en la administración del Estado. Es decir, que se introducen mecanismos democráticos en la toma de decisiones del

poder, así como el respeto de la representación popular, que debe surgir como expresión de la voluntad del pueblo, representación formada teniendo en cuenta la votación universal y la participación de los partidos políticos. De lo que se trata es de armonizar los principios y los derechos que definen y sustentan las estructuras sociales, económicas y políticas, como el principio de seguridad, con los principios democráticos de la participación popular o la participación de los titulares del poder político, esto es, el pueblo. La democracia, dentro del Estado moderno, debe ser real y plena.

En el contexto del Estado social y democrático de derecho, la seguridad como principio informador del Estado asume un mayor contenido, que está dirigido a conseguir una mayor efectividad de los derechos fundamentales; ahora el Estado, por disposición de los principios que lo sustentan, tiene que dotar a los derechos fundamentales de un contenido material o condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, con el objeto de que el hombre tenga una vida digna. El Estado está comprometido a invertir los recursos indispensables para desarrollar las tareas necesarias que le permitan cumplir con el encargo social de garantizar los derechos a la vida, la salud, la libertad, la propiedad privada y en general todos los derechos fundamentales.

De esta exigencia ineludible del Estado, la obligación de garantizar una verdadera certidumbre en toda actividad de la vida de los seres humanos constituye actualmente el núcleo del principio de seguridad. Pero esta no solo supone los derechos fundamentales que surgen de él, como la seguridad personal, la seguridad política o la seguridad jurídica; sino que tiene que ver con el hombre en su relación inseparable con la vida, lo que significa que el Estado posee el mandato de proteger al hombre desde el claustro materno; ello implica adoptar medidas para garantizar la salud preventiva y la recuperativa.

7. OBLIGACIONES DEL ESTADO CON EL DERECHO A LA SALUD

La Constitución del Estado de 1993, en su artículo 1, ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en tales términos, la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado se encuentra obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este constituye su proyección. Resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos (Tribunal Constitucional, 2004b, fundamento 26).

Una de las obligaciones principales del Estado es asegurar que los derechos fundamentales sean efectivos y vigentes. Así lo determina la Constitución Política del Perú, en su artículo 44, cuando establece como deber primordial del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos»; de tal forma que en el Estado social y democrático de derecho, como el del Perú, la obligación principal y fundamental es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, y dentro de ellos el derecho a la salud.

En este sentido, lo ha establecido el Tribunal Constitucional (2005a) en el Expediente n.º 3208-2004-AA/TC, cuando señala que el derecho a la salud ocupa un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso (fundamento 6).

De igual manera, ha determinado en la misma sentencia que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su

ser. Ello implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y el fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes.

El Tribunal Constitucional (2004a), siguiendo las disposiciones constitucionales en el Expediente n.º 2945-2003-AA/TC, ha señalado que

La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida (fundamento 28).

Con este fin, ha dispuesto el Tribunal Constitucional que es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

Como hemos manifestado, el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado

debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Para ello debe invertir en la modernización y el fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como adoptar políticas, planes y programas.

La obligación del Estado de garantizar una verdadera certidumbre en toda actividad de la vida de los seres humanos constituye actualmente el núcleo del principio de seguridad. Pero esta no solo supone los derechos fundamentales que surgen de él, como la seguridad personal, política o jurídica. La seguridad tiene que ver con el hombre en su relación inseparable con la vida, lo que significa que el Estado tiene el mandato de proteger al hombre desde el claustro materno. Esto supone adoptar medidas para garantizar la salud preventiva y recuperativa.

Por tales razones, el constituyente, al dictar la Constitución de 1993, determinó que los gobiernos regionales (artículo 123, inciso 7) y los gobiernos locales (artículo 195, inciso 8) sean los encargados de promover el desarrollo y la economía local y la prestación de los servicios públicos más importantes requeridos por los vecinos de aquellos, especialmente en cuanto se refiere a la salud, como se puede observar en los incisos de los artículos antes señalados.

Dentro de los servicios más importantes y necesarios —la salud y la educación—, la salud se relaciona íntimamente con el derecho a la vida, y la educación con la libertad. De modo que el constituyente de 1993 dispuso en el inciso 8 del artículo 195 de la Constitución vigente que los gobiernos locales son competentes para «desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud», entre otros.

Este es un mandato que el Estado debe cumplir a través de los gobiernos locales, los cuales deben estar en condiciones mínimas para hacerse cargo de la prevención de la salud y su curación en caso de enfermedad. Por lo tanto, todos los gobiernos locales o distritos en el Perú tienen que contar con un centro de salud con personal médico y enfermeras, debidamente equipado, donde se

pueda atender inmediatamente a la madre gestante, el parto, a los niños, y en general a todos los vecinos que requieran atención, la cual no debe tener costo alguno.

REFERENCIAS

- Aragón, M. (1988, setiembre-diciembre). La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (24), 9-45.
- Aristóteles (1987). *La política*. Alba.
- Bidart, G. J. (1984). *Manual de historia política*. Esiar.
- Bodin, J. (1986). *Los seis libros de la República*. Tecnos.
- Cicerón, M. T. (1986a). *Sobre la República*. Tecnos.
- Cicerón, M. T. (1986b). *Sobre las leyes*. Tecnos.
- García Pelayo, M. (1980). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza.
- Hobbes, T. (1984). *Leviatán*. Fondo de Cultura Económica.
- Locke, J. (1987). *Ensayo sobre el Gobierno civil*. Alva.
- Maquiavelo, N. (1987). *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Alianza.
- Organización Mundial de la Salud (s. f.). Constitución. <https://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,ausencia%20de%20afecciones%20o%20enfermedades>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Pérez Luño, A. E. (1994). *La seguridad jurídica*. Ariel.
- Real Academia Española (s. f.). Seguridad. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/seguridad>

Rousseau, J. J. (2001). *El contrato social*. Libsa.

Tribunal Constitucional (2003). Expediente n.º 08-2003-AI-TC.
Lima: 11 de noviembre de 2003.

Tribunal Constitucional (2004a). Expediente n.º 2945-2003-AA/TC.
Lima: 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional (2004b). Expediente n.º 2016-2004-AA/TC.
Lima: 5 de octubre de 2004.

Tribunal Constitucional (2005a). Expediente n.º 3208-2004-AA/TC.
Lima: 30 de mayo de 2005.

Tribunal Constitucional (2005b). Expediente n.º 2064-2004-PA.
Lima: 4 de julio de 2005.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Trotta.



IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.u11n11.4631

¿LA PROPIEDAD REGRESA AL DONANTE SI EL DONATARIO NO EJECUTA EL CARGO O MODO ESTABLECIDO?

Does the property revert to the donor if the donee
does not execute the established charge or mode?

ENRIQUE MENDOZA VÁSQUEZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: enrique.mendoza@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-6686-2701>

RESUMEN

El Código Civil peruano, a diferencia de lo que establecen el Código francés, el español y el argentino, no contempla la revocación de la donación por incumplimiento del cargo. El presente artículo se justifica porque si bien el Código Civil peruano no sanciona el incumplimiento del cargo con la revocación o la resolución de la donación, la realidad a veces puede desbordar el marco normativo. Al juez no le está permitido desconocer el texto de la ley, pues le quitaría todo sentido, pero sí le corresponde encontrar la solución al problema dentro de sus límites, sin desnaturalizarlo ni dejarlo de lado con interpretaciones que no resultan acordes a su naturaleza jurídica.

Palabras clave: donación; cargo; patrimonio; donante; donatario.

Términos de indización: derecho a la propiedad; propiedad privada; derecho civil (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The Peruvian Civil Code, unlike the French, Spanish and Argentinean Codes, does not contemplate the revocation of the donation for non-compliance with the charge. This article is justified because even though the Peruvian Civil Code does not sanction the non-compliance with the charge with the revocation or termination of the donation, the reality can sometimes overflow the normative framework. The judge is not allowed to disregard the text of the law, since it would take away all sense, but it is up to him to find the solution to the problem within its limits, without denaturalizing it or leaving it aside with interpretations that are not in accordance with its legal nature.

Key words: donation; charge; estate; donor; donee.

Indexing terms: property law; private property; civil law (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/07/2021

Revisado: 30/11/2021

Aceptado: 31/03/2022

Publicado en línea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

La donación es el contrato por medio del cual el donante transfiere a título gratuito al donatario parte de su patrimonio en propiedad, con el propósito de enriquecerlo, aún a costa de su empobrecimiento. Se trata de un acto altruista y benefactor que la ley admite como muestra del libre albedrío del donante de beneficiar al donatario¹.

El cargo o modo es una de las modalidades del acto jurídico previsto en el Código Civil, orientado por lo general a conferir al bien el destino querido por el imponente, y se incorpora como elemento accidental del contrato², expresión del libre albedrío

1 Artículo 1621 del Código Civil (CC): «Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien».

2 La existencia de los contratos no se encuentra sujeta a la incorporación o no de elementos accidentales; sin embargo, pueden ser agregados de modo

que hace surtir los efectos jurídicos que la ley le confiere. Así, el artículo 185 del Código Civil³ señala que el cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario; y en caso sea de interés social, su cumplimiento puede ser exigido por la entidad a la que concierna. De lo que surge sin lugar a duda que el cumplimiento del cargo o modo es una obligación que corresponde ejecutar al donatario, en caso de haberse incorporado al contrato y compete al donante o al beneficiario —tratándose de un tercero— exigir su cumplimiento.

El Código Civil peruano, a diferencia de lo que establecen el Código francés, el español y el argentino, no contempla la revocación de la donación por incumplimiento del cargo; la regla es la exigibilidad de su cumplimiento. Sigue, en ese sentido, lo estipulado en el Código italiano. En este contexto, la jurisprudencia nacional ha admitido en algún momento aplicar como remedio la revocación unilateral ante el incumplimiento del cargo impuesto en la donación, una vez vencido el plazo fijado judicialmente. Así lo señaló en la Casación n.º 1039-97-Huánuco; y en otra oportunidad, en la Casación n.º 3667-2015-Lima, ha indicado que, configurado el incumplimiento del cargo por el donatario, por analogía, corresponde como remedio aplicar la resolución contractual.

El presente estudio se justifica porque si bien el Código Civil peruano no sanciona el incumplimiento del cargo con la revocación o la resolución de la donación, la realidad a veces puede desbordar el marco normativo; y si bien al juez no le está permitido desconocer el texto de la ley, pues le quitaría todo sentido, le corresponde encontrar la solución al problema dentro de sus límites, sin desnaturalizarla ni dejarla de lado con interpretaciones que no resultan acordes a su naturaleza jurídica, pues

voluntario modificando los efectos que regularmente deberían corresponder a la naturaleza del contrato.

3 Artículo 185 del CC: «El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna».

el derecho propiamente nace cuando al conocimiento riguroso de los textos legales se le da un uso creativo, cuando ese conocimiento colabora en la organización práctica de la vida social [...]. Así el jurista requiere de un conocimiento profundo de las leyes. Pero no será jurista mientras no cree soluciones siempre nuevas con esas leyes (Trazegnies, 2008, p. 71).

2. LA DONACIÓN Y LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

2.1. EL CONTRATO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES

El contrato es el acuerdo de voluntades por medio del cual dos o más personas se obligan sobre una materia determinada. A través de este acto jurídico bilateral se crea una relación jurídica obligatoria (obligaciones) entre quienes la celebran. Constituye el instrumento que permite la transmisión de derechos y obligaciones con la finalidad de satisfacer necesidades concretas y permite la realización de actividades económicas de diversa índole. No hay duda de que es un instrumento jurídico que posibilita el libre intercambio de bienes y servicios, basados en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, reconocidos por el ordenamiento jurídico⁴.

Para que el contrato sea válido y cause efectos, se requiere que cumpla con ciertos requisitos esenciales: i) el consentimiento, referido a la manifestación de la voluntad de las partes contratantes, que puede ser de forma expresa o tácita⁵; ii) el objeto, que

4 Constitución Política del Perú: «Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

«Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

5 Artículo 1359 CC. «No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria».

corresponde al propósito del contrato, esto es, la relación jurídica u obligación, que mediante el contrato se crea, la cual debe ser lícita y posible⁶; iii) la forma, que implica que si las partes establecieron en el contrato un modo especial, este será también un requisito indispensable para su validez⁷.

Igualmente, la doctrina también advierte la concurrencia contractual de elementos naturales y accidentales. Los elementos naturales son aquellos que se consideran más acordes con los intereses de las partes, por lo que se incluyen automáticamente en un contrato sin un acuerdo explícito; así, el artículo 1356 del Código Civil establece que, en materia contractual, corresponde aplicar en forma supletoria las normas del Código en aquellos supuestos que no hubieran sido acordados por las partes en el contrato⁸.

Por otro lado, elementos accidentales son aquellos que pueden incluirse o no en un contrato. La doctrina considera como tales a la condición, el plazo y el modo o cargo⁹. Para su existencia y eficacia, es imprescindible su inclusión en forma explícita en el contrato. El artículo 1354 del Código Civil¹⁰ expresa la libertad que tienen las partes para establecer el contenido contractual, y

Artículo 1373 CC. «El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente».

6 Artículo 1402 CC. «El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1403. «La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

La prestación en que debe consistir la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles».

7 Artículo 1411 CC. «Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad».

8 Artículo 1356 CC. «Las disposiciones de la Ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».

9 La condición, el plazo y el cargo son modalidades del acto jurídico regulados en el título V del libro II: Acto jurídico del Código Civil.

10 Artículo 1354 CC. «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

a su vez el artículo 1361¹¹ anticipa que lo contenido en el contrato debe cumplirse obligadamente. En tal sentido, la condición, el plazo y el modo o cargo son elementos accidentales o modales que conforme al derecho civil peruano pueden formar parte de los contratos, si así se estatuye en estos, y tienen efectos vinculantes.

2.2. EL CARGO COMO MODALIDAD

En el derecho romano se consideraba ya las obligaciones bajo cargo o modo. Juan Iglesias (1998) habla de este tema:

El modo: *modus* es una carga impuesta a una persona beneficiada por un acto de liberalidad [...] El cumplimiento del modo es un deber jurídico subsiguiente a la recepción del beneficio, y a él puede ser constreñido el beneficiario por el que lo otorgó o por sus herederos [...] (p. 179).

Aníbal Torres (2016) sostiene que el modo no es una contraprestación, sino un «límite a la atribución patrimonial, la cual permanece gratuita» (p. 573). No se trata de un acto bilateral o recíproco, pues la obligación que debe cumplir el beneficiario no es una contraprestación en favor del cedente. La obligación del cedente no está subordinada a contraprestación alguna. Refiere que «una donación modal sigue siendo donación, no se convierte en acto jurídico oneroso» (p. 574).

El modo o cargo se encuentra previsto en el artículo 185 del Código Civil, el cual estipula: «El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o el beneficiario». Por otro lado, el artículo 186 del acotado código señala que si no se estipuló un plazo para su ejecución, corresponde al juez establecerlo. Por otro lado, según manda el artículo 187 del mismo cuerpo legal, no es exigible el cargo, «en la medida en que exceda el valor de la liberalidad». De otra parte, en el artículo 188 se señala que el

11 Artículo 1361 del CC. «Los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

cumplimiento de los cargos impuestos se transmite a los herederos, salvo que se trate de obligaciones personalísimas, en cuyo caso, muerto el obligado, «la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos».

2.3. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Respecto a la condición resolutoria, esta se encuentra contenida en el artículo 171 del Código Civil¹². En primer lugar, la doctrina define a la condición en su acepción técnica (modalidad del acto jurídico), como

el hecho incierto y futuro del cual las partes celebrantes de un acto jurídico hacen depender la producción de sus efectos o el cese de estos a su completa verificación. La condición es resolutoria cuando los efectos del acto jurídico cesan al verificarse el hecho puesto como condición (AA. VV., 2008, p. 143).

En la mencionada oportunidad, el acto jurídico pierde absolutamente su eficacia, sin necesidad de pronunciamiento judicial. Respecto a la eficacia de la condición, resulta ilustrativa la siguiente jurisprudencia:

La condición si bien es un elemento accidental del acto jurídico, también lo es que, estipulada una condición para la vigencia o existencia del acto jurídico, dicha condición pasa a ser o constituir un elemento sustancial del acto jurídico, desde que para su existencia o extinción se supedita al hecho en que consiste la condición (Gaceta Jurídica, 1994, p. 3-A).

2.4. EL CONTRATO DE DONACIÓN

Conforme al artículo 1621 del Código Civil, la donación es el acuerdo de voluntades entre el donante y el donatario, esto

12 Artículo 171. «La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas».

permite al donante transferir libremente en forma gratuita los activos de los cuales es propietario el beneficiado. La donación es concebida en nuestro ordenamiento civil como un contrato y no como un simple acto de voluntad unilateral.

De la definición de la donación se puede advertir que existe una disminución patrimonial en el donante y un acrecentamiento en el patrimonio del donatario, que *prima facie* significaría una situación de inequidad que, sin embargo, la ley autoriza y regula en razón a motivos benéficos o altruistas que subyacen a toda donación y que originan el llamado *animus donandi* (Jara, 1987, p. 364). Para Humberto Jara (1987) resulta incuestionable la aceptación de la ley a las consecuencias que genera la donación en el donante, que ve disminuido su patrimonio, mientras que el del donatario se engrosa, sin costo alguno, en atención a que su patrimonio es de suyo más amplio y que la merma que en aquel se produce no pone en peligro su estabilidad económica (p. 365).

Con relación al ánimo o voluntad de donar, Francisca Leitaó (2015) señala que en la doctrina existen dos posiciones: i) aquella que sostiene que para la configuración de la donación se requieren dos elementos, uno objetivo, la *causa donandi*; y otro subjetivo, el *animus donandi*; y ii) aquella que afirma que no se necesita el elemento subjetivo *animus donandi*, porque se encuentra subsumido en la *causa donandi*. Concluye en que el *animus donandi* o voluntad de donar es un elemento esencial del contrato de donación clásico, pero no es un requisito especial y adicional de la donación, porque forma parte de la *causa donandi*.

La donación es entonces el contrato con prestación unilateral, celebrado entre dos partes, denominadas donante y donatario, por el cual aquel se obliga voluntariamente a transferir a título gratuito un bien de su propiedad a este, produciéndose el empobrecimiento del donante y correlativamente el enriquecimiento del donatario, como un acto voluntario, deseado y aceptado libremente por ambos.

2.5. LA DONACIÓN CON CARGO

Para Alberto Lyon (2017) los contratos gratuitos se distinguen de los onerosos en que contienen como utilidad aquello que empobrece a una parte, y en contrapartida, enriquece a la otra. Afirma que quien entrega no espera recibir nada a cambio, porque si esperase obtener parte del servicio o utilidad a cambio de su uso, se convertiría en un contrato oneroso y no gratuito. Sin embargo, es posible que pretenda determinados resultados con la donación, pero de ninguna forma puede ser a su favor, por lo que nada se opone a que a la donación se le agregue un modo que beneficie también a otros (p. 200).

La doctrina identifica distintas clases de donación, entre otras, distingue a la donación pura o simple de la donación modal¹³. En aquella, la entrega del bien objeto de la donación se realiza sin condición ni cargo alguno; por otro lado, en la denominada donación modal existe una imposición al donatario, que puede consistir en una carga, un gravamen o una prestación, aunque inferior al valor o utilidad que obtiene de lo donado (Cabanellas, 2003, t. 3, p. 327).

Francisco-Manuel Mariño Pardo (s. f.), comentando la sentencia del Tribunal Supremo español del 23 de noviembre de 2004, señala que este «define a la donación modal como aquella en la que “se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación; el modo o carga puede consistir en cualquier tipo de conducta, incluso la no evaluable económicamente”». El profesor Roberto

13 Guillermo Cabanellas (2003) clasifica la donación, en: a) las **propias o puras**, en las cuales la liberalidad se transmite desde luego al donatario, sin plazo, ni hecho de que dependa ni reversión; e **impropias o condicionales**, con plazo, condición o restricción establecida; b) **inter vivos**, realizados en vida; y **mortis causa**, surten efectos luego de morir el donante; c) **simples**, cuando la donación es total; y **remuneratorias**, cuando se retribuye un servicio, favor o mérito; d) **comunes**, las regidas por las reglas generales de este contrato; y **especiales**, referentes a circunstancias o motivos particulares, entre las cuales las más frecuentes son las hechas por razón del matrimonio; e) **universales**, comprensivas de la totalidad del patrimonio, con la reserva de lo preciso para subsistir y **particulares**, concretadas a alguna o algunas cosas (p. 324).

Sanromán (2018) enseña que «un contrato de donación puede contener el modo o la carga, el cual puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer» (p. 304).

En el derecho nacional, la donación con cargo está contenida en el artículo 1642 del Código Civil, el cual establece: «En el caso de las donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho». Asimismo, el artículo 1625 señala: «La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, [...] y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad». Resulta así evidenciada la consideración del cargo o modo como obligación del donatario, que puede incorporarse al contrato de donación por acuerdo de las partes.

Nélida Palacios (2008, p. 502), en su comentario al artículo 1625 del Código Civil, apunta que «la naturaleza de las cargas que debe satisfacer el donatario de un bien inmueble puede ser de naturaleza personal o real», y que se orienta «normalmente a otorgar al bien el destino querido por el donante, como, por ejemplo, cuando alguien dona un inmueble a un club de madres con la obligación de este de implementar en dicho inmueble un comedor popular». Afirma que «la esencia del cargo radica en constituir un elemento accesorio y secundario, y en modo alguno puede tener el perfil de una contraprestación, pues el acto perdería el carácter de gratuidad que es consustancial a la donación».

De lo expresado, no cabe duda de que el legislador nacional tuvo presente la clasificación que en la doctrina se tiene de la donación, y que identifica claramente a la obligación con cargo, llamada también donación modal. Aunque debe advertirse que no realizó una amplia regulación de este en el título referido al contrato de donación; sin embargo, sí lo hizo del cargo, en el título sobre las modalidades del acto jurídico, como se ha señalado precedentemente, y estableció como regla la obligatoriedad del cumplimiento del cargo impuesto al beneficiario (donatario).

3. EL INCUMPLIMIENTO DEL CARGO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y NACIONAL

3.1. DERECHO COMPARADO

3.1.1. Francia

a) Código Civil

Artículo 953: La donación entre vivos solo podrá revocarse por causa de incumplimiento de las condiciones bajo las que se hizo, por causa de ingratitud o de superveniencia de hijos.

Artículo 954: En caso de revocación por causa de incumplimiento de condiciones, los bienes volverán al donante libres de toda carga e hipoteca constituida por el donatario, y el donante tendrá, contra los terceros poseedores de los inmuebles donados, todos los derechos que tuviere contra el propio donatario.

Artículo 956: La revocación por causa de incumplimiento de condiciones o por causa de ingratitud nunca tendrá lugar de forma automática.

b) Doctrina

En el derecho francés, la donación tiene el carácter de irrevocable. Así fluye de lo normado en el artículo 894, el cual establece que «la donación entre vivos es un acto por el que el donante se despoja, actual e irrevocablemente, de la cosa donada en favor del donatario que la acepta»; sin embargo, admite por excepción la revocación de la donación, por contravenir el donatario las condiciones establecidas o por ingratitud o por sobrevivencia de los hijos del donante.

En el Código Civil francés, y en los que en él se inspiran en este punto, en materia de donación, la irrevocabilidad no es lo normal o corriente de los contratos en general, sino una específica, propia, exclusiva de tal variedad negocial, que impide incluir en las liberalidades *inter vivos* toda cláusula que deje al arbitrio del donante su suerte futura (Cristóbal-Montes, s. f.). Según Ranfer Molina (2009) el Código admite «el ejercicio de la cláusula

resolutoria para obligaciones no esenciales, a condición de que hayan sido expresamente enunciadas en la cláusula». Así indica que

cuando la terminación unilateral tenga su fuente en la ley o en una cláusula general de terminación unilateral, el incumplimiento debe ser grave o esencial. Pero si en dicha cláusula se ha pactado que el incumplimiento de una o más obligaciones accesorias, las cuales han sido pormenorizadas, dará lugar a la terminación del contrato, deberá concederse plena validez a lo acordado por las partes (p. 96).

3.1.2. España

a) Código Civil

Artículo 647. La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria.

Artículo 648. También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1. Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.
2. Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.
3. Si le niega indebidamente los alimentos.

b) Doctrina

En el derecho civil español, los casos de incumplimiento por el donatario del cargo impuesto pueden ser revocados a instancias del donante o sus herederos. Es un asunto sin discusión el que el término «condiciones», al que la norma hace referencia

(art. 647), se refiere a su significado coloquial y no al sentido técnico, de eventos futuros e inciertos que determinan el nacimiento o extinción de una relación jurídica.

El incumplimiento del cargo por el donatario faculta al donante a revocar la donación, en cuyo caso los bienes que hubieran sido entregados, retornan a propiedad del donante con las limitaciones establecidas en la ley.

3.1.3. Argentina

a) Código Civil y Comercial de la Nación

Artículo 1562. Donaciones con cargos. En las donaciones se pueden imponer cargos a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones.

Si el cargo se ha estipulado en favor de un tercero, este, el donante y sus herederos pueden demandar su ejecución; pero solo el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo.

Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho para reclamar del donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario.

Artículo 1569. Revocación. La donación aceptada solo puede ser revocada por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario, y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante.

Si la donación es onerosa, el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario.

b) Doctrina

De manera similar al derecho español y francés, en el derecho argentino el Código Civil faculta al donante o sus herederos a revocar la donación en caso de incumplimiento del cargo impuesto por el donatario, y la cosa donada retorna a su patrimonio. El texto de los artículos 1562 y 1569 del Código Civil no deja lugar

a ninguna duda; es más, a diferencia del empleo de la palabra «condiciones» de los Códigos civiles francés y español, el Código argentino utiliza con mejor técnica el término «cargo», acorde con la modalidad que corresponde a los actos de liberalidad de esta naturaleza.

3.1.4. Italia

a) Código Civil

Art. 793. Donación modal. La donación puede estar sujeta a un cargo. El donatario está obligado a cumplir con la carga dentro de los límites del valor de la cosa donada.

Para el cumplimiento de la carga, cualquier interesado puede actuar, además del donante, incluso durante la vida del propio donante.

La resolución por incumplimiento de la obligación, si está prevista en la escritura de donación, puede ser solicitada por el donante o sus herederos.

b) Doctrina

Según José Rivera Restrepo (2017):

la resolución por incumplimiento actúa en el ámbito propio de los contratos con prestaciones correlativas, frente al incumplimiento de una de esas obligaciones emergentes, aun cuando también opera tratándose de la donación modal (artículo 793.4 del *Codice Civile*) y el mutuo con intereses (artículo 1.820 del *Codice Civile*). En estas hipótesis el *Codice Civile* autoriza al contratante diligente para que pretenda la cancelación de los efectos del negocio, conservando el derecho o facultad para solicitar indemnización por daños y perjuicios (pp. 307-308).

En principio, para el derecho italiano, el donatario debe cumplir el cargo impuesto por el donante; no admite la revocabilidad de la donación en tal supuesto, en tanto se trata de un contrato que emerge de la voluntad coincidente de las partes. Y, por ende, es de obligatorio cumplimiento, las partes deben sujetarse y cumplir lo acordado, sin perjuicio del derecho a exigir la indemnización correspondiente.

Sin embargo, el legislador italiano estableció en el último apartado del artículo 793 que si las partes acuerdan en forma expresa, en la escritura de donación, una cláusula resolutoria por incumplimiento del cargo, la resolución puede ser solicitada por el donante o sus sucesores, y se asimilará así a los efectos que produce la resolución contractual con prestaciones recíprocas.

3.2. DERECHO NACIONAL

José León Barandiarán (1983), en alusión al cargo como obligación modal del Código Civil de 1936, señalaba que una vez aceptada la liberalidad, el beneficiario debía cumplir el cargo (pp. 56-57). Aceptado este, podía exigir su cumplimiento quien tenía tal derecho. La falta de cumplimiento no daba origen a la resolución del acto de liberalidad, pues el cargo —decía— es un simple accesorio de lo principal, de dicha liberalidad, y porque si así fuere, se trataría de una condición resolutoria expresa.

Guillermo Lohmann Luca de Tena indica que los actos de liberalidad con cargo están precisados en los artículos 185 y siguientes del Código Civil, en los que se establece la obligación que tiene el beneficiario, de cumplir el cargo o modo en favor del donante o de un tercero. Afirma que «el incumplimiento de la obligación no determina la resolución de la donación, sino que solamente confiere derecho a exigir el cumplimiento» (VV. AA., 2008, p. 544).

En la misma línea, Aníbal Torres (2016) sostiene que, conforme a lo señalado en el artículo 185 del vigente Código Civil, incumplir el cargo no da lugar a la revocación de la donación; el otorgante solo tiene derecho a exigir al donatario que cumpla el cargo, empleando los medios que le franquea la ley, entre otros, el artículo 1219 y las disposiciones concordantes del Código Civil (p. 577).

El artículo 48 del Proyecto de Reforma del Libro de Acto Jurídico del Código Civil de 1936 señalaba lo siguiente: «El cumplimiento del cargo impuesto para la adquisición de un derecho no opera como condición resolutoria del acto, salvo pacto en contrario»

(León, 1983, p. 184). Comentando León Barandiarán dicho articulado, afirmaba que por regla el cargo no era resolutorio, sino confirmativo del acto al que se adjunta. Por ello su incumplimiento no daba lugar a que se solicite que se quede sin efecto el acto de liberalidad. A lo único que tienen derecho el imponente o sus herederos es a exigir su cumplimiento. Sin embargo, a tono con lo propuesto por la entonces Comisión de Reforma, señala que su incumplimiento podría ser una condición resolutoria si surgía expresa y determinativamente de lo estipulado por las partes (León, 1983, p. 124).

El legislador del actual Código Civil no admitió la fórmula propuesta por la Comisión de Reforma del Libro de Acto Jurídico de 1936, en cuanto a establecer que el incumplimiento del cargo no es una condición resolutoria, salvo pacto en contrario. Sin embargo, mantuvo en el título referido a la donación, artículo 1631, la regla: «Puede establecerse la reversión solo en favor de solo el donante. La estipulada en favor de tercero es nula; pero no producirá la nulidad de la donación», igual a como se encontraba redactado en el artículo 1472 del Código de 1936.

La mencionada regla en nuestro derecho se relaciona con una condición resolutoria. Así lo reconoce Castillo Freyre (2020), al señalar que las partes pueden incluir el pacto de reversión en el contrato de donación, cuyas características y contenido no se encuentran fijados por la ley y la doctrina, por lo que podría consistir en cualquier condición resolutoria (p. 101). En el mismo sentido, María Gutiérrez (2018) señala que

la reversión de donación es [...] una donación con condición resolutoria, en la que de modo expreso se pacta el derecho de volver a adquirir lo donado [...] pacto que puede ser incorporado a la donación, por el que la eficacia del bien que se transfiere desaparece al verificarse la realización de determinado hecho, que las partes determinaron al momento en que se celebró la donación (p. 335).

Cuando la Corte Suprema ha tenido que resolver casos de incumplimiento del cargo, en los que no se pactó la reversión, se ha pronunciado a favor de la revocación unilateral como remedio, conforme aparece en la Casación n.º 1039-97-Huánuco, con los siguientes argumentos:

La donación real con cargo, esto es, en la que el «animus donandi» está motivado por una finalidad particular que debe satisfacer el donatario o sea por una obligación que asumió el donatario y que constituye la causal impulsiva y determinante del acto jurídico. Si no se fijó plazo para el cumplimiento del cargo corresponderá al juez hacerlo. Una vez vencido el plazo e incumplido el cargo recién procederá la revocación de la donación y reversión del predio¹⁴.

En otra oportunidad se ha pronunciado también a favor, aunque señaló como remedio a la resolución contractual. Así lo sostuvo en la Casación n.º 3667-2015-Lima, del 3 de octubre de 2016, bajo los siguientes argumentos:

En el caso en particular, la adquisición de lo donado se encuentra subordinada al cumplimiento de lo ordenado (carga), razón por la cual, la carga impuesta por los donantes forma parte del núcleo del negocio jurídico (contrato de donación). En tal sentido, al no haberse cumplido dicha carga se ha frustrado el destino que los donantes señalaban para el bien, cupiendo como remedio que facilite retraer lo donado al patrimonio de los donantes, tanto más si la demandada ha expresado su deseo de devolver el bien donado a sus propietarios. Por lo tanto, si bien es cierto que en nuestro Código Civil no existe una norma que sancione el incumplimiento incausado y persistente de las cargas en un contrato de donación, este Supremo Tribunal considera que no puede dejar de resolver la controversia por vacío o deficiencia de la ley; y a tal efecto, dando cumplimiento a los artículos VIII del Título Preliminar del Código Civil y II del Título Preliminar del Código Procesal Civil; corresponderá aplicar por analogía el instituto de la acción resolutoria, a fin de restablecer el vacío patrimonial originado por el incumplimiento de la carga y el desinterés del beneficiario (Sumilla).

14 Véase Data 20,000. Explorador Jurisprudencial 2005-2006. Gaceta Jurídica.

Esta situación deja entrever las contradicciones que existen en el tratamiento que debe dispensarse al incumplimiento del cargo. La doctrina no coincide con la jurisprudencia, para aquella la carga impuesta al donatario es una obligación que corresponde ser acatada, sostiene que la ley faculta al imponente o al beneficiario a exigir su cumplimiento por los medios que la ley le franquea, entre otros, el artículo 1219 del Código Civil¹⁵, sin que el donante tenga facultades para revocar o resolver la donación en tanto que el incumplimiento del cargo no condiciona la eficacia de la obligación principal.

4. LA REVOCACIÓN

4.1. REVOCACIÓN. DEFINICIÓN Y ALCANCES

Revocación viene del latín *revocatio*. Señala Cabanellas (2003) que

para Escriche, la revocación consiste en la anulación de la disposición adoptada o del acto otorgado; tales como una donación, un testamento, un legado, un codicilo, un poder, un mandato. La revocación, para surtir efectos, que suele ser privar de este a otro acto anterior, ha de provenir de una declaración unilateral válida; porque si no, constituiría un incumplimiento, una violación (t. 7, p. 225).

15 Artículo 1219 del Código Civil: «Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2».

Miguel Angel Zamora y Valencia (2018) sostiene que la revocación es la facultad que la ley otorga a una persona para desistir o arrepentirse del acto individual realizado con anterioridad, siempre que con tal desistimiento no se contravenga el derecho ajeno (p. 512). Se trata de un acto individual o personal que extingue para adelante otro acto realizado anteriormente. Las características de la revocación son: i) la revocación tiene lugar por causas o situaciones legítimas; ii) sus efectos operan hacia adelante, no en forma retroactiva.

Revocar es, pues, el acto unilateral de dejar sin efecto una declaración de voluntad o un acto jurídico, por quien tiene la facultad legal para hacerlo. El Código Civil señala así la potestad de la persona para revocar la donación de la disposición de su cuerpo (art. 9); asimismo, la facultad para revocar la constitución de la fundación (art. 102); para revocar el poder otorgado (art. 149); para revocar las donaciones que hubiere hecho por razón de matrimonio, en caso de ruptura de la promesa matrimonial (art. 240); para revocar el testamento (art. 798); para revocar la oferta formulada antes de su aceptación por el destinatario (art. 1384); para revocar la donación por las causales de indignidad para suceder y de desheredación (art. 1637).

4.2. LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN CON CARGO

Luis M. Domínguez (1983) señala que la revocación de la donación tiene su origen en Roma, donde era un privilegio que poseían los patronos, para revocar a su albedrío las donaciones a favor de los libertos. Luego, este privilegio se restringió frente la ingratitud del liberto y el de superveniencia de hijos al patrono. Y, con Justiniano, se extendió a todas las donaciones la revocación por ingratitud del donatario (p. 77).

En la doctrina española, cuya legislación, como se ha visto, establece la revocación de la donación como efecto del incumplimiento del cargo, se señala que la virtualidad revocatoria de la donación modal se expresa en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto (Domínguez, 1983). También es necesario

destacar que la revocación de la donación con modo o cargo busca hacer efectivo el interés que era garantizado por el eventual cumplimiento del modo, y por esa razón no es propiamente una acción resolutoria (Domínguez, 1983, p. 105).

El Código Civil peruano establece en el artículo 1637 la revocación de la donación fundado en las causales de indignidad para suceder y de la desheredación¹⁶, no se comprende dentro de ella al incumplimiento del cargo, y se distingue de lo señalado en el derecho francés, español y argentino. El proyecto de Reforma del Código Civil de 1984¹⁷ propone modificar el artículo 185 a fin de establecer el cese de los efectos de la liberalidad en los

16 Artículo 1637. «El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación».

17 Frente al vacío advertido por la doctrina, el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984, creado por la Resolución Ministerial n.º 300-2016-JUS, en el anteproyecto de Reforma del Código Civil propone modificar el artículo 185 del Código Civil, a efectos de considerar el incumplimiento del cargo como causal de cese de los efectos de la liberalidad. El siguiente es el texto propuesto y su exposición de motivos:

«Artículo 185. Cumplimiento del cargo

1. El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna.
2. El imponente o el beneficiario del cargo podrán solicitar la cesación de los efectos de la liberalidad en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando el cargo no haya sido ejecutado, salvo que las partes hayan expresado algo distinto.
 - b) Cuando el acto o liberalidad no hayan sido destinados a la finalidad establecida por el imponente.
 - c) En los demás casos establecidos en la ley.
3. En cualquier el afectado podrá solicitar el pago de los daños que el incumplimiento genere.

Exposición de motivos. La disposición actual contiene la regulación respecto al cumplimiento del cargo, pero no regula la situación que se genera ante el incumplimiento del cargo respecto del acto de liberalidad.

Por ello, la propuesta incorpora un régimen general de supuestos que determinan el cese de los efectos de la liberalidad, dentro de los cuales están los siguientes: (i) el incumplimiento del cargo, (ii) la desviación del acto o liberalidad de la finalidad establecida por el imponente; y, (iii) los supuestos que la legislación especial pueda reconocer.

Adicionalmente se señala expresamente la posibilidad de que el afectado por el cese de la liberalidad pueda solicitar la indemnización correspondiente».

casos de incumplimiento del cargo impuesto al donatario. Por lo que, en nuestro derecho vigente, la facultad del donante para revocar la donación solo es posible por las causales de indignidad para suceder y de desheredación, no así cuando se trate del incumplimiento del modo o cargo.

5. LA ACCIÓN RESOLUTORIA

5.1. RESOLUCIÓN. ANTECEDENTES

Miguel Angel Zamora y Valencia (2018) señala que en Roma

cuando se celebraba un contrato de compraventa y el vendedor no recibía el precio y no había dado plazo, aunque hubiera entregado el bien, tenía derecho a reivindicarlo, o a través de la *actio vendeti*, podía exigir el pago del precio; pero, si había dado plazo, solo tenía la *actio vendeti* para exigir el precio (pp. 498-499).

Ya luego la praxis hace que se introduzca en los contratos la resolución por falta del pago, a la cual se le denominó *lex commissoria*, que fuera entendida como condición suspensiva y luego como condición resolutoria. La *lex commissoria* es antecesora del pacto comisorio expreso. Seguidamente afirma que llegó a ser una costumbre normal incorporar en todos los contratos la *lex commissoria*, y que esta se entendía como convenida, «aunque no constara expresamente, y de ahí nació el pacto comisorio tácito».

5.2. LA CLÁUSULA RESOLUTORIA

La cláusula resolutoria está regulada en el artículo 1428 del Código Civil¹⁸. Según esta, si en los contratos con prestaciones recíprocas una parte no cumple lo que le corresponde, la otra

18 Artículo 1428. «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación».

puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato, lo cual acontece aún cuando las partes no hubieran convenido ninguna cláusula resolutoria, pues se entiende implícita en él. Este pacto comisorio implícito requiere de una declaración judicial que declare resuelto el contrato. Si, por el contrario, consta explícitamente, se dice que el pacto comisorio es expreso. En ese sentido, el artículo 1430 del Código Civil¹⁹ señala que el contrato se resuelve de pleno derecho si una de las partes no cumple con la prestación a su cargo, establecida con toda precisión, y no se necesita declaración judicial.

No debe confundirse al pacto comisorio, ya sea tácito o expreso, con la condición resolutoria de la que trata el artículo 171 del Código Civil, pues ambos son de distinta naturaleza, además, tienen distintos propósitos. El pacto comisorio (tácito o expreso) se activa ante el incumplimiento de la parte obligada por efecto del contrato con obligaciones recíprocas; mientras que la condición resolutoria surge al producirse el hecho, inicialmente incierto y futuro, del cual se hace depender su continuidad y eficacia (ver 2.3).

5.3. EL CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS

El Código Civil en el artículo 1371 establece que «la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración». La jurisprudencia administrativa ha señalado que

[cuando] las prestaciones pactadas en un contrato no se ejecuten, por causas (culpa o dolo) atribuibles a la parte que debió ejecutarlas, [...] o por mutuo acuerdo de las partes. Este supuesto, en el que el contrato es dejado sin efecto por causal sobreviniente a su celebración, se denomina resolución del contrato (fundamento 4).

19 Artículo 1430. «Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria».

Una forma de clasificar a los contratos es a través de la prestación; si estamos frente a dos sujetos cuyas obligaciones son mutuas, se denomina contrato bilateral. Al respecto, José María Gastaldi (1982) destaca que con reciprocidad no basta para que cada una de las partes resulte obligada con una prestación, y estas sean contrapuestas, sino que entre dichas obligaciones debe haber una correlación, y que una resulte presupuesto de la otra (p. 5). De esta forma, una sería acreedora y deudora a la vez, y dichas obligaciones coexistirían.

Manuel de la Puente y Lavalle (1999) explica que esta reciprocidad en el contrato bilateral

encuentra exclusivamente su razón de ser en la previsión del ordenamiento jurídico que, recogiendo los planteamientos de la doctrina, ha dispuesto que las partes contratantes pueden celebrar determinados contratos en los cuales las obligaciones están ligadas entre sí, de tal manera que a la obligación de una parte corresponde una obligación de la otra. Este vínculo entre las obligaciones obedece a la necesidad de que ambas obligaciones vayan unidas durante toda su vida, de tal manera que el cumplimiento de una de ellas determine necesariamente el cumplimiento de la otra (p. 185).

Cabe señalar que en la doctrina se habla de reciprocidad, tanto en el cumplimiento de la obligación como en su ejecución, para señalar que el contrato desde su celebración «vincula recíprocamente las obligaciones y al ejecutarse la relación jurídica obligacional creada por él vinculará recíprocamente las prestaciones» (De la Puente y Lavalle, 1999, p. 193).

Alberto Lyon (2017) señala que el derecho a pedir la resolución se encuentra integrado por la ley a los contratos bilaterales, empero tal derecho surge del incumplimiento de una de las partes; así, la acción resolutoria corresponde invocarla a la parte cumplidora, cesando el deber de ejecutar la prestación a su cargo, en virtud del incumplimiento de la otra (p. 252). La acción resolutoria está prevista en los artículos 1428 (resolución

judicial), 1429 (resolución por intimación) y 1430 (resolución por cláusula resolutoria expresa) del Código Civil.

La donación, aún la modal, no forma parte de esta clasificación, en tanto que en dicho contrato concurren dos o más partes; sin embargo, carece de la reciprocidad en las prestaciones como elementos que fluyen de la misma relación obligacional²⁰. Los contratos con prestaciones recíprocas son de naturaleza onerosa, y las partes deben cumplir con las obligaciones legales o pactadas por las partes, que constituyen elementos principales del contrato, y cuya realización está adosada a un pacto comisorio tácito o expreso. Situación que no acontece con los contratos de donación que, como se ha señalado precedentemente, son de naturaleza gratuita, aún en los supuestos en que se haya impuesto un cargo, el cual además conforma un elemento accidental del contrato.

5.4. EL CONTRATO CON PRESTACIÓN UNILATERAL

Para la teoría general, «el contrato es unilateral cuando solo una de las partes asume una o varias obligaciones en favor de la otra». En el contrato con prestación unilateral, una de las partes es deudora; el acreedor no tiene dicha calidad, y mantiene toda ventaja sobre la otra parte (De la Puente y Lavalle, 1999, p. 203).

Se trata, entonces, de un contrato en el cual una parte (deudor) está obligada a ejecutar una o varias prestaciones en favor de otra, quien solo debe esperar y recibir, sin estar obligada correlativamente a nada. Son contratos con prestación unilateral: la donación, el mandato y depósito gratuito, la fianza, el comodato. Como quiera que la prestación no está ligada a una contraprestación, no resulta acorde a su naturaleza jurídica el pacto comisorio.

²⁰ Ello acontece, por ejemplo, en la compraventa, por la que el vendedor asume la obligación de trasladar la propiedad del bien, a cambio de recibir su precio en dinero; y la otra parte, el comprador, se compromete a pagar el precio en dinero. Asimismo, es un contrato oneroso, en tanto que ambos se benefician económicamente.

5.5. EL CONTRATO BILATERAL IMPERFECTO

Según Manuel de la Puente (1999):

para Pothier, al lado de los contratos perfectamente sinalagmáticos o bilaterales, se encuentran los sinalagmáticos menos perfectos, en virtud de cuya celebración nacen solo obligaciones a cargo de una de las partes, y solo eventualmente, como una consecuencia accidental de actos extrínsecos, pueden surgir obligaciones también a cargo de la otra parte (p. 203).

Este tipo de contratos, en su inicio son unilaterales, pero en su ejecución conforman por ley un contrato con prestaciones recíprocas, «cuando las obligaciones impuestas a la parte que inicialmente no resultó obligada cobran el carácter de recíprocas principales, bien sea por disposición de la ley o por voluntad expresa o tácita de las partes».

Por lo que la parte fiel podrá recurrir a la acción resolutoria cuando la otra parte no cumpla con ejecutar su obligación; y si bien inicialmente la prestación era unilateral, durante su ejecución, por disposición legal o acuerdo expreso o tácito de las partes, surgen obligaciones que se convierten en principales a cargo de la parte que inicialmente no los tenía, que constituyen prestaciones recíprocas. Tal es el caso, por ejemplo, del comodante, quien debe pagar los gastos extraordinarios realizados por el comodatario para la conservación del bien, convirtiéndose en obligación principal y recíproca, en aplicación del artículo 1735, inciso 4, del Código Civil.

En la donación con cargo no se presentan los elementos de este contrato denominado bilateral imperfecto, en la medida en que desde su formación es una obligación accesoria del principal. El hecho de su incumplimiento no la convierte en prestación principal; por lo cual, aunque el donatario no cumpla con realizarla, no se suspende ni se produce la cesación de los efectos de la obligación del donante.

6. NUESTRA POSICIÓN

La donación como todo contrato vincula a las partes por la fuerza obligatoria que le es consustancial. Los términos acordados son intangibles, por lo tanto, no le está permitido a las partes modificarla o dejarla sin efecto en forma unilateral. Para dicho fin requieren de un nuevo acuerdo, salvo que por disposición legal o acuerdo entre los contratantes se autorice el cese de sus efectos a uno de ellos.

Tal situación acontece, por ejemplo, en la revocación de la donación que, conforme al artículo 1637 del Código Civil, procede por las causales de indignidad y de desheredación; en la reversión de la donación, si hubiera sido pactado en el contrato y solo en favor del donante, artículo 1631 del Código; en la extinción de los efectos de la donación por muerte del donatario, si el cargo era *intuito persona* y no cumplió en vida con realizarlo, artículo 188 del Código; y en la reducción o resolución de la donación por excesiva onerosidad de la prestación por causas extraordinarias e imprevisibles, tratándose de la donación diferida, artículo 1442 del Código.

Debido a su fuerza vinculante e intangibilidad, corresponde al juez aplicar e interpretar el contrato según lo expresado en él. El contrato no puede ser tampoco modificado por ningún tercero, aún por el juez o legislador, salvo los casos debidamente autorizados por ley, como acontece, por ejemplo, con la protección de determinados contratantes en la contratación masiva o pre-dispuesta, artículo 1398 del Código Civil; o en los supuestos de reducción de la penalidad excesiva, artículo 1346 del Código.

Distinguiéndose del derecho francés, español y argentino, nuestra legislación no contempla la posibilidad de revocar o dejar sin efecto la donación por incumplimiento del cargo. En ese sentido, el Código Civil sigue la solución adoptada por el Código italiano, en cuanto establece la exigibilidad del cargo, sin perjuicio de dejar a consideración de las partes convenir expresamente en el contrato de donación, la reversión de lo donado, por incumplimiento del cargo, con fundamento en el artículo 1631 del Código.

La posibilidad del donante de dejar sin efecto la donación por incumplimiento del cargo no parece una solución acorde con la naturaleza jurídica del pacto comisorio, pues corresponde invocar esta a la parte cumplidora en los contratos con prestaciones correlativas —incluso en el denominado «contrato bilateral imperfecto»—. Empero ello no ocurre en los contratos con prestación unilateral, como la donación, aún en la modal o con cargo, ya que, como se ha visto, tal obligación resulta accesoria y no principal. Además no enerva ni modifica el carácter gratuito de la donación. Por esto su incumplimiento no otorga derecho al donante para resolver la prestación principal, sino según el artículo 185 del Código, a exigir que se ejecute la obligación (cargo).

Las obligaciones tienen por fuente a la ley y a los contratos y pueden consistir en prestaciones de dar, hacer y no hacer. El contrato de donación con cargo contiene una obligación principal a cargo del donante, que constituye una prestación de dar que se ejecuta con la entrega del bien objeto de donación; y otra accesoria, a cargo del donatario, que puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer.

En lo que respecta a las prestaciones de hacer, estas pueden ser atribuidas con carácter personalísimo o *intuitu persona*, las que conforme al artículo 1149 del Código Civil le son asignadas al deudor por sus cualidades personales. La obligación, en este caso, el cargo, debe ser cumplido por el deudor (donatario) y no por otro, en tal medida, el acreedor (donante) no puede ser compelido a recibir dicha prestación de un tercero; y tampoco puede obligar al deudor a su cumplimiento empleando la fuerza, así lo manda el artículo 1150.1 del Código Civil. Por ello, ante la negativa a cumplir el cargo, puede acudir a la acción resarcitoria por daños y perjuicios conforme a los artículos 1152 y 1321 del Código.

La solución que adopta el Código en el artículo 188 es digna de tenerse presente, estatuye que cesan los efectos de la donación realizada a favor del donatario si a su muerte no había cumplido con ejecutar el cargo, que con carácter personalísimo se le había impuesto, y los bienes donados retornarán al patrimonio del

donante o sus herederos. Configura, qué duda cabe, una condición resolutoria²¹ aplicable a la donación modal *intuitu persona*, que finaliza a la muerte de este, si en vida no cumplió con ejecutar el cargo. Por lo que si bien la regla es la exigibilidad del cargo previsto en el artículo 185; en los casos en que el cargo constituya una obligación personalísima, conforme al artículo 188 del Código Civil, se atribuye una condición resolutoria que determina el cese o fin de los efectos de la donación si a la muerte del donatario no había realizado el cargo.

Interesante postura que resulta acorde con los principios de la buena fe contractual, previsto en los artículos 168 y 1362 del Código, que consiste en el comportamiento leal, honesto, honorable y correcto de los contratantes durante todo el iter contractual. La norma parte de considerar que el contrato ha sido celebrado en la confianza de que la declaración de voluntades puesta en ella surtirá sus efectos usuales, los que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Que ambos, donante y donatario, celebrantes del contrato de donación con cargo *intuitu persona*, van a honrar sus compromisos; que el donante va a transferir la propiedad en forma gratuita y que el donatario va a realizar el cargo en forma personal, y destinará el bien al fin acordado.

Conviene aclarar lo analizado hasta ahora: la regla general frente al incumplimiento del cargo, según el artículo 185 del Código Civil, es facultar al donante o beneficiario para exigir al donatario que cumpla su obligación, empleando las medidas

21 León Barandiarán (1983) al referirse al artículo 1118 del Código Civil de 1936 (antecedente del 188 vigente), señalaba: «Si por la misma naturaleza del hecho en que consiste el cargo, él es uno personalísimo, de suerte que no se ha querido que se cumpla por persona distinta, la solución tiene que ser otra; y por ello la última parte del artículo 1118 sanciona en este caso el incumplimiento en que ha incurrido el obligado al cargo, haciendo que quede sin efecto la liberalidad que se concedió, de suerte que sus herederos devolverán el bien objeto de esa liberalidad a quien la concedió (o a sus herederos), que al mismo tiempo fue el imponente del cargo. En este caso el incumplimiento del cargo sí actúa como una condición resolutoria. Y es que se reputa que no habiendo cumplido en vida el obligado al cargo con ello ha renunciado a la liberalidad» (p. 57).

legales necesarias para que le procure aquello a lo que se obligó, sin perjuicio de obtener la indemnización correspondiente.

Por otro lado, la regla especial del artículo 188 del Código establece que si la obligación fuera personalísima, el donatario y no otro deberá realizar el cargo; y si acaeciera su muerte sin cumplirlo, cesa o fenece la donación, retornando los bienes donados al patrimonio del donante o sus herederos. Si el donatario se negase a realizar el cargo, el acreedor vería insatisfecho su cumplimiento, pues ninguna fuerza podría ser empleada contra este, y sería absurdo condenarlo a que espere a la muerte del donatario para solicitar la restitución del bien donado. En ese sentido, resultará válida la intimación en mora para dejar sin efecto la obligación (cargo), según el artículo 1150.3 del Código anotado, y el cargo específico se transformará en una obligación resarcitoria, así lo señala el artículo 1321 del Código.

Procede con dolo quien voluntariamente no ejecuta la prestación, así lo señala el artículo 1318; seguidamente, el artículo 1321 establece que el resarcimiento por su inejecución comprende el daño emergente y el lucro cesante, en cuanto sean resultado inmediato y directo de tal inejecución.

Con relación al daño emergente, Fernando de Trazegnies (2004) señala que es aquello con lo que se pretende restituir la pérdida sufrida; este daño constituye siempre un empobrecimiento de la víctima (pp. 15-119). En posición que compartimos, afirma que la víctima del daño «puede escoger el tipo de reparación que más le convenga, según el caso, para borrar (en la mayor medida posible) los efectos del daño», y es evidente su derecho para exigir una indemnización en especie, aunque el Código no lo mencione. El resarcimiento al que se refiere la regla se orienta a reponer la igualdad afectada por no cumplirse la obligación. En la misma posición, Arturo Solarte (2005) señala que la finalidad de la reparación consiste en ubicar a la parte perjudicada en una posición análoga a la que tendría si el daño no se hubiera producido; en lo posible, se deberá reponer la igualdad

patrimonial perdida o dictarse las medidas encaminadas a reponer las condiciones particulares lesionadas.

En este punto es oportuno señalar que el principio de la buena fe es un elemento transversal presente en todo contrato, quienes lo celebran lo hacen confiados en que cada uno va a honrar su compromiso; la conducta negativa del donatario en el cumplimiento del cargo constituye una contravención a este principio, y afecta el derecho del donante, quien basándose en esa confianza entregó gratuitamente parte de su patrimonio.

De tal modo que nada obsta a que el donante, ahora afectado o víctima, exija como daño emergente la restitución del bien entregado en donación. Y si no fuera posible, su compensación económica, cuantificando el bien en su valor actual; además de exigir la compensación por el lucro cesante y el daño moral²² que se le hubiere irrogado. Por lo tanto, si el beneficiario no cumple con el modo o cargo, la propiedad retorna al donante, como efecto del resarcimiento que la ley establece en tanto daño emergente.

En este aspecto, si bien la norma no ha previsto la extinción de la donación por causal de no cumplimiento del modo o cargo, de la interpretación de los artículos 185 y 188 del Código Civil, en función de los principios de la buena fe y la fuerza vinculante del contrato, al no existir norma que lo prohíba, es posible concluir que ante el incumplimiento injustificado del donatario a realizar el cargo impuesto *intuito persona*, luego de ser intimado en mora o haberse vencido el plazo fijado por el juez, corresponde dejar sin efecto el cargo y correlativamente el cese de la donación, y debe retornar al patrimonio del donante o de sus herederos. Sería paradójico que tuviera que esperar hasta la muerte del donatario para obtener la reposición de lo entregado, además de inmoral, porque no es dable desear la muerte de otro.

22 Artículo 1322. «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento».

7. CONCLUSIONES

1. En el contrato de donación con cargo o modo existen dos obligaciones, una principal y otra accesoria, no recíprocas ni correlativas. La obligación principal está a cargo del donante, quien se impone transferir en forma gratuita parte de su patrimonio al donatario quien, a su vez, de modo accesorio debe ejecutar el cargo impuesto por el donante.
2. El artículo 185 del Código Civil peruano establece como regla general la exigibilidad del cargo, sigue el criterio consagrado en el Código italiano, sin haberse previsto legislativamente que su incumplimiento autorice al donante a extinguir la donación, como acontece en el derecho francés, español y argentino.
3. Acorde con el principio de la libertad contractual y con la autorización conferida por el artículo 1631 del Código Civil, las partes pueden disponer en el contrato de donación la reversión de la donación por incumplimiento del cargo, que para la doctrina constituye una condición resolutoria.
4. Si el cargo que se va a ejecutar es uno de carácter personalísimo o *intuitu persona* y muere el donatario, sin que en vida lo haya realizado, el artículo 188 del Código Civil señala que queda sin efecto la donación que se concedió y sus herederos tienen que devolver el bien objeto de esa liberalidad a quien la otorgó (o a sus herederos). En este caso el incumplimiento del cargo actúa como una condición resolutoria.
5. El incumplimiento del cargo faculta al donante o beneficiario a exigir al donatario que cumpla su obligación, para lo cual deberá emplear las medidas legales a fin de que este le procure aquello a lo que se obligó. Sin embargo, existe un tratamiento especial según el artículo 188 del Código, si el cargo fuera de carácter personalísimo, pues si acaeciera la muerte del donatario antes de cumplir el cargo, se extingue la donación, y deben devolverse los bienes al patrimonio del donante o sus herederos.
6. Si la obligación es personalísima y no pudiera el donante obtener que el donatario cumpla con realizar el cargo por su culpa,

al no estarle permitido emplear violencia alguna, podrá intimarlo en mora con el objeto de concluir la obligación. El cargo específico se transformaría en una obligación resarcitoria con arreglo a lo establecido en el artículo 1321 del Código.

7. El artículo 1321 del Código Civil señala que el resarcimiento por la falta de cumplimiento de la obligación abarca el daño emergente y el lucro cesante, siempre que sean el resultado de tal incumplimiento. El daño emergente tiene por finalidad restituir la pérdida sufrida por la víctima, quien puede escoger el tipo de reparación que más le convenga para reponer el equilibrio afectado por dicha falta de cumplimiento. Así, nada impide que el donante, ahora afectado, exija por daño emergente la restitución del bien entregado en donación y haría que, por esta vía, la propiedad retorne a su patrimonio.
8. Si bien la norma no ha previsto el cese de la donación por incumplimiento del cargo, sobre la base de la interpretación de los artículos 185 y 188 del Código Civil y a los principios de la buena fe y la fuerza vinculante del contrato, al no existir norma que lo prohíba, es posible concluir que ante el incumplimiento injustificado del donatario a realizar el cargo impuesto *intuito persona*, luego de ser intimado en mora o haberse vencido el plazo fijado por el juez, corresponde dejar sin efecto el cargo y correlativamente el cese de la donación. Los bienes retornarán al donante o a sus herederos, pues sería paradójico que tuvieran que esperar hasta su muerte para obtener la reposición de lo entregado.

REFERENCIAS

Cabanellas, G. (2003). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta.

Castillo, M. (2020). *Contratos típicos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 3667-2015-Lima. Sala Civil Transitoria. Lima: 3 de octubre de 2016. <https://lpderecho.pe/casacion-3667-2015-lima-contrato-donacion-resolverse-no-cumple-carga-impuesta/>
- Cristóbal-Montes, A. (s. f.). El principio de irrevocabilidad de las donaciones. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/44/rucv_1969_44_65-101.pdf
- De la Puente y Lavalle, M. (1999). *El contrato en general: comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Segunda parte (artículos 1414 a 1528)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Domínguez, L. M. (1983). La revocación de donación modal. En *Anuario de Derecho Civil*, 36(1), 65-108.
- Gaceta Jurídica (1994). Exp. n.º 2007-89/Lima, tomo X.
- Gastaldi, J. M. (1982). Contratos unilaterales y bilaterales. *Lecciones y Ensayos*, (46), 4-12.
- Gutiérrez, M. T. (2018). Artículo 108. Inscripción de la reversión y de la revocatoria de donación. En Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios* (pp. 335-337). Sunarp.
- Iglesias, J. (1998). *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Ariel.
- Jara, H. (1987). Contrato de donación. En De la Puente, M., *Temas de derecho contractual*. Cultural Cuzco.
- Leitao, F. (2015). El «animus donandi». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 22(2). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200008
- León, J. (1983). *Curso del acto jurídico*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Lyon, A. (2017). *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos*. Ediciones UC.

- Mariño, F. (s. f.). Tema 74. Clases de donación. <https://www.francciscomarinopardo.es/mis-temas/24-civil-obligaciones-y-contratos/69-tema-74-clases-de-donacion>
- Molina, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado*, (17), 77-105. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3171382>
- Palacios, N. (2008). Artículo 1625. En VV. AA., *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas: t. VIII. Contratos nominados (primera parte)*. Gaceta Jurídica.
- Rivera, J. (2017). El derecho de opción del acreedor en Italia. *Revista Direito GV*, 13(1), 303-333. <https://www.scielo.br/j/rldgv/a/HHQTVqrLV3tPrQDbPhZ5THB/?format=pdf&lang=es>
- Sanromán, R. (2018). *Derecho de las obligaciones*. Tirant lo Blanch.
- Solarte, A. (2005). La reparación *in natura* del daño. *Vniversitas. Revista de Ciencia Jurídica*, (109), 187-238.
- Torres, A. (2016). *Acto jurídico*. Idemsa.
- Trazegnies, F. de (2004). Título VII. La indemnización. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Trazegnies, F. de (2008). La muerte del legislador. En Carruitero, F., *Filosofía del Derecho. Selección de lecturas*. [s. e.]
- Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (2005). Resolución n.º 1150/2005-TC-SU. Lima: 29 de noviembre de 2005. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1212675/RES1150-2005-TC-SU20200807-1746888-r0d5in.pdf>
- VV. AA. (2008). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Libro II. Actos Jurídicos*. Gaceta Jurídica.
- Zamora y Valencia, M. (2018). *Contratos civiles* (14.^a ed.). Porrúa.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4632

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

The surrogate motherhood in assisted human
reproduction

CARMEN ROCÍO ARÉVALO MARTOS
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: carmen.arevalo@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9496-3382>

RESUMEN

En el presente artículo la autora expone la problemática jurídica de la maternidad subrogada en la reproducción humana asistida. Evidencia, así, la insuficiencia de normatividad peruana para enfrentar esta realidad permitida por la biotecnología. Al respecto, realiza un análisis de la normatividad sobre la materia, así como de algunas sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia y de las iniciativas legislativas presentadas en el Congreso de la República sobre la maternidad subrogada.

Palabras clave: maternidad subrogada; técnicas de reproducción humana asistida; convenio de maternidad subrogada; procreática; interés superior del niño.

Términos de indización: reproducción humana; derechos reproductivos; fecundidad (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

In this article, the author discusses the legal problems of surrogate motherhood in assisted human reproduction. Thus, she evidences the insufficiency of Peruvian regulations to face this reality allowed by biotechnology. In this regard, she analyzes the regulations on the subject, as well as some cassation judgments of the Supreme Court of Justice and the legislative initiatives presented in the Congress of the Republic on surrogate motherhood.

Key words: surrogacy; assisted human reproduction techniques; surrogacy agreement; procreative; best interests of the child.

Indexing terms: human reproduction; reproductive rights; fertility (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/07/2021

Revisado: 30/11/2021

Aceptado: 31/03/2022

Publicado en línea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: La autora declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

La ciencia ha avanzado en las últimas décadas de manera tal que nos presenta escenarios antes impensados con repercusiones en múltiples disciplinas.

La maternidad subrogada en particular es una figura muy compleja que genera diversos planteamientos éticos y jurídicos y se contrapone a categorías normativas surgidas hace varios siglos, tiempos en los que era imposible que una mujer llevase a cabo la gestación de una criatura por encargo de otra mujer que desea ser madre, con el material genético de esta última o incluso con los óvulos de una tercera mujer. Esta posibilidad actual destruiría el principio romano que consagra la maternidad por el hecho del parto, dejando de ser un hecho cierto e incuestionable.

Dado el orden natural de la gestación, resultaba lógico el arraigo del principio *mater semper certa est*, recogido en nuestra legislación nacional como presunción de derecho, en virtud del cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente

debido al embarazo y posterior parto, por lo que este último determina la certeza de quién es la madre, sin posibilidad de impugnación. Así, nuestro sistema jurídico romanista en materia de filiación está lleno de presunciones que tienen como premisa las mismas situaciones biológicas naturales por las que se gestaron en el derecho romano. Estas presunciones ya no corresponden con las posibilidades que nos otorga la biotecnología, y por ello los vacíos normativos (sobre las consecuencias de la subrogación de la gestación) generan una atribución errónea de la filiación.

Esta posibilidad de disociar la maternidad biológica de la gestación nos pone ante plurales situaciones, es así que la maternidad subrogada está siendo empleada en escenarios distintos a los reconocidos por nuestra legislación en lo que respecta a la familia. En tal sentido, nos encontramos ante la necesidad de contar con una normatividad suficiente para enfrentar esta realidad, de manera tal que no solo brinde seguridad jurídica, sino que tenga como principio fundamental la protección del interés superior del niño.

Es preciso ahondar entonces en la valoración de los aspectos positivos y negativos de reconocer normativamente la maternidad subrogada y la posible afectación de derechos con la incorporación en nuestra legislación de la figura materia de análisis.

2. MATERNIDAD SUBROGADA Y EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N.º 26842, LEY GENERAL DE SALUD

Son diversos los términos empleados para referirse a la maternidad subrogada, entre ellos encontramos: vientre de alquiler, gestación por sustitución, alquiler de útero, madre suplente, madre sustituta, madre portadora y madre de encargo. En muchos casos se ha preferido no emplear el término «maternidad subrogada» o «maternidad sustituta», puesto que se considera que debe minimizarse la expresión de manera tal que aluda específicamente a la gestación y no al concepto de «maternidad», que podría asociarse con una participación mayor de la mujer que llevará

a cabo el embarazo (como podría ser el caso de aportar también el material genético).

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2010) considera a la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida y hace referencia a esta en su glosario de términos como «útero subrogado». Así menciona que las técnicas de reproducción asistida (TRA) son

todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, y el útero surrogado.

Ahora bien, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida puede presentar al menos tres distintos escenarios:

- a) Aquel en que la mujer llevará a cabo el embarazo, recibiendo la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo de la madre de intención.
- b) El de la mujer que desarrollará el embarazo habiendo aportado además el óvulo. Es decir, en este caso la mujer que realizará la gestación será también la madre biológica del embrión. Este supuesto no requeriría el uso de una técnica de reproducción asistida extracorpórea como la fecundación *in vitro*, sino que bastaría una inseminación artificial. A esta situación un sector de la doctrina la denomina «maternidad sustituta».
- c) El caso en que la que mujer que llevará a cabo el embarazo recibirá la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo donado por una tercera mujer.

Frente a esto, cabe preguntarse si la legislación peruana actual permite tales situaciones. Si bien no contamos con una ley que regule las técnicas de reproducción asistida, existe una disposición sobre la materia en la Ley General de Salud que señala lo siguiente:

Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre **que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona**. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos (el resaltado es mío).

Al respecto, ha existido una discusión doctrinaria sobre los alcances del artículo 7, a propósito de la maternidad subrogada, así como sobre la ovodonación.

Espinoza (2015) explica que

Un sector de la doctrina sostiene que este numeral de modo alguno prohíbe «la cesión de óvulos ni de espermatozoides», otro que «está proscrita [...] pues no existe identidad entre la madre genética y la madre gestante» y no falta quien sostiene que «es un acto ilícito y constituye un abuso de derecho». Me parece que la finalidad de esta prohibición debe circunscribirse a la denominada maternidad subrogada. Hay que superar la interpretación literal por una constitucional ¿acaso está prohibida la cesión de espermatozoides? Prohibir la cesión de óvulos y no la de espermatozoides es evidentemente discriminatorio (pp. 97-98).

Asimismo, considera que

de una interpretación sistemática del art. IX del Título Preliminar y 7 de la Ley General de Salud (las normas de salud son de orden público), se entiende que la prescripción que madre gestante y madre genética recaigan en la misma persona tiene el carácter de orden público y no de imperatividad (Espinoza, 2015, p. 103).

Al respecto Varsi (2017) sostiene:

En el Perú no existe una prohibición, como *ab initio* se creía, a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a

los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora). Supuestamente la limitación se fundamentaba en dos principios: la maternidad se prueba por el hecho del parto (artículo 409, cc), y la calidad de madre genética debe coincidir con la de madre biológica (Ley General de Salud, artículo 7) (p. 130).

Esto ha sido dilucidado con la Casación n.º 4323-2010, Lima, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, como veremos a continuación. Agrega sin embargo que

La ley peruana, en especial la Ley General de Salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta; es decir, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo la entrega. La prohibición indicada en la Ley General de Salud resultaría inaplicable, pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código Civil en su norma citada (artículo 409, cc) (Varsi, 2017, p. 131).

Como lo mencionamos, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación n.º 4323-2010 Lima, del 11 de agosto de 2011, ha dejado determinado que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la ovodonación y se trata de un vacío normativo. Este fallo responde a un caso en el que una mujer decidió utilizar los espermatozoides criopreservados de su expareja para realizar una fecundación *in vitro* con óvulo de donante, llevar a cabo la gestación y convertirse de esta manera en madre de una niña.

Esto originó varios procesos. En uno de ellos la expareja (que había reconocido a la recién nacida como su hija) sostuvo que el material genético que entregó al centro de reproducción asistida tenía como fin llevar a cabo un análisis de espermatozoides y no una fecundación. Esta declaración se contrasta con su propia pretensión en el proceso materia de la casación, en el que busca la declaración de nulidad de la «Autorización de fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria» y el «Convenio de técnicas

de reproducción asistida», que él, médico de profesión, firmó pero que considera nulos por trasgresión al artículo 7.º de la Ley General de Salud.

Al respecto, la Sala manifiesta lo siguiente:

SEXTO.- Que, habiendo sido desestimada la causal *in procedendo*, corresponde resolver la causal *in iudicando*, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842 [...]; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida —TERAS—, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: a) inseminación artificial y b) fecundación *in vitro*, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación *in vitro*, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

SÉPTIMO.- Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud del axioma jurídico de que «todo lo que no está prohibido está permitido», reconocido por el Tribunal Constitucional: «En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “solo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido” ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio

de que “aquello que no está prohibido, está permitido”», **por consiguiente el aludido procedimiento de «ovodonación» no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.**

OCTAVO.- Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos jurídicos contenidos en los documentos denominados Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria, y Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admiten expresamente: «Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE, la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. [...]» y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido se cumple con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil [...] (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011a).

La sentencia aludida no se refiere específicamente a una situación de subrogación de la gestación; sin embargo, es la Casación n.º 563-2011 Lima, del 6 de diciembre de 2011, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, la que se convierte en un fallo histórico por tratar un caso en el que sí había de por medio un contrato de maternidad subrogada.

Para comprender esta resolución es necesario explicar previamente los hechos relativos al caso. La pareja de esposos Dina y Giovanni, al no poder tener hijos, contrataron a Paúl (sobrino de Dina) y su conviviente Isabel, para que esta última sea sometida a una técnica de reproducción asistida con el espermatozoides de Giovanni. Como resultado de esto nació una niña que fue inscrita en el Reniec como hija de Paúl e Isabel, aunque en realidad era hija biológica de Giovanni. La niña fue entregada a Dina y Giovanni, que la criarían como sus padres.

Con el fin de lograr ser legalmente los padres de la niña, Dina y Giovanni recurren al Primer Juzgado Transitorio de Familia Tutelar de la Corte Superior de Lima para pedir la adopción por excepción. Esto tomando en cuenta que Dina es tía de Paúl (quien fue registrado como padre de la menor) y, conforme al Código de los Niños y Adolescentes, quien «posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción» tiene la posibilidad de iniciar acción judicial en vía de excepción.

Es preciso anotar que si bien Paúl e Isabel habían entregado a la menor conforme a lo acordado, posteriormente pedían que les sea devuelta. Hecho que contrasta con su actuación expuesta en la resolución, en la que se hace conocer sobre una denuncia penal contra Paúl e Isabel por cuanto durante el embarazo extorsionaban a Dina y Giovanni con la amenaza de llevar a cabo un aborto si no se les entregaba dinero. Es respecto de este fallo, desfavorable para los demandados, que interponen el recurso de casación, que fue declarado infundado.

No puede perderse de vista que en este caso no se discutía la maternidad ni estaba en tela de juicio la validez del contrato de maternidad subrogada, puesto que la demanda era una de adopción por excepción. Es decir, no estaba en discusión la maternidad de Isabel, sino que para resolver la demanda de adopción se partía de la premisa de que ella era la madre. Queda evidenciada en el caso la falta de instrumentos normativos. Es así como finalmente Giovanni, padre biológico de la niña, termina siendo adoptante de su propia hija.

El hecho más importante del pronunciamiento es que la Sala prioriza el principio del interés superior del niño, como se expone a continuación:

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual «En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos», principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la Declaración Americana sobre Derechos Humanos que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

[...]

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: «[...] el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula

no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos.

[...]

DÉCIMO.- Que, la tercera y cuarta causal denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente [...], dado que nos encontramos ante un «conflicto de derechos» de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una «ayuda económica» quedando evidenciado que el actuar de los

demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011b).

Quizá el pronunciamiento más amplio en torno al contrato de maternidad subrogada es de la primera sentencia del Perú en vía de amparo sobre la materia. Esta se dio en el Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, mediante la Resolución n.º 5, del 21 de febrero de 2017, del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, confirmada el 28 de junio del mismo año por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Nuevamente, para entender el fallo es preciso narrar la situación de los involucrados. Francisco y Aurora, ante la reiterada imposibilidad de lograr un embarazo exitoso, decidieron recurrir a las técnicas de reproducción asistida, concretamente, a la maternidad subrogada. Con ese fin, suscribieron un acuerdo privado de útero subrogado con los esposos Fausto y Evelyn, para que esta última llevase a cabo el embarazo mediante la transferencia de dos embriones fecundados *in vitro*, con los óvulos de una donante anónima.

Como resultado nacieron dos niños y el médico que atendió el parto consignó en el certificado de nacido vivo como madre a Evelyn. Así los niños fueron registrados como hijos de Evelyn, por ser ella quien los parió, y de Francisco, por declaración de Evelyn en el sentido de que el padre no era su esposo.

Dado que las partidas de nacimiento de los niños contemplaban tal información, Francisco y Aurora (esta última sin vínculo biológico con los menores) inician dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento. Francisco solicitó que se le declare padre de los menores y se proceda al respectivo reconocimiento, mientras que Aurora solicitó que se le declare madre de los menores y se proceda a la rectificación.

Frente a esto, el Reniec declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales que se impugnaron

mediante el proceso de amparo, por considerar los demandantes que se estaba vulnerando el derecho a la identidad de los menores y el principio de interés del niño, así como los derechos del libre desarrollo de la personalidad, a la vida íntima y familiar, y los derechos sexuales y reproductivos de los demandantes. La demanda fue interpuesta tanto por Francisco y Aurora como por Fausto y Evelyn.

En torno a la regulación de las técnicas de reproducción asistida el fallo señala:

OCTAVO: La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano: Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada «maternidad subrogada» estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud [...]. El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud. Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una interpretación *a contrario sensu* del texto citado para concluir que proscribiera el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.

NOVENO: En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa.

Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, «presumir» limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde pueden ser aplicable las TERAs, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas.

El mismo razonamiento puede aplicarse para el caso que es materia de este proceso, pues para la situación objeto de este amparo no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la TERAs realizada descansa en un pacto legítimo, pues «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Al respecto, debe recordarse que, **«el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones»** (Expediente n.º 3954-2006-PA/TC, fundamento 34).

Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación n.º 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para

este Juzgado no quedan dudas que, al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido (Corte Superior de Justicia de Lima, 2017).

La sentencia bajo análisis destaca los derechos sexuales y reproductivos como manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por lo que considera que el Reniec, al no inscribir a los menores, atenta contra los citados derechos de los demandantes, en la medida que no les permite desarrollar un proyecto de vida familiar a partir de su elección reproductiva. Asimismo, la resolución no es ajena al interés superior del niño, al señalar que Aurora se encuentra en una mejor posición para ser considerada como madre de los menores, que en ese momento se encuentran bajo sus cuidados, que son propios de una auténtica madre.

Sin embargo, esta resolución contrasta con la sentencia de la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente n.º 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, que revisaremos más adelante.

3. VOLUNTAD PROCREACIONAL Y FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Como ya hemos podido apreciar, el parto no siempre determina la maternidad ni esta se encuentra necesariamente identificada con la carga genética, conforme a las consideraciones de las resoluciones de la Corte Suprema antes mencionadas.

La tendencia actual, nos dice Varsi (2017),

es que el aporte de la ciencia genética en la determinación biológica de la paternidad con el ADN se aplique exclusivamente a la filiación por naturaleza (por procreación natural). Mientras, la voluntad y el afecto (socioafectividad) son la base para la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida —como lo ha dado a entender un criterio de nuestra Corte Suprema—, *a simili* de la adopción (p. 113).

La legislación civil distingue entre filiación por naturaleza y por adopción, de esta manera se atribuye por matrimonio con la madre (salvo declaración en contrario de esta), por la prueba genética o por adopción.

Sin embargo, como señala Lamm (2011):

los problemas que surgen con las TRA no se ajustan a ninguna de estas situaciones. Como se vio, mientras que en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica; las TRA provocan la disociación del elemento genético, biológico y volitivo en distintas personas, pasando a ser este último el decisivo en la determinación de la filiación. [...] Mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico, es lo que la habilita; en la filiación derivada de las TRA no es la falta de vínculo biológico que en realidad es genético lo que habilita la impugnación, sino la falta del elemento volitivo.

Agrega que se asemeja a la filiación en la adopción

porque en ambos supuestos el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, que, como se vio, en la filiación derivada de las TRA debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente, debe prestarse con carácter previo al nacimiento. Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TRA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo (Lamm, 2011, p. 131).

4. EL CONVENIO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Como vimos anteriormente, la sentencia correspondiente al Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 no solo se pronuncia sobre la inexistencia de una prohibición en el artículo 7 de la Ley

General de Salud, sino que, como consecuencia de ello, considera que el acuerdo de maternidad subrogada tampoco tiene prohibición alguna en nuestra legislación. Así, señala que

el derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, [permite] el uso de técnicas de reproducción asistida [...] y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva (Corte Superior de Justicia de Lima, 2017, considerando décimo).

El primer elemento que surge en torno a la figura de la maternidad subrogada es el acuerdo entre los participantes, por el que una mujer se compromete a llevar a cabo el embarazo para posteriormente entregar el recién nacido a otra que tiene la voluntad procreacional. Estos convenios han sido utilizados como medio probatorio en los casos que dieron origen a las sentencias revisadas.

En los antecedentes históricos más destacados encontramos que fue el abogado norteamericano Noel Keane quien dio inicio a la formulación de «contratos de maternidad subrogada». Ello originó el primer y famoso juicio para determinar la filiación de «Baby M» (seudónimo utilizado para referirse a la bebé nacida el 27 de marzo de 1986 mediante maternidad subrogada, cuya filiación legal estuvo en cuestión)¹.

Fue en 1976 que Noel Keane negoció y redactó el primer contrato formal entre una madre sustituta y una pareja casada en los Estados Unidos. Posteriormente continuó su defensa de la maternidad subrogada. A su muerte en 1997, Keane había arreglado por lo menos seiscientos nacimientos bajo maternidad subrogada en el mundo. Abrió Centros de Infertilidad en regiones

1 William Stern vs. Mary Beth y Richard Whitehead (Baby M Case), 109 N.J. 396 (1988), 537 A.2d 1227. Tribunal Supremo de Nueva Jersey. Argumentado el 14 de septiembre de 1987 y resuelto el 3 de febrero de 1988.

como California, Indiana, Michigan, Nueva York y Nevada para reunir a parejas sin hijos y posibles madres (Van Gelderjan, 1997).

El caso de Baby M fue el primero en poner en el debate mundial esta problemática y se convirtió en el primer fallo judicial estadounidense sobre la validez de un contrato de «vientre de alquiler». Fue William Stern quien suscribió el «contrato de maternidad subrogada» con Mary Beth Whitehead, a quien él y su esposa Elizabeth Stern encontraron a través de un anuncio en el periódico². Según el contrato, Mary Beth Whitehead sería inseminada con el esperma de William Stern (es decir, ella sería la aportante del óvulo que iba a fecundarse), luego de ello debía renunciar a sus derechos en favor de Elizabeth Stern. A cambio recibió la cantidad de diez mil dólares, así como el pago de los gastos médicos. Sin embargo, después del nacimiento Mary Beth decidió quedarse con la bebé, razón por la que los Stern interpusieron la demanda para ser reconocidos como los padres legales de la niña.

Como es de verse Mary Beth Whitehead tenía importantes argumentos para la determinación de su maternidad, no solo la presunción *iuris et de iure mater certa est*, sino que además podía comprobarse fácilmente que era la madre biológica. La Corte Suprema de Nueva Jersey reconoció a Mary Beth Whitehead como madre legal de la niña y a William Stern como su padre³. Asimismo, consideró que correspondía al Tribunal de Familia determinar la custodia legal de la menor, que —privilegiando el interés superior del niño— fue otorgada a William Stern, y se le dio a Whitehead derechos de visita.

2 Whitehead había respondido a un anuncio en el *Asbury Park Press* en busca de mujeres dispuestas a ayudar a parejas infértiles a tener hijos. El Centro de Infertilidad de Nueva York, que había colocado el anuncio, la contactó con William y Elizabeth Stern de Tenafly, Nueva Jersey.

3 Si bien anteriormente, el 31 de marzo de 1987, el juez Harvey Sorkow del Tribunal Superior del Estado en el condado de Bergen confirmó el contrato y rescindió los derechos parentales de Whitehead, ella apeló y de esta manera obtuvo el fallo del 3 de febrero de 1988 de la Corte Suprema de Nueva Jersey, que anuló el contrato.

Si bien Mary Beth Whitehead nombró a Baby M al momento de su nacimiento como Sara Elizabeth Whitehead, luego del reconocimiento de su paternidad y otorgamiento de la custodia a William Stern, fue rebautizada como Melissa Elizabeth Stern. Cumplidos los dieciocho años, Melissa Stern inició el proceso para permitir que Elizabeth Stern la adoptara, lo que implicó poner fin a su vínculo con Whitehead.

«I love my family very much and am very happy to be with them,» Melissa Stern says, referring to the Sterns. «I'm very happy I ended up with them. I love them, they're my best friends in the whole world, and that's all I have to say about it.» [Amo mucho a mi familia y estoy muy feliz de estar con ellos —dijo Melissa refiriéndose a los Stern—. Estoy muy feliz de haber terminado con ellos. Los amo, son mis mejores amigos en todo el mundo, y eso es todo lo que tengo que decir al respecto] (Weiss, 2007, p. 2).

El fallo de la Corte Suprema fue considerado por muchos como una reafirmación de que priman los aspectos biológicos en la determinación de la maternidad. Asimismo, sirvió de sustento para argumentar la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Al respecto la Corte Suprema determinó que el convenio de subrogación entraba en conflicto con el orden público estatal y con las normas que prohibían el uso del dinero en relación con adopciones, las que requerían una serie de requisitos para determinar que los padres naturales no son aptos y dar por terminada la patria potestad para conceder una adopción. Desde entonces algunos Estados han aceptado la maternidad subrogada, mientras otros la prohíben o no la han regulado.

El debate sobre la viabilidad jurídica de la maternidad subrogada reviste muchas aristas. Los defensores consideran a la maternidad subrogada como una forma humana y ética para permitir que las mujeres infértiles se conviertan en madres. Los opositores en cambio la consideran una técnica perversa de la ciencia, que permite equiparar la vida con un producto vendido con fines de lucro.

Varsi (2013), compartiendo entonces el criterio de Cárcaba Fernández, sostenía que la maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito por tener un objeto física y jurídicamente imposible, fin ilícito, y atenta contra el orden público, pues se comercializa con el cuerpo humano. Es contrario a la ley al oponerse a las normas naturales de la filiación, es un fraude a la institución de la adopción, es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución y tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil falsos reconocimientos (p. 435).

En opinión de Trazegnies (2011):

el orden jurídico no es el reino del sí y de no, sino un tejido de derechos y de obligaciones alrededor del sí y del no que constituyen un basamento de la sociedad. Pretender que la ley debe simplemente desconocer el alquiler de vientres porque es inmoral y resolver las controversias que puedan surgir simplemente declarando que el contrato es nulo porque es contrario a las buenas costumbres, es meter la cabeza dentro de la arena como el avestruz. Si bien el contrato de alquiler de vientre puede ser nulo, el hijo que nazca como efecto de ese contrato de alquiler de vientre no es nulo: necesita un nombre, una nacionalidad, una familia, alguien que esté obligado a sostenerlo, etc. El nacido en estas penosas circunstancias, ¿de quién es hijo?, ¿quién debe correr con los gastos del embarazo y parto?, ¿ese hijo alumbrado por una mujer ajena a los cónyuges que la contrataron podría heredar a sus padres biológicos?, etc. [...] (p. 124).

No cabe duda de que más allá de la jurisprudencia existente, resulta imprescindible contar con un marco normativo que determine la naturaleza jurídica del acuerdo de maternidad subrogada, las consecuencias de su práctica, y todas las implicancias en su formulación. Incluso los profesionales del derecho pueden terminar inmersos en una controversia por el acuerdo de maternidad subrogada. Así, por ejemplo, en el caso mismo del contrato para la maternidad subrogada de Baby M, la Sra. Whitehead

demandó al abogado Keane —quien había formulado el acuerdo de subrogación— con el argumento de que ella no había sido examinada adecuadamente para formar parte de este contrato. En 1988 firmaron un acuerdo extrajudicial al respecto.

El debate sobre la validez del acuerdo de maternidad subrogada encuentra algún consenso cuando no se trata de un acto jurídico de carácter patrimonial, y no existe de por medio una contraprestación, es decir, cuando se realiza de modo altruista de manera tal que el fin es puramente humanitario y solidario. Quienes defienden esta posición consideran que, sin embargo, es posible que se involucre una suma de dinero cuya naturaleza no es la de ser un pago sino una suerte de indemnización por los gastos propios de un embarazo u otras necesidades relacionadas con este, como atención psicológica, alimentación, vestimenta especial, o incluso las pérdidas económicas que hubiera en razón del estado de gravidez.

Pero si bien existe un sector mayoritario de la doctrina que considera admisible el acuerdo de maternidad subrogada siempre que el fin sea humanitario, para ayudar a una pareja a cumplir su proyecto de vida, sin una contraprestación económica de por medio, también hay posturas que defienden el contrato, cuyo fin es el de recibir una contraprestación económica a cambio de llevar a cabo el embarazo y entregar finalmente el bebé a los padres de intención. A decir de Bullard (2006):

siempre habrá personas de menos ingresos que para cubrir sus necesidades tendrán que recurrir a establecer relaciones que, de algún modo, implican una dependencia económica. Ello no quiere decir que se puedan amparar extremos como la esclavitud o el servilismo. [...] Es muy fácil criticar una situación dada partiendo de un igualitarismo utópico. Pero la comparación valedera debe ser entre la situación dada y las consecuencias de su inexistencia. Prohibir los convenios de subrogación se basa en la aspiración a una utopía y no en la realidad de los hechos (p. 303).

Agrega que

La capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso en cuanto muchas personas, que, con el legítimo interés de tener hijos, han sido privados biológicamente de tal posibilidad. Y nadie puede dudar que la experiencia de ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no solo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto (Bullard, 2006, p. 312).

Desde esta perspectiva económica, un uso eficiente de un recurso escaso podría ser razón suficiente para considerar válido el contrato de maternidad subrogada. Sin embargo, si desde la perspectiva del derecho el objetivo es permitir que una pareja logre cumplir con su proyecto de vida y ejercer así sus derechos reproductivos, mediante la elección de una técnica de reproducción asistida como la maternidad subrogada, el acuerdo altruista permitiría tal posibilidad.

En este punto, resulta necesario comentar la sentencia de la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 14 de agosto de 2018, en el Expediente n.º 01286-2017-0-1801-JR-CI-11. Dicha resolución revoca la sentencia de primera instancia y declara improcedente la demanda de amparo cuyo contexto pasaré a explicar.

Los esposos Nilton y Carmen no podían tener hijos puesto que el primero de ellos es estéril y la segunda tuvo una histerectomía completa (cirugía de extirpación del útero) a la edad de 18 años. Por tal razón, después de veinte años de matrimonio decidieron recurrir a las técnicas de reproducción asistida, que en su caso no podía ser otra que la maternidad subrogada con gametos donados por terceros. Para ello, suscribieron un «Acuerdo privado de útero subrogado» con Zovelina, a fin de que esta última llevase a cabo el embarazo mediante la transferencia de un embrión fecundado *in vitro* con los óvulos y espermatozoides procurados por una clínica de reproducción asistida, provenientes de donantes anónimos.

Finalmente nació una niña y el médico que atendió el parto consignó en el certificado de nacido vivo como madre a Zovelina, por haber sido quien alumbró a la menor y como padre a Nilton, por declaración de Zovelina sobre la paternidad. Hechos que quedaron anotados consecuentemente en la partida de nacimiento.

Al igual que en el caso del Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, los padres de intención solicitan al Reniec la rectificación del acta de nacimiento de la niña respecto del apellido materno para que corresponda con el apellido de la madre de intención. Asimismo, solicitan que se declare a Nilton como padre de la menor y que se proceda al respectivo reconocimiento, y que se declare a Carmen como madre de la niña y se efectúe la rectificación.

Frente a esto, el Reniec declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales que se impugnaron mediante el proceso de amparo. Sin embargo, a diferencia de lo resuelto en el caso anterior, esta vez la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda de proceso de amparo por las consideraciones que veremos a continuación.

En principio la sala considera que el acta de nacimiento de la menor no es susceptible de ser corregida en la vía administrativa registral, pues no existe error u omisión de acuerdo con la documentación de sustento que le dio origen. Por tal razón sostiene:

4.16. En el presente caso, en realidad nos encontramos frente a una demanda de cambio del apellido materno de una menor de edad y/o de filiación y/o que se reconozca a una persona como madre, a pesar de no ser la madre biológica, ni haber aportado el óvulo que generó el embrión implantado en la persona que fue atendida en el parto de la menor. Es decir, no se trata de un simple error material o formal consignado en la partida de nacimiento, sino se trata de un verdadero cambio de su identidad, en cuanto quién debe ser considerada como la madre de la menor, controversia que no puede ser resuelta por la RENIEC, entidad

administrativa que no tiene competencia para ello; razón por la cual, la rectificación del segundo apellido de la menor, que figura como madre, deviene en manifiestamente improcedente en sede administrativa; más aún, si la expedición del acta de nacimiento materia de corrección o rectificación contiene los datos de los padres de la menor [...], los cuales fueron transcritos del Certificado de Nacido Vivo y declarados por ellos mismos, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

4.17. Aunado a ello tenemos que, mediante una simple solicitud de rectificación de cambio de apellido materno en sede administrativa no se puede pretender determinar a quién se debe reconocer como madre de una niña o quién debería ser la madre de acuerdo al documento denominado «Acuerdo Privado de Útero Subrogado», pues para ello se requiere previamente que un Juez de Familia determine a quién le asiste ese derecho y en donde se debe velar la protección del interés superior de la niña; es decir, el sustento de lo pretendido es de una materia que es propiamente del derecho de familia, concerniente a la sociedad paterno-filial [...] (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

La sala considera además que dado que los gametos no pertenecen a ninguno de los participantes, habría que hacer pruebas para determinar «quiénes serían los verdaderos padres de la menor», ya que el embrión habría sido «donado» por una clínica de reproducción asistida, hecho que no se habría probado en el proceso.

Otra de las consideraciones trascendentes de la sentencia en mención es que «la vida se inicia desde la fecundación y tiene que ser objeto de protección desde que se forma el embrión humano, es decir, no puede ser sujeto de libre disposición privada». Esto trae a colación la necesidad de reconocer la naturaleza jurídica del embrión ex útero y en esa línea regular toda intervención sobre este, de manera tal que al reconocérsele la condición de concebido no podría pensarse en una «donación» de embriones, ni en el «descarte» de embriones supernumerarios o en su manipulación para extraer células madre embrionales ocasionando su destrucción, entre otros.

A criterio de la sala, las estipulaciones del «Acuerdo privado de útero subrogado», firmado entre las partes, ponen al embrión en la categoría de «objeto, como cualquier otro, susceptible de libre donación o disposición, y no como un concebido, que es objeto de protección en sí mismo y como persona en todo lo que le favorece» y por ello no podría producir efectos jurídicos.

Por otro lado, la interpretación de la sala sobre el contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud confirma las discrepancias a las que está sujeto. La sentencia considera que si bien se permite el uso de técnicas de reproducción asistida para solucionar una enfermedad como la infertilidad, esto sería solo para el caso de identidad entre la madre genética y la gestante,

sin embargo, no permite para los casos en que no se dé la identidad entre madre genética y la madre gestante, esto es, no se permite que se realice el TRA cuando los supuestos padres no hayan o no puedan aportar los gametos (ni espermatozoide, ni óvulo), para ser implantados en una tercera persona, como ocurre en el presente caso. Tampoco se conoce la identidad de los supuestos donadores del embrión, ni existe prueba o consentimiento previo y por escrito sobre la supuesta donación realizada por los padres biológicos a favor de los demandantes, quienes, además, afirman que fue la Clínica quien les habría donado el embrión (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

Esta sentencia no reconoce en la voluntad procreacional efecto jurídico alguno para el caso.

4.32. En consecuencia, la afirmación de la demandante [...], en el sentido que la menor es su hija por ser fruto de su deseo de ejercer la maternidad, con ayuda de la ciencia moderna, plasmado en el Contrato Privado antes citado, no tiene respaldo legal alguno, puesto que se trata al embrión como un objeto, sin derecho ni protección alguna, lo cual afecta los principios elementales de la dignidad humana y de las costumbres de nuestra sociedad, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable ni desechable, como instrumento o como medio, por esta (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

La sala se expresa en torno a los dos casos que vimos anteriormente (la Casación n.º 4323-2010 Lima de la Corte Suprema y la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05). Al respecto considera que ambos pronunciamientos son distintos en materia de resolución, puesto que en los casos anteriores el material genético masculino fue aportado por el padre de intención, es decir, el padre de intención era en realidad el padre desde el punto de vista genético, por lo que

ambas sentencias invocadas por los demandantes no solo coadyuvan a la conclusión antes arribada, sino refuerzan el hecho que la declaración de paternidad o maternidad de una menor tiene que ser dilucidada ante la jurisdicción ordinaria de familia y dentro de un proceso que cuente con etapa probatoria amplia, con la que no cuenta el presente proceso constitucional, de acuerdo a lo establecido por el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, razón por la cual se deja a salvo del derecho de los demandantes para acudir a la vía judicial respectiva (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

Finalmente, cabe precisar que, sobre la sentencia bajo comentario, la parte demandante presentó un recurso de agravio constitucional al Tribunal Constitucional, para que resuelva en instancia definitiva. A la fecha de la elaboración de este artículo, aún no ha sido resuelto.

5. NECESIDAD DE CONTAR CON LA NORMATIVIDAD ADECUADA E INICIATIVAS LEGISLATIVAS RELATIVAS A LA MATERNIDAD SUBROGADA

Como se ha podido apreciar, la inexistencia de una legislación que establezca los lineamientos para el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada, genera incertidumbre entre las personas que recurren a estas.

La laxitud de la Ley General de Salud al tratar el tema de las técnicas de reproducción asistida es indiscutible, sin embargo, ello no justificaría la aprobación de algunas iniciativas legislativas que pretenden abordar el tema de la maternidad subrogada de manera aislada y por ende insuficiente, esto es, sin legislar integralmente sobre las técnicas de reproducción asistida, lo que nos pondría en situaciones de incertidumbre mayores. No puede obviarse que la maternidad subrogada involucra una serie de pasos y actores que pueden generar una gama diversa de problemáticas jurídicas.

Así, se olvida que el empleo de las técnicas de reproducción asistida involucra la actuación de varios profesionales de las ciencias médicas y conexas, que durante el desarrollo de los procedimientos serán quienes sabrán de primera mano los resultados de cada paso en el proceso: por ejemplo, el número de óvulos extraídos a una mujer, el destino que se les dará a estos, la cantidad y la calidad de los embriones fecundados, el origen de los óvulos o espermatozoides en el caso de donación de gametos, el estado de criopreservación de los embriones no transferidos al útero de la mujer, etc. Es una realidad que en la actualidad existen centros de reproducción asistida que imponen a los usuarios un contrato de adhesión en torno a sus servicios, que involucran cláusulas de cesión de embriones, o los eximen de toda responsabilidad en su actuación; no obstante, los pacientes no tienen más alternativa que suscribirlos o perder el sueño de convertirse en padres.

El proceso conlleva varias fases que no podemos perder de vista. Solo una de ellas es la fecundación *in vitro*, pero puede continuar con una biopsia del embrión y la preparación celular. Las células biopsiadas serán materia de un análisis denominado diagnóstico genético preimplantacional, que se utiliza para detectar embriones con anomalías cromosómicas antes de su transferencia (como sería el caso del síndrome de Down). Es común que un embrión con estas anomalías no sea transferido o también cabe la posibilidad de que, al contar con muchos embriones

sin anomalías, la pareja no llegue a utilizar algunos de estos, a los que se denomina embriones supernumerarios, cuyo destino es de relevancia jurídica. También es posible que un embrión sufra daños durante la biopsia para el mencionado análisis y deje de desarrollarse o no sea apto para la transferencia aún con un embriólogo experto de por medio (aunque este riesgo es muy bajo, existe). En este punto cabe destacar la necesidad de que la regulación sobre la materia prevea la protección de los derechos de todos los involucrados en cada paso, sin desconocer el estatuto jurídico del embrión ex útero.

Desde el año 2001, se han presentado en el Congreso de la República únicamente nueve iniciativas legislativas sobre la materia. Entre estas encontramos el Proyecto de Ley n.º 685/2001-CR, propuesto el 13 de septiembre de 2001 por el congresista Iván Calderón Castillo, del Grupo Parlamentario Unión Parlamentaria Descentralista, que planteaba la Ley que Regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dicha iniciativa consideró nulos los acuerdos de maternidad subrogada en el siguiente sentido:

Capítulo VIII

De la maternidad subrogada

Son nulos los acuerdos por los que se convenga la maternidad subrogada. Para estos casos la filiación será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

También se encuentra en los archivos del Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 1722/2012-CR, presentado el 15 de noviembre de 2012 por el Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú, a iniciativa del congresista Tomás Zamudio Briceño, que proponía la Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida. Dicho proyecto de ley contemplaba una fórmula prohibitiva respecto de la maternidad subrogada de la siguiente manera:

Artículo 10. Gestación por sustitución

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (Congreso de la República, 2012, p. 8).

Posteriormente, el 11 de marzo de 2013, el Grupo Parlamentario Concertación Parlamentaria, a iniciativa del congresista Elías Rodríguez Zavaleta, presentó el Proyecto de Ley n.º 2003/2012-CR, que proponía modificar el artículo 7 de la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, referida al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Dicho proyecto de ley admitía la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada previa autorización judicial y como última alternativa de la mujer. Así, contemplaba:

Art. 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Los miembros de un matrimonio o concubinato que tengan problemas de infertilidad pueden procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. El uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada, deben ser autorizadas por el Juzgado de Familia y/o Mixto del domicilio de los solicitantes, debiéndose adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique que la única forma de procrear es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y/o maternidad subrogada, debiendo fundamentar por qué no se opta por otras técnicas. El proceso de autorización de uso de técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso (Congreso de la República, 2013a, p. 1).

El 30 de octubre de 2013, el Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional presentó el Proyecto de Ley n.º 2839/2013-CR, que

proponía modificar el artículo 7 de la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, a fin de incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista. La iniciativa suscrita por el congresista Vicente Zeballos Salinas planteaba el siguiente texto normativo:

La maternidad sustituta parcial y altruista, se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser (Congreso de la República, 2013b, p. 19).

Ese mismo año, el 5 de diciembre de 2013, nuevamente el Grupo Concertación Parlamentaria, a iniciativa del mismo congresista Rodríguez Zavaleta, presenta otra iniciativa legislativa, Proyecto de Ley n.º 3034/2013-CR, que contemplaba una fórmula mucho más amplia, proponiendo una Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS), que regulaba los distintos procedimientos que tuvieran por finalidad fundamental paliar la infertilidad humana con carácter subsidiario, cuando otros métodos hubieran sido desechados por inadecuados, ineficientes o clínicamente inconvenientes.

En dicha iniciativa el tratamiento de la maternidad subrogada de igual forma consideraba la autorización judicial:

Art. 12.- El uso de las TERAS en sus formas heterólogas, en la maternidad subrogada, en la implantación de pre embriones en mujer viuda y en la inseminación artificial en la mujer viuda con material genético del marido [...] deben ser autorizadas por el Juzgado de Familia y/o Mixto del domicilio de los solicitantes, debiéndose adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique que la única forma de procrear es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y/o maternidad subrogada, debiendo fundamentar el por qué no se opta por otras técnicas [...]. El proceso de autorización de uso de técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso (Congreso de la República, 2013c, pp. 3-4).

Aunque no trata precisamente sobre la maternidad subrogada, se considera importante mencionar el Proyecto de Ley n.º 3744/2014-CR, del 26 de agosto de 2014, impulsado por el Grupo Parlamentario PPC-APP, suscrito por los congresistas Juan Carlos Eguren Neuenschwander, Luis Iberico Núñez, Javier Bedoya de Vivanco, Soledad Pérez Tello, Alberto Beingolea Delgado, Luis Galarreta Velarde y Richard Acuña Núñez. Dicho proyecto de ley proponía la conformación de una Comisión Especial de Estudio encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reproducción Humana Asistida. La formación de esta comisión conllevaría al análisis de la problemática de la maternidad subrogada puesto que es uno de los asuntos más relevantes de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

No obstante, ninguna de las iniciativas legislativas mencionadas anteriormente fue dictaminada por las comisiones a las que fueron derivadas, ni incorporadas en las agendas legislativas para su debate, y se archivaron finalmente por concluir el período parlamentario en el que fueron presentadas.

Distinto es el caso de los Proyectos de Ley n.ºs 3313/2018-CR, 3404/2018-CR y 3542/2018-CR, todos presentados entre septiembre y octubre de 2018, que cuentan con un dictamen favorable de la Comisión de Salud, aprobado en su sesión del 26 de mayo de 2020, y que propone un texto sustitutorio de Ley que Garantiza el Acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que consta de 18 artículos, 2 disposiciones complementarias modificatorias y 5 disposiciones complementarias finales.

En relación con el contenido de las iniciativas, el Proyecto de Ley n.º 3313/2018-CR, presentado el 7 de septiembre de 2018 por el congresista Richard Acuña Núñez del Grupo Parlamentario Alianza Para el Progreso, propone la Ley que Garantiza el Acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que contempla reconocer la infertilidad como enfermedad, con el fin de otorgar posibilidades de solución para la procreación humana, y propone una serie de disposiciones que regulan las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada. Sobre esta

última plantea que se dé sobre un «acuerdo de carácter gratuito y suscrito por las partes intervinientes» (Congreso de la República, 2018a, p. 4). A partir de ello, la filiación del nacido —señala— «corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la gestación por sustitución». «La filiación materna estará determinada por el aporte del material genético femenino o en su caso por la madre biológica del nacido» (Congreso de la República, 2018a, p. 4). Asimismo, propone la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.

En el caso del Proyecto de Ley n.º 03404/2018-CR, del 18 de septiembre de 2018, presentado por un grupo de congresistas no agrupados a iniciativa de la parlamentaria Estelita Bustos Espinoza, vemos que su fin principal era modificar el artículo 7 e incorporar el artículo 7-A a la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, para regular los requisitos esenciales para acceder a la maternidad subrogada, a la que denomina «maternidad solidaria», que sería de carácter altruista. La propuesta considera que la maternidad asistida y/o subrogada:

se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora (Congreso de la República, 2018b, p. 2).

Y «en el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana» (Congreso de la República, 2018b, p. 2).

Por su parte, el Proyecto de Ley n.º 03542/2018-CR, del 11 de octubre de 2018, del Grupo Parlamentario Célula Parlamentaria Aprista, a iniciativa de la congresista Luciana León Romero, propone la Ley que Regula el Uso y el Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida, que es más amplia y detallada que la fórmula legal contenida en los proyectos precedentes.

Respecto al tema de la maternidad subrogada, el proyecto propone que en ningún caso la gestante subrogada será donante de los óvulos fecundados para el procedimiento; asimismo, establece que dicha mujer podrá realizar el procedimiento una sola vez, siempre y cuando se lleve una gestación a término, para lo que existirá un Registro de Gestantes Subrogadas.

El embrión que será transferido estará formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo y excepcionalmente, cuando el diagnóstico médico así lo amerite, se podrá «solicitar la práctica de una gestación subrogada con transferencia de embriones formados con material genético de terceras personas, siempre y cuando la Comisión Especial de Reproducción Humana Asistida constituida por el Ministerio de Salud lo autorice» (Congreso de la República, 2018c, p. 26). La mujer que llevará a cabo el embarazo podrá revocar su decisión hasta antes de la transferencia embrionaria y la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación con voluntad procreacional. Sobre este último punto la iniciativa legislativa es enfática al precisar que la filiación derivada de la reproducción humana asistida se determina por la voluntad procreacional «expresada de manera previa, formal y contenida en documento público de fecha cierta; constituyéndose medio probatorio válido a nivel administrativo y/o judicial» (Congreso de la República, 2018c, p. 33).

Otro asunto relevante en el proyecto es que, aun cuando propone la maternidad subrogada altruista, señala que es posible la entrega de «una compensación económica relativa a las molestias físicas, gastos de desplazamiento y/o laborales que puedan haberse derivado de esta. En ningún caso supone incentivo económico y/o lucrativo que desnaturalice la finalidad de la maternidad subrogada» (Congreso de la República, 2018c, p. 6).

Sin embargo, el dictamen que finalmente aprueba la Comisión de Salud sobre las tres últimas iniciativas mencionadas, acumulándolas en un Texto Sustitutorio, no recoge muchas de las disposiciones propuestas por los proyectos de ley en mención.

Sin hacer mayor referencia a las razones que llevan a dejar de lado la incorporación de algunos temas, diera la impresión de que no se ha querido ahondar en los detalles del procedimiento de reproducción asistida y se han dejado diversos vacíos.

El dictamen señala como objeto de la ley regular la utilización y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida y se aplicará a todas las personas que se sometan a estos tratamientos. Entre otros, establece que la técnica de reproducción asistida solo debe ser realizada como un procedimiento excepcional cuando los padres de intención hubieran agotado todos los métodos o procedimientos para tener descendencia y solo deberá ser aplicada a la mujer cuando existan posibilidades razonables de éxito y esto no suponga riesgos graves para la salud.

En cuanto al tema que nos atañe, el texto sustitutorio propuesto en el dictamen prevé la gestación por sustitución y señala que esta deberá llevarse a cabo únicamente en aquellos casos en que la mujer no pueda gestar su embarazo por enfermedades genéticas, ausencia de útero o enfermedad que contraindique la gestación, entre otros. En dicho caso solo podrá llevar a cabo la técnica de maternidad subrogada con un familiar de segundo grado de consanguinidad y de manera altruista.

El texto legal señala además que el embrión deberá estar formado por los gametos de la pareja, y los padres de intención deben suscribir un acuerdo previo de consentimiento por vía notarial con la gestante voluntaria para ser declarados padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nazca.

En relación con los gametos o embriones materia de cesión, el texto señala que las receptoras de estos solo tienen derecho a conocer información general de los donantes, salvo circunstancias extraordinarias que pongan en peligro la vida o la salud del niño (en dicho caso, se podrá revelar la identidad de los donantes por mandato judicial). Sin embargo, aunque este punto se encuentra ubicado en el artículo referido a útero subrogado, parece contradecirse con lo que manifestamos sobre la existencia

de una disposición que señala que el embrión debe estar formado por los gametos de la pareja.

Si bien el dictamen es un avance hacia una legislación integral sobre técnicas de reproducción asistida, tan necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, aún contiene diversos vacíos, algunos de ellos elementales. Por ejemplo, no se refiere al número de transferencias de embriones a una mujer en cada ciclo reproductivo, disposiciones en torno a la suspensión de las técnicas de reproducción asistida, las condiciones referidas a los donantes (como un número máximo de hijos nacidos en el país con el material genético de un donante), los acuerdos que deban suscribirse entre los donantes y los centros autorizados que involucren información sobre los fines y las consecuencias de esta donación, el estado o la situación física de los donantes, la situación de los embriones que fueran abandonados, el estado civil de los interesados y las previsiones en relación con ello, el desistimiento de uno de los integrantes de la pareja en su intención de ser padre antes de la transferencia embrionaria, la premoriencia de los padres de intención, lo relativo al diagnóstico preimplantacional, entre otros.

Cabe resaltar que tampoco contiene alguna prohibición expresa sobre la utilización de embriones o gametos con fines de investigación. Y algo que resulta aún más trascendente es la ausencia de un régimen de infracciones en materia de aplicación de las técnicas de reproducción asistida que debiera prever una gradualidad de sanciones e inclusive la existencia de un tipo penal especial sobre la materia, lo que requeriría un mayor análisis.

Como se ve en la secuencia temporal de los proyectos de ley, a través de los años las iniciativas han pasado de proponer la prohibición absoluta de la maternidad subrogada, a concederla por autorización judicial, y finalmente la tendencia se ha inclinado hacia la opción de permitir la maternidad subrogada. Las iniciativas legislativas que la contemplan parecen guardar consenso en torno a que su incorporación en nuestra legislación sea únicamente con carácter altruista. Asimismo, la mayoría de iniciativas

legislativas consideran que esta debe ser una técnica de carácter excepcional, a la que deben recurrir las mujeres con imposibilidad de llevar a cabo una gestación, lo que debe comprobarse médicamente. Sin embargo, no existe la misma anuencia en torno a la procedencia de los gametos femeninos, ni sobre quiénes pueden recurrir a la maternidad subrogada, puesto que aunque la voluntad procreacional sea relevante para la determinación de la filiación y ser padre o madre sea la más importante aspiración de muchas personas, no puede perderse de vista que sobre el derecho de la persona a consolidar su proyecto de vida mediante la procreación, está el interés superior del niño y sus derechos para contar con un hogar adecuado en el cual desarrollar su vida.

REFERENCIAS

Bullard, A. (2006). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (2.^a ed.). Palestra Editores.

Congreso de la República (2001, 13 de septiembre). Proyecto de Ley n.º 685/2001-CR. Ley que Regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/C0E57568E22D461F05256D25005D9FED?opendocument>

Congreso de la República (2012, 15 de noviembre). Proyecto de Ley n.º 1722/2012-CR. Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/abd986bc87c6f8bd05257ab70071aeae/\\$FILE/PL01722151112.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/abd986bc87c6f8bd05257ab70071aeae/$FILE/PL01722151112.PDF)

Congreso de la República (2013a, 11 de marzo). Proyecto de Ley n.º 2003/2012-CR. Ley que modifica el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/847082c44b030dbb05257b2b00812815/\\$FILE/PL02003110313.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/847082c44b030dbb05257b2b00812815/$FILE/PL02003110313.PDF)

- Congreso de la República (2013b, 30 de octubre). Proyecto de Ley n.º 2839/2013-CR. Ley que modifica el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b28cc8ea654fc2e705257c14007069f9/\\$FILE/PL02839301013.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b28cc8ea654fc2e705257c14007069f9/$FILE/PL02839301013.pdf)
- Congreso de la República (2013c, 5 de diciembre). Proyecto de Ley n.º 3034/2013-CR. Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS). [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/93ba8865e5264ef905257c38005ccc88/\\$FILE/PL03034051213.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/93ba8865e5264ef905257c38005ccc88/$FILE/PL03034051213.pdf)
- Congreso de la República (2014, 26 de agosto). Proyecto de Ley n.º 3744/2014-CR. Ley que Crea la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reproducción Humana Asistida. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/2aa1ac0ec802146905257d40007a39aa/\\$FILE/PL03744260814.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/2aa1ac0ec802146905257d40007a39aa/$FILE/PL03744260814.pdf)
- Congreso de la República (2018a, 7 de septiembre). Proyecto de Ley n.º 3313/2018-CR. Ley que Garantiza el Acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0331320180907..pdf
- Congreso de la República (2018b, 18 de septiembre). Proyecto de Ley n.º 03404/2018-CR. Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida como Derecho Humano a ser Madre. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0340420180918.pdf

- Congreso de la República (2018c, 11 de octubre). Proyecto de Ley n.º 03542/2018-CR. Ley que Regula el Uso y el Acceso a los Tratamientos de Reproducción Asistida. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0354220181011..pdf
- Corte Superior de Justicia de Lima (2017). Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Resolución 05. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. Lima: 21 de febrero de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2018). Expediente n.º 01286-2017-0-1801-JR-CI-11. Segunda Sala Constitucional. Lima: 14 de agosto de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011a). Casación n.º 4323-2010 Lima. Sala Civil Permanente. Lima: 11 de agosto de 2011.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011b). Casación n.º 563-2011 Lima. Sala Civil Permanente. Lima: 6 de diciembre de 2011.
- Espinoza, J. (2015). Sobre el binomio libertad-responsabilidad respecto de aquellos que se someten a las técnicas de reproducción médicamente asistidas: un tema de «derecho viviente» en el Perú. *Revista Persona y Familia*, (4), 93-112.
- Lamm, E. (2011, julio). La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal. *Revista de Derecho de Familia*, (50), 107-132.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (2010). Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida TRA.
- Trazegnies, F. de (2011). Trastornos bioéticos del derecho. En *Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez* (t. 1). Idemsa.
- Van Gelderjan, L. (1997, 28 de enero). Noel Keane, 58, Lawyer in Surrogate Mother Cases, Is Dead. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html>

- Varsi, E. (2013). *Derecho genético: principios generales* (5.^a ed.). Grijley.
- Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 109-137.
- Weiss, J. (2007, marzo). Now it's Melissa's time. *New Jersey Monthly Magazine*. <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/130.pdf>



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4645

LA POLÍTICA Y LA ÉTICA

Ethics and public policy

ALEJANDRO ROJO MARTÍNEZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: alejandro.rojo@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4074-6782>

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo tratar la política y orientarla a que en el futuro las personas de la presente generación ingresen a ella a servir a los demás, la tomen con vocación de servicio y no como una forma de vida en la cual puedan obtener beneficios para sí mismas.

Palabras clave: política; ética; valores; vocación.

Términos de indización: política; ética; valores morales (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The purpose of this article is to deal with politics and to orient it, so that in the future the people of the present generation enter it to serve others, take it with a vocation of service and not as a way of life in which they can only benefit themselves.

Key words: public policies; ethics; values; vocation.

Indexing terms: politics; ethics; moral values (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/07/2021

Revisado: 30/11/2021

Aceptado: 31/03/2022

Publicado en línea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

La finalidad de este artículo es orientar la política para que en el futuro quienes quieran dedicarse a ella, lo hagan para servir a los demás y no para buscar su propio beneficio.

Pero primero veamos de dónde proviene el término política. Según Marcel Prelot, la palabra *política* proviene de las voces griegas *polis*, *politeia*, *tá politiká* y *politike*.

Polis: Significa la ciudad, la villa, la comarca, la reunión de ciudadanos que forman la ciudad.

Politeia: Se refiere al Estado, la Constitución, el régimen político, la república y la ciudadanía, entendiendo este término como derecho cívico y político.

Tá politiká: Es plural neutro de *politikos*, y quiere decir las cosas políticas, las cosas cívicas, todo aquello que concierne al Estado, la Constitución, el régimen político, la república, la soberanía.

Politike: Término que se empleaba para referirse al arte de la política, era la abreviación de *politike techné*.

Concepto. Si tenemos que darle un concepto dentro de los muchos que existen, es que la política es una actividad humana y una relación interhumana. Dentro del ámbito de la política existen prácticas sociales en las que se manifiesta y expresa la interacción del hombre; las actividades económicas, jurídicas, artísticas, religiosas, pedagógicas, deportivas, técnicas son relaciones intersubjetivas.

Justamente la política, al tratar las actividades antes mencionadas, tiene que hacer que quien ingresa a ella lo haga con el único fin de servir a los demás.

Actualmente en el mundo entero, y el Perú no es ajeno a ello, estamos viviendo una pandemia de las más terribles, que no se había visto jamás. Al menos quien suscribe este artículo no había presenciado antes un hecho semejante al que estamos experimentando, me refiero a la COVID-19, que demanda que aquellas personas que tienen la misión de tomar decisiones y sacar adelante a un país, deben hacerlo pensando en el bienestar del pueblo y no en el de ellos mismos.

Esta pandemia ha atacado a nuestro país en muchos ámbitos, el primero de ellos es la salud. Atravesamos una de las peores crisis sanitarias, con hospitales que no se abastecen de camas UCI; faltan plantas de oxígeno, que podrían salvar muchas vidas humanas; las famosas vacunas aún no tienen la suficiente eficacia o no llegan al porcentaje deseado que requiere la población. Todo esto hace que caigamos en una crisis de las peores que ha sufrido nuestro país, es ahí cuando los políticos tienen que aplicar medidas adecuadas para evitar que estos males afecten a los pobladores, sobre todo a los más vulnerables y así se puedan evitar tantas muertes de nuestros compatriotas.

Otro sector que se ve afectado es el económico, pues a causa de la cuarentena a la que nos vimos sometidos para evitar el contagio de la terrible enfermedad, las personas más necesitadas no podían salir a trabajar para poder alimentar a sus respectivas familias, y no percibían ningún apoyo del gobierno de turno.

Del mismo modo, otro sector afectado por esta pandemia es el de educación. Muchos estudiantes del sector público y privado se han quedado sin estudiar, sobre todo los del sector público, que al no contar con plataformas digitales o tecnológicas, o con señal de internet, se han visto perjudicados en uno de los principales derechos que tienen las personas al igual que la salud. Con la educación podemos salir adelante como país y se pueden formar

verdaderos seres humanos que sean la verdadera generación del futuro que demanda el Perú.

Ante todo lo manifestado, nos hacemos la siguiente interrogante: ¿por qué la política es considerada como actividad humana y una relación interhumana? La política es el conjunto de actividades que se asocian con la toma de decisiones en grupo u otras formas de relaciones de poder entre los individuos. El filósofo griego Aristóteles decía que el hombre —nos referimos a la persona, hombre y mujer— es un *zoon politikon*, un animal político, es el único ser capaz de hacer política, capaz de tomar decisiones, pero se refiere también al arte del gobierno de los Estados, promoviendo la participación ciudadana al poseer la capacidad de distribuir y ejercer el poder en una sociedad.

La política debe ser entendida como una vocación; como el arte, si cabe el término, de servir a los demás y no servirse de los demás. Quienes ingresan a la política deben tener muy claro que hay personas que esperan su ayuda para solucionar sus problemas, que tomen decisiones por todos aquellos que mediante el voto confiaron en ellos. Pero en la actualidad nos tocamos con una realidad nada grata para la población del país, porque algunos políticos ven a la política como una forma de beneficiarse a sí mismos, sin importarles lo que suceda con el pueblo que los eligió o, lo peor de todo, propician una mala práctica de valores, es decir, la corrupción.

La política debe ser entendida también desde un punto de vista axiológico, vale decir, ético y moral, en el cual los políticos al ser denominados «padres de la patria» prediquen con el ejemplo respecto a cómo servir a las personas, solucionarles sus problemas, hacer una patria más digna, más grande, donde los padres les puedan decir a sus hijos este es el país donde siempre quise vivir y hoy te dejo esta herencia, un Estado en el que se respeten las normas, empezando por las autoridades y terminando por el último ciudadano que habita en la nación.

Estamos *ad portas* del bicentenario de la independencia de nuestro país, con la culminación de la primera vuelta de los

comicios electorales, y vemos rostros nuevos que postulan a ser los futuros «padres de la patria» y presentan propuestas a sus electores. Estas no solo deben ser buenas, sino que deben cumplirlas, pues la palabra de una persona es ley, y la ley se cumple.

Los candidatos también deben practicar valores, actuar con honestidad, ya que al postular a un cargo tan importante saben que van a representar a miles de personas que depositaron su confianza en ellos, como aspirantes a ocupar una curul en el Congreso.

La práctica de valores también va dirigida a aquellos que buscan llegar a la más alta magistratura del país: la presidencia de la República, cargo que se ostenta para solucionar los principales problemas que aquejan a la población de un país o Estado, sin ningún tipo de distinción. Recordemos que cuando un presidente gobierna, lo hace para todo un país y no para una élite determinada o para el grupo de amigos que lo rodean.

La parte jurídica debe ingresar aquí, de manera que las leyes se apliquen para todos por igual, es decir, que si alguien no cumple con las normas dadas para la población de un país, será pasible de una sanción. Se debe empezar porque esas normas sean cumplidas, en primer lugar, por las autoridades y ellas den el ejemplo. Y en caso no lo hagan, devendrá una sanción. Así, el resto de la población verá que efectivamente no hay privilegios a la hora de aplicar las normas o leyes, sino que estas son iguales para todos. Por eso la ley entre sus características es general, es para todos, y es obligatoria, se cumple sí o sí, sino cabe una sanción de por medio.

LA POLÍTICA Y LA ÉTICA

El tema de los valores éticos y morales está muy relacionado con la política; sin embargo, los valores lamentablemente se han perdido, lo que afecta de una manera terrible no solo al ámbito político, sino en general a la sociedad. Ello trae consigo un terrible mal llamado corrupción.

La ética es tratada por muchos autores, entre ellos Aristóteles, filósofo estagirita que manifestaba que la ética busca el bien del individuo, mientras que la política busca el bien de la comunidad. Las acciones de los seres humanos responden a una finalidad, a una causa última, que es la felicidad; la virtud es el medio para alcanzarla, y esta se encuentra en el justo medio de nuestras decisiones y acciones en la vida.

Por su parte, Santo Tomás de Aquino distingue, al igual que Aristóteles, dos clases de virtudes: las morales y las intelectuales. Por virtud entiende un hábito selectivo de la razón que se forma mediante la repetición de actos buenos, esta consiste en un término medio, de conformidad con la razón. A la razón le corresponde dirigir al hombre hacia su fin y el fin del hombre tiene que estar acorde con su naturaleza, por lo que la actividad propiamente moral recae sobre la deliberación, es decir, sobre el acto de la elección de la conducta.

Dicho esto, es el propio ser humano el que tiene que elegir la conducta que ha de emplear a la hora de tomar una decisión. En el caso de los políticos, fueron elegidos para servir al pueblo, la función que tienen que cumplir es la de velar por los intereses de las personas que votaron por ellos aplicando dentro de esa función una conducta ética, en la que primen los valores, donde sean un ejemplo de honradez, sobre todo, y de honestidad, y que se entienda de una vez que la política es un servicio a las personas que eligieron a un determinado político, que tiene que practicar la política como una vocación.

Nos preguntamos qué se entiende por vocación. Si tuviésemos que dar un concepto básico, podríamos decir que es la inclinación que una persona siente para dedicarse a un modo de vida y puede estar relacionada tanto con lo profesional (trabajo, profesión) como con lo espiritual. La palabra vocación proviene del latín *vocatio*, que significa ligado al campo profesional. Ciertos seres humanos sienten una inclinación a servir a los demás, ese es su modo de vida, para eso vinieron al mundo, a cumplir una misión encomendada, cual es servir a los demás, que las personas sientan que alguien vela por ellos, sin interés alguno de

por medio, sino por el simple hecho de que sean felices, de que vivan en un mundo de felicidad al sentirse servidos por quien eligieron.

Ese tipo de vocación la demuestran los docentes al momento de enseñar a sus alumnos para que sean grandes profesionales, pero sobre todo personas de bien para la sociedad. El mejor regalo que un docente recibe es ver a sus alumnos hechos grandes profesionales y seres humanos de bien para la sociedad. De igual manera, un político debe actuar con vocación, servir a los demás ayudándolos a resolver sus problemas, y que se vean realizados, puesto que confiaron en él y puedan decir no nos equivocamos. Servir a las personas más necesitadas es su verdadera función y así como un maestro sirve a los demás desde las aulas, sin mediar algún interés, esa debería ser la verdadera razón de ser un buen político.

Tenemos como ejemplo grandes políticos de antaño que hoy no están ya con nosotros, pero dejaron huella con su actuar y sobre todo con sus conductas éticas, que es lo que les falta a algunos políticos. Debemos recordar que un buen político es como un buen docente. Las personas son como los alumnos para sus profesores, que siempre los evalúan; la actuación de los políticos siempre es evaluada, por eso en la actualidad tienen que emular a los grandes políticos del pasado.

La relación entre la moral y la política tiene una larga historia, ya que los grandes filósofos relacionaron la política con los valores. Es el caso de Platón cuando dice «El fin de la política es la justicia», y agrega: «La única razón moral que justifica que una persona participe en la polis es su capacidad de servir a los demás». Con ello quiere decir que para ser políticamente moral, debo servir a los demás; si se hace política al margen de esta intencionalidad, ya no se es moral.

De otro lado, Aristóteles manifiesta que el fin del Estado es el bien común y no el bien de una oligarquía. Esa tendencia de relacionar la política bajo principios morales se repitió a lo largo de todo el pensamiento político clásico, entre los romanos como

Cicerón, Polibio y Séneca; en la Edad Media, también San Agustín y Santo Tomás, padres de la iglesia.

Kant por su lado manifiesta: «El hombre es un fin en sí mismo y no un medio o instrumento al servicio de otros hombres». Pero afirma que «solo las cosas tienen precio, los hombres no tienen precio porque tienen dignidad» y manifiesta que el ciudadano es a la vez legislador y súbdito.

Cabe mencionar que además de existir una conducta pragmática, la conducta se rige por los valores que son aprendidos y asumidos a lo largo de nuestras vidas y cómo nos desenvolvemos en función de aquellos. Lo anterior significa que los valores no son simples enunciados que están fuera de las relaciones humanas, sino que forman parte y están inmersos en ellas.

La política con el correr de los años ha ido evolucionando en el mundo y no puede estar exento de esto el Perú, en donde antaño daba gusto ir al Congreso a ver a los parlamentarios, que eran verdaderos políticos de renombre y tenían vocación de servicio para con su sociedad. Su solo nombre era sinónimo de respeto y eran considerados verdaderamente «padres de la patria», pues representaban al país de una forma desinteresada y daban prestigio a la política peruana.

Sin embargo, con el correr de los años la política en el Perú se ha ido deteriorando, nos preguntamos por qué. Una de las causas puede ser que en los partidos políticos ya no había verdaderos cuadros políticos, es decir, militantes formados ideológicamente para, de llegar al poder, servir a su país. Por el contrario, se invitaba a personas que no tenían nada que ver con el partido, con el único fin de llegar al poder y velar por sus propios intereses y no por los intereses de la patria.

De igual manera se elige a los representantes a un cargo público utilizando el método llamado «la dedocracia», esto es, se elige a un representante por ser allegado al líder del partido, pero no necesariamente por mérito. Eso genera no solo crisis en el partido, sino, sobre todo, crisis en la sociedad.

La política como actividad principal de una polis o sociedad debe ser considerada como la mejor y la más noble de las actividades, donde prime el hecho de servir a los demás, sobre todo a las personas de las clases más necesitadas, que ponen sus esperanzas de vida en quienes postulan tanto a la presidencia de la República como al Congreso para que los representen y sirvan en las necesidades que demandan.

Es momento de que nos unamos como peruanos, y en vísperas de elegir nuevas autoridades que tomen el mando de nuestro país, les pidamos que se comprometan a trabajar por el Perú para sacarlo de la situación en que se encuentra actualmente.

Vemos en los medios de comunicación rostros nuevos, tanto de politólogos que hacen un análisis concienzudo de la política en nuestro país —felicitaciones por eso—, como de jóvenes, futuros políticos, que piensan en servir a su país algún día. Por un lado, nos toca decirle a la «Generación del Bicentenario» que si su meta es hacer de la política una vocación —como esperemos que sea—, donde el fin supremo sea servir a su patria y sobre todo a los más necesitados, deben prepararse bien en los asuntos políticos que competen al país, a fin de llegar bien a sus electores y cumplir con las promesas que hacen para que vean que esta nueva generación cumple con lo que promete. Lo fundamental es actuar siempre con valores, la política como cualquier otra actividad que realice el ser humano debe ser hecha primero con vocación, con ganas de servir a la población. Se debe hacer de la política un apostolado, y sentirse a gusto de que el elector se vea servido por las personas por las que votó. Por otro lado, deben actuar con decencia, con valores, puesto que quienes los siguen, generacionalmente hablando, verán en ellos un modelo. Es por eso que necesitamos rostros nuevos, bien preparados y sobre todo bien formados axiológicamente hablando.

Hoy en día la política ha cambiado, estamos en una era en la cual la tecnología entra a tallar, juega un rol importante en la vida de un país. Me refiero a la política virtual, donde las campañas incluso se realizan en las redes sociales. Estamos comunicados

o mejor dicho interconectados por medio de las redes y de esta forma todas las personas sabemos qué hace cada uno de los candidatos con el solo hecho de hacer un clic, algo jamás pensado antes, una forma mucho más ágil y dinámica de hacer política.

Es necesario que los jóvenes intervengan en política en nuestro país, creo que de ellos tenemos mucho que aprender. Solo les sugiero que cuando ingresen a esta actividad —me refiero a la política como una carrera—, la desarrollen con vocación de servicio, así como un docente cuando enseña a sus estudiantes, pues en sus manos está el futuro del país. Los pedagogos tienen la noble misión de formar verdaderos seres humanos para que mañana más tarde sean hombres y mujeres de bien para nuestra sociedad. Por eso es de vital importancia que en las escuelas y en las universidades se imparta una asignatura de carácter obligatorio como la ética. En este caso se debe aplicar a la política, para que los estudiantes puedan ver que antes esta era un servicio a la sociedad. Los grandes maestros de la Grecia antigua, como Sócrates, Platón y Aristóteles, decían que el fin de hacer política es servir al pueblo y generar el bien común a las personas.

Esas enseñanzas deben quedar plasmadas en las mentes de nuestros jóvenes, y los docentes tenemos la obligación de seguir implantándoles esos principios axiológicos desde las aulas si queremos que sean no solo buenos profesionales, sino sobre todo los buenos políticos que nuestro país demanda.

Nos hacemos la siguiente pregunta: ¿desde cuándo se descuidó la ética en la política? En la práctica política contemporánea la disciplina ética ha perdido importancia. ¿Quién forma a los gobernantes en ética pública? ¿Quién se preocupa por transmitirles valores? El descuido de la ética en la formación de los gobernantes ha generado por un lado que aquellos que ocupan cargos públicos, cuando carecen de principios éticos, desvíen los fines originales de la política al encontrarse demasiado obsesionados por sus intereses personales y partidistas. A su vez, el olvido de la ética en los gobernantes ha generado su corrupción moral.

Lamentablemente, tenemos que decir que resurge «la ley de la selva», donde impera el más fuerte y «el hombre se convierte en un lobo para el hombre», como decía Hobbes. Se reavivan confusiones respecto a si una situación es correcta o no, incluso existe cierto rechazo a las normas éticas, ya que estas son menos atractivas o estimulantes que los principios individuales. El disfrute individual del dinero y los bienes materiales sin duda atrae mucho más que el goce colectivo de estos. Una sociedad sin recursos éticos genera una transformación en la conducta de sus miembros basada en antivalores.

Lo que es antiético e inmoral, al extenderse en la vida práctica diaria, se torna normal e incluso es visto positivamente. La inmoralidad atrae actos inmorales. La gravedad de restar importancia a los valores éticos radica en el hecho de que las personas que durante su infancia y juventud viven al margen de estos principios difícilmente los aceptan una vez alcanzada la madurez.

Aristóteles (1982) en su obra *Política* señaló: «la bajeza en los seres humanos es una cosa insaciable, porque en su naturaleza ese apetito es ilimitado y la gran mayoría de la humanidad vive para satisfacer ese apetito». Cuando un individuo carece de ética y ejerce el poder, no mide el alcance de sus actos y puede cometer acciones irracionales o bestiales.

La ética aplicada a la función pública implica servicio a la ciudadanía, es además un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el curso del poder público, un elemento clave para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones al elevar la calidad de la Administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos.

La ética no puede ser ignorada por los gobernantes, pues ella orienta hacia lo que es conveniente y justo para la comunidad política. Auxilia en la toma de decisiones, ejercita la mente a través de la deliberación. Es un pilar en el actuar. Indica qué es lo que debe hacerse y qué omitirse, resuelve dudas, aconseja, presenta

principios, da sabiduría, entendimiento, prudencia, ecuanimidad, capacidad de juicio en la toma de decisiones.

La combinación de los conocimientos éticos aunados a los políticos da como resultado personas íntegras con sólidos principios, responsables para el trabajo y con respeto por el cargo. Es el equilibrio o justo medio de que hablaban los griegos. Los valores éticos insertados en las personas que operan en el ámbito público y cultivado de manera adecuada coadyuvan a que la función pública sea más eficiente. De igual manera, ayudan a reivindicar la imagen del funcionario, del gobernante, del político y en general de aquellos que se encuentran en el ámbito de acción del servicio público.

Ningún gobierno tendrá verdadero éxito en la realización de sus objetivos si antes no integra la ética en la formación de su personal. Todo Estado cuenta con políticos que tienen por función gobernar, aunque algunos lo hacen bien y otros no tanto. La diferencia entre unos y otros radica en que aquellos que lo hacen bien es porque cuentan en sus filas con personas que poseen conciencia, libertad, decisión, carácter, autoridad, es decir, principios y valores. Finalmente, convendrá recordar las palabras del sabio Confucio sobre la manera de actuar de un buen gobernante:

El gobernante se haya obligado, sobre todo a perfeccionar su inteligencia y su carácter para conseguir la virtud; si obtiene la virtud recibirá el afecto del pueblo, si goza del afecto del pueblo, su poder se extenderá por toda la región; si ha adquirido el poder sobre la región, le resultará fácil alcanzar la prosperidad del Estado.

La ética estudia los actos del individuo. Cada acto en el comportamiento tiene un nombre. Aristóteles explicó en su tratado de ética en qué consistían cada una de las diferentes actitudes del ser humano, entre las cuales se encuentran las siguientes: a la persona que siempre se molesta se le denomina iracunda y al estado de ánimo ira; aquel que ambiciona riquezas desmesuradas es el avaro y el estado es la avaricia; quien delibera con sano juicio es

prudente y el estado de ánimo es la prudencia; el que habla con la verdad es verídico y al estado de ánimo se le denomina veracidad, etc.

Todo individuo a lo largo de la vida adopta hábitos específicos para aplicarlos en su conducta diaria, de esta manera va adquiriendo principios éticos y formando su identidad y carácter. Así, la ética es la disciplina del conocimiento que estudia las actitudes, los hábitos y las costumbres del ser humano. Estudia y explica el porqué de la conducta humana y propone formas deseables para actuar. Se posee ética cuando se logra establecer, para uno mismo, un conjunto de virtudes que se tornan principios bajo los cuales se rige la conducta. El *ethos* del hombre es la tierra fértil de donde brotan todos los actos humanos que dan fundamento a una forma o modo de vida.

Una vez conocidas, al ser estudiadas, las formas de comportamiento humano, la ética las clasifica. Por un lado, en aquellos actos que benefician, son positivos o convenientes al ser humano en tanto que no perjudican ni a uno mismo ni a otro, por el contrario, ayudan a los semejantes, por ejemplo, la justicia, la libertad, la lealtad o la prudencia. A estos se les denominó virtudes. Por otro lado, se encuentran aquellos actos que perjudican, son negativos o inconvenientes porque no benefician tanto al que lo realiza ni al que lo recibe; a estos se les denominó vicios. Son ejemplos la injusticia, el despotismo, la traición o la imprudencia. Una identificación de las principales virtudes señaladas por la ética en la antigüedad son las siguientes: amabilidad, cordialidad, amistad, autoridad, capacidad, compromiso, fortaleza, generosidad, honor, humildad, jovialidad o buen humor, justicia, lealtad, libertad, magnanimidad, magnificencia, moderación, paciencia, prudencia, respeto, sabiduría, sinceridad, sobriedad, templanza, valor, veracidad o franqueza.

Lo contrario a la virtud es el vicio, la disposición a hacer el mal. Respecto de los dos tipos de actitudes, ya desde la Grecia clásica se señaló que las virtudes son mejores, aunque son más difíciles de alcanzar, por eso la mayoría de las personas se inclina por los

vicios. El sabio Aristóteles escribió que «Por naturaleza somos más inclinados a la intemperancia y deshonestidad que a la modestia». Algunos de los vicios más comunes en la conducta del ser humano señalados en la ética clásica son la ambición, la ira, la adulación, la indiferencia, la cobardía, la envidia, la malevolencia, la vulgaridad o mal gusto, el desenfreno, la insensibilidad, la mentira, la jactancia, la pereza y la injusticia.

El estudio de la ética señala que las virtudes constituyen el equilibrio moderado en la conducta de la persona, mientras que los vicios a su vez conllevan dos situaciones extremas. Por ejemplo, respecto al uso que el ser humano hace del dinero, en un extremo está el avaro, quien anhela acumular; y en el otro se halla el pródigo, quien derrocha sus recursos. El equilibrio entre ambos, el «justo medio», es en este caso aquel que hace uso del dinero con quien debe, cuanto debe, como debe y donde debe. En relación con el carácter, aquel a quien todo molesta y se encuentra constantemente de mal humor es el irascible, su opuesto es aquel que nunca se molesta, el justo medio entre ambos es el apacible. En el campo de los placeres, en un extremo está el desenfrenado o intemperante, su opuesto es el insensible o frío, es decir, que no siente placer alguno, el justo medio se encuentra en el sobrio, moderado o templado. En palabras de Aristóteles:

La virtud es por consiguiente una disposición a actuar de manera deliberada, consistente en una medida relativa a nosotros, determinada por la razón y del modo en que la determinaría el hombre prudente. Es una medida entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto. De esta manera todo justo medio es una virtud.

Justamente la virtud o al menos una de las virtudes que debe tener toda persona es la honradez al momento de actuar, más si lo hace en el uso de una función desde el punto de vista político, es decir, al servir a quienes depositaron su confianza cuando el político era candidato, cuando los electores creían en él porque confiaban en que su situación económica y en general de vida iba a cambiar totalmente. Sin embargo, en muchas ocasiones los políticos cuando toman el poder cambian su forma de actuar, la

ambición y el poder les gana y actúan de otra manera, ya no son las mismas personas que ofrecieron cambiar la situación política de sus electores y a menudo piensan en cómo mejorar la situación de ellos mismos. Creo que si hacen esto, se equivocaron de rumbo, porque se debe tener bien en claro cuál es la función de un político: servir a los demás y no servirse de los demás.

La primera vuelta de estos comicios ha culminado. Esto nos pone en una situación en la cual tendremos que elegir entre dos candidatos dentro de poco. Al electorado ya no se le puede estar engañando, ya abrió los ojos y se dio cuenta de la realidad por la que atraviesa nuestro país desde el punto de vista político y axiológico. Los políticos de hoy y sobre todo esos rostros nuevos que ingresan al campo político tienen que hacerlo pensando que su labor principal es ayudar a los que más lo necesitan, a aquellos que confiaron en ellos. Hoy les toca a los futuros «padres de la patria» demostrar, como se diría en términos deportivos, en la cancha, que realmente han cambiado, para que los electores volvamos a creer en ellos, que dentro de poco su objetivo será reconstruir todo el Perú, no solo políticamente, sino conductualmente; con esto me refiero a valores, para que las generaciones futuras vean que la política no es mala, sino que algunos políticos, con sus conductas erróneas, la hacen mala. Por ello es momento de recobrar la política como esa actividad humana de la que tanto hablaron Platón y Aristóteles, el arte de servir a los demás y buscar el bien común, ahí está la razón de ser de esta actividad.

No olvidemos esa frase tan conocida del filósofo Aristóteles, el hombre es un *zoon politikon*, un animal social porque vive con seres de su misma especie y desde el cargo en que se encuentre tiene que servirlos. También es un «animal político», pues fue hecho para servir a los demás, y el fin fundamental de un Estado debe ser el bien común para todos, sin importar quiénes votaron por ellos y quiénes no.

Dentro de muy poco estaremos celebrando el bicentenario de la proclamación de la independencia del Perú, y tenemos que mostrar nuestro mejor rostro no solo a nuestros compatriotas, sino a nivel mundial. ¿Cómo lo haremos? Cambiando la forma de

actuar de nuestros gobernantes, forjando un país nuevo, donde las normas se cumplan; donde todo se haga correctamente; donde nuestros gobernantes se preocupen por los más necesitados en todos los campos, salud, educación, etc.; donde tengamos los mismos servicios y nos vean como un país en el que se puede vivir de una manera segura; donde no impere el desorden y la violencia. Es decir, seamos una nación educada sobre todo en los ámbitos en los cuales se desenvuelve un Estado.

La política y la moral deben ir de la mano, enseñarse en la sociedad, primero los valores, no solo desde el hogar, sino ponerlos en práctica. Recordemos que los valores son un conjunto de normas que se dan en la sociedad y deben ser respetadas por todos los seres humanos que vivimos en ella para ser considerados personas morales y éticas. A la vez se debe tener vocación de servicio. Quien ocupa un cargo público debe ayudar a quienes más lo necesitan, ya que después de todo gracias a ellos están en su cargo.

La crisis que atravesamos en cuanto a valores se refiere, relacionada con el campo político, no es un mal reciente, tiene mucho tiempo en nuestro país y poco o nada se ha hecho por mejorar. Los gobiernos de turno, a fin de beneficiarse, llevados por la ambición de poder, hacen de la política un negocio más que un servicio. Es por ello que no se ha encontrado un remedio adecuado que cure al Perú de este mal que lo aqueja.

Aristóteles manifiesta que la verdadera felicidad consiste en obrar bien, la actividad es para el Estado todo, lo mismo que para los individuos en particular, y que el fin supremo de la vida es necesariamente el mismo para el individuo que para los hombres reunidos y para el Estado en general.

El gobierno perfecto que buscamos es, precisamente, aquel que garantiza al cuerpo social el mayor grado de felicidad. La felicidad, según se ha dicho, es inseparable de la virtud, y así, la república perfecta, en la que la virtud de los ciudadanos será una verdad en toda la extensión de la palabra, se dará en la medida en que el Estado cumpla bien su función: el bien común de los ciudadanos.

Para que un Estado sea eficiente necesita que las personas que lo habitan vean satisfechas sus necesidades primordiales, todos por igual, con un accionar correcto de parte de sus autoridades, en donde el trabajo que realizan, lo hagan en beneficio de la población que los eligió, que brinden servicios a la población del Estado y a personas que por uno u otro motivo se encuentran en él. La felicidad de las personas de la que habla Aristóteles es justamente eso, que el Estado sirva a todos por igual, que las personas ya no estén pasando por las penurias que cada día vemos, producto de una mala administración de quienes nos gobiernan. Esto debe cambiar de una vez, si es necesario sacar de sus puestos a los malos funcionarios o trabajadores públicos y colocar a personas idóneas, por medio de la meritocracia, para que así el Estado pueda brindar un rostro nuevo a sus habitantes.

¿Pero realmente existe un Estado perfecto? Creemos que no, nada en este mundo es perfecto, solo Dios, pero tratemos de llegar a un Estado en el que al menos las personas puedan vivir de una manera cómoda, donde no se pasen penurias para poder vivir bien, donde la gente trabaje de una manera en que no le falten los servicios básicos a nadie, y esto es función del Estado por medio de sus autoridades.

Por eso ingresar a la política demanda una labor titánica en la que lo principal es trabajar duro y parejo por el bienestar de toda la población. Las personas que ostentan un cargo público lo deben hacer con los valores que les fueron enseñados en casa, es decir, esas normas que la sociedad impone y que deben seguirse de una manera correcta para ser personas moralmente reconocidas por nuestra sociedad y éticas ante esa misma sociedad y nuestra familia.

Hoy en día creemos que los padres de familia tienen una tarea que cumplir en cuanto a la educación de sus hijos, velar porque no solo se les transmitan conocimientos, sino que las escuelas cumplan con el rol fundamental en la formación de verdaderos seres humanos que apoyen a la sociedad. Nos estamos refiriendo a una educación basada en valores, principios que se tienen que

enseñar a una persona desde la niñez y que la acompañarán a lo largo de su vida. Estos principios, sobre todo, deben ponerlos en práctica en la sociedad, para que sea mejor y, por ende, genere mejores ciudadanos. Ciudadanos cuya meta sea, en caso de que ingresen a la política, servir a su país, de manera que apliquen valores en su actuar cotidiano. Y de no dedicarse a la política, que sean verdaderos seres humanos, con los mismos valores, puesto que las futuras generaciones serán quienes puedan organizar una sociedad mejor donde vivir, forjarse un futuro, buscar su bienestar y el de los suyos y así poder vivir de una manera en que los servicios que la sociedad nos brinda lleguen a todos por igual, y poder decir que el Estado que tanto anhelamos —si bien es cierto no llegará a ser perfecto como quisiéramos—, sí podrá ser eficaz para todos, que es lo que se pretende al final. Ese es, al fin y al cabo, el fin fundamental del Estado.

Hemos tratado cómo la política, en su relación con otras ciencias, se relaciona de manera fundamental con la axiología, esto es, con el estudio de los valores, en cuanto a la conducta del ser humano en una sociedad. Y es de mucha importancia por cuanto un Estado será mucho mejor y eficaz si su población tiene una conducta digna que llevar para con su sociedad.

En la medida en que llevemos siempre con nosotros valores que nos hagan sentir verdaderos seres humanos, es decir, personas de bien, aportaremos mucho a la sociedad y a nuestra familia. Es lo que esperamos también de nuestros futuros gobernantes, que no solo apliquen los valores a la hora de ejercer sus funciones, sino sobre todo que sirvan de ejemplo a las futuras generaciones que quieran incursionar en el campo de la política, que sirvan a sus conciudadanos, que tanto esperan de ellos, y así cambiemos de una buena vez el rostro tan negativo que nuestra sociedad muestra ante el mundo.

Esperemos, pues, que nuestro país cambie con los valores que tanto le demandamos a su población, y podamos hacer ver en el Perú un Estado en donde las personas quieran vivir y ser atendidas de la mejor manera. El Perú es un país que no es menos

que ninguno, por el contrario, tenemos mucho que aportar, y lo haremos si todos juntos trabajamos en el mismo sentido, para sacarlo adelante y volver a ser la nación que nuestros padres nos dejaron.

La ética ha sido tratada por muchos autores: Aristóteles dice que esta se ocupa de definir el bien del hombre, lo que es bueno para cada uno. Sócrates señala sobre la ética que la práctica del bien perfecciona al ser humano y, por el contrario, la práctica del mal corrompe su naturaleza. Hegel manifiesta sobre la moral que no es el resultado de un contrato social, sino un crecimiento natural que surge en la familia y culmina en un plano histórico y político. Santo Tomás sostiene que la ética es toda acción que tiende hacia un fin, y el fin es el bien de una acción.

Estos conceptos pertenecen a algunos autores que se refirieron a lo que es la ética en la vida de un ser humano. Pero nos quedamos con la definición matemática del valor, algo nunca visto por quien suscribe este artículo. Este concepto de la ética numérica la dio el matemático árabe Al-Khwarizmi:

Le preguntaron al gran matemático árabe Al-Khwarizmi sobre el valor del ser humano, y este respondió:

Si tiene ética, entonces su valor es = 1.

Si además es inteligente, agréguele un cero y su valor será = 10.

Si también es rico, súmele otro cero y será = 100.

Si por todo eso es además una bella persona, agréguele otro cero y su valor será = 1000.

Pero, si pierde el 1, que corresponde a la ética, perderá todo su valor pues solamente le quedarán ceros. Así de sencillo: sin valores éticos ni principios sólidos no queda nada, solamente corrupción y malas personas (Graciani, 2018, párrs. 2-7).

REFERENCIAS

Aristóteles (1982). *Política*. Aguilar.

Graciani, M. (2018). ¿Cuál es el valor de una persona? *El Correo de Andalucía*. <https://elcorreoweb.es/opinion/columnas/cual-es-el-valor-de-una-persona-YA4442881>

Miró Quesada, F. (2019). *Ciencia política de la liberación. Primera parte*. Universidad Ricardo Palma.

Weber, M. (1919). *La política como vocación*. <https://copmadrid.es/webcopm/recursos/pol1.pdf>



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.u11n11.4635

DIVERSAS EXPRESIONES DEL HUMANISMO

A diversity of manifestations of humanism

FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: francisco.miroquesada@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-9464-790X>

RESUMEN

En este artículo explicamos en qué consiste el humanismo como ideología. Luego de una definición general, describimos sus diversas manifestaciones, desde el humanismo cristiano, que fue su primera expresión, al marxista y existencialista, y concluyendo con el racionalista.

A pesar de sus diferentes puntos de vista, marco teórico y momento histórico en que estos humanismos se gestan, encontramos en todos ellos un denominador común basado en el reconocimiento de la dignidad humana.

Desde nuestro punto de vista, el humanismo es una alternativa político-ideológica revolucionaria porque ha contribuido a la transformación de los seres humanos y de las sociedades, pero también se caracteriza por ser transideológico, debido a que sus postulados se encuentran inmersos en la mayoría de las ideologías que persiguen la liberación plena de las personas para alcanzar una sociedad libre

de toda forma de dominación y consolidar así la sociedad justa, no arbitraria y simétrica, hasta llegar a la sociedad sin clases.

Por medio del humanismo podemos consolidar los principios de libertad, igualdad, dignidad, fraternidad y felicidad, así como el autogobierno.

Consideramos que el humanismo en el siglo XXI es la alternativa político-ideológica a la ideología neoliberal, que se ha convertido en concepción del mundo dominante, tal como las versiones nacionalistas-populistas que abrigan discursos neofascistas y nacionalistas autoritarios.

Mediante la aplicación de los principios humanistas se podrá construir un socialismo democrático participativo. Para llegar a este objetivo, los medios deben ser democráticos, pues, como se ha probado por la experiencia histórica, la vía totalitaria hacia la igualdad ha fracasado. No se puede ser igual si no somos libres, ya que al suprimirse la libertad, se impone la desigualdad.

Palabras clave: humanismo; cristianismo; marxismo; existencialismo; racionalismo; libertad; igualdad; dignidad; sociedad justa; sociedad sin clases; liberación; dominación.

Términos de indización: humanismo; democracia; igualdad de oportunidades; desigualdad social (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

In the present article we explain what humanism as an ideology consists of. After a general definition, we describe its various manifestations, from Christian humanism, which was its first expression, through the Marxist and existentialist, and concluding with the rationalist.

Despite their different points of view, theoretical framework and historical moment in which these humanisms are born, we find in all of them a common denominator based on the recognition of human dignity.

From our point of view, humanism is a revolutionary political-ideological alternative because it has contributed to the transformation of human beings and societies, but it is also characterized by being trans ideological, because its postulates are immersed in the majority of the

ideologies that pursue the full liberation of people to achieve a society free from all forms of domination and thus consolidate a just, non-arbitrary and symmetrical society, until reaching a classless society.

Through humanism we can consolidate the principles of freedom, equality, dignity, fraternity and happiness, as well as self-government.

We consider humanism in the 21st century to be the political-ideological alternative to neoliberal ideology, which has become a dominant world view, just like the nationalistpopulist versions that harbor neofascist and authoritarian nationalist discourses.

Through the application of humanist principles, a participatory democratic socialism can be built. To reach this goal, the means must be democratic since, as historical experience has proved, the totalitarian path to equality has failed. We cannot be equal if we are not free, because when freedom is suppressed, inequality prevails.

Key words: humanism; christianity; marxism; existentialism; rationalism; freedom; equality; dignity; just society; classless society; liberation; domination.

Indexing terms: humanism; democracy; equal opportunity; social inequality (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/07/2021

Revisado: 30/11/2021

Aceptado: 31/03/2022

Publicado en línea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. CONCEPTO

En sus orígenes, el humanismo fue una corriente de exaltación de los valores artísticos e intelectuales, que nació en el Renacimiento y continuó desarrollándose durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Este movimiento se produjo por el amor y el culto a la antigüedad clásica e intentó afirmar la independencia del espíritu y, por ende, la dignidad humana. El representante más notable de esta época fue el holandés Erasmo de Rotterdam.

Tal como señala Buckhardt, el humanismo significó el descubrimiento del hombre como ser humano y, por consiguiente, fue la reafirmación del hombre como ser humano, de todo humano, tanto en su aspecto social como individual.

Esta afirmación de lo humano, de su individualidad y de su sociabilidad fue uno de los valores que empezó a gestarse a fines de la Edad Media y que representó el tránsito a la modernidad. Las disciplinas que empezaron a estudiar al hombre recibieron en su conjunto el calificativo de «humanidades», término sumamente amplio que engloba conocimientos de orden filosófico, artístico, histórico, económico y filológico; a diferencia de las llamadas ciencias formales o exactas, que no se preocupan por «lo humano», como el conocimiento lógico y matemático, y las ciencias que estudian la naturaleza.

A partir de esta tradición, se van creando en las universidades europeas las Facultades de Humanidades, tradición que luego se extenderá a las universidades del continente americano. Esta acepción, que se va transformando con el tiempo, es solamente un aspecto de lo que se entiende por humanismo. En el siglo XVIII, este término apunta hacia toda una concepción del mundo, toda una ideología que se fundamenta en la dignidad humana y crea las condiciones para la transformación del mundo. Por eso, los grandes movimientos revolucionarios de Occidente se reclaman humanistas. Así, se habla de un humanismo cuyas raíces las encontramos en el liberalismo clásico que exaltó la democracia como forma de gobierno, apeló a la libertad individual y política, y a la igualdad entre los hombres. Hay también en el pensamiento cristiano clásico y en el contemporáneo una concepción humanista de la sociedad; lo mismo sucede con el socialismo y el marxismo, que se reclaman humanistas al plantear una sociedad basada en la distribución equitativa de la riqueza, en la sociedad sin clases, en la supresión de los mecanismos de dominación, productos de la injusticia y la desigualdad.

También se habla de un humanismo racionalista que, fundándose en la «razón humana», plantea una sociedad justa e igualitaria, en donde predomine la justicia, la equidad y la libertad. Hay, pues, toda una concepción política humanista que, a lo largo de la historia, ha planeado formas ideales de organizar la sociedad, el poder y el gobierno; de acuerdo con principios éticos fundamentales como la libertad, la igualdad, la justicia, la paz.

En este sentido, y sobre la base de que debe plasmarse en la sociedad un nuevo orden sustentado en los grandes principios antes mencionados, el humanismo deviene una concepción revolucionaria radical cuyos postulados nos conducen hacia una sociedad sin clases, hacia una sociedad socialista, libre y justa. Es, pues, un hecho inevitable que el humanismo conduce al socialismo y que el socialismo es en esencia humanista, que no se trata de una posición tercerista; muy por el contrario, busca conciliar la justicia con la libertad, pretendiendo resolver la gran contradicción que generan la dictadura del Estado y la dictadura del dinero.

El humanismo plantea una metodología de acción política revolucionaria, pero distinta a la tradicional, pues cuestiona aquellas prácticas que hacen de la violencia parte integrante del sistema. La violencia, según el humanismo, es un recurso práctico que depende de las circunstancias históricas, pero es apelable solo en última instancia, que debe evitarse hasta donde se pueda. Si se puede hacer el cambio sin violencia, hay que proceder a realizarlo; y en caso de que esta sea inevitable, debe utilizarse y aplicarse solo en situaciones imprescindibles, pero con la firme convicción de que deberá regresarse a una situación de cambio con libertad lo más rápido posible.

Una vez hecha la revolución, el humanismo no acepta pretextos para mantener una dictadura sustentada en la violencia institucionalizada que contradiga sus principios.

El humanismo, como concepción del mundo, y el humanista que lucha por la libertad y la justicia, constituyen, como teoría y práctica, una actitud de rebelión profunda contra los mecanismos

de dominación y explotación, en cualquier tipo de sociedad en donde se impide por medios represivos explícitos y subliminales la realización plena del hombre.

El humanismo, para parafrasear a Immanuel Kant, consiste en tomar a los hombres como fines en sí y no como medios o instrumentos al servicio de otros hombres. Por ello, quien se proclame humanista y asuma los principios que del humanismo se derivan debe luchar por una sociedad sin clases, justa e igualitaria; por la democratización del mundo, contra la dominación imperialista, el racismo, el sexismo; y contra toda forma que discrimine al hombre, que ofenda su dignidad.

2. HUMANISMO CRISTIANO

¿Es posible un humanismo cristiano? Hay quienes sostienen que no, porque no puede haber un humanismo trascendente que ponga a Dios por encima del hombre. En el fondo, afirman, el humanismo es antropocéntrico, porque el hombre es el único ser capaz de decidir su propio destino y esa capacidad de decisión es totalmente libre de la idea de Dios y de su influencia sobre la naturaleza y la sociedad. El auténtico humanismo es ateo¹.

Sin embargo, en un sentido genérico, la auténtica actitud cristiana, sin prescindir de la idea divina, es humanista porque se

1 Para el humanista británico H. J. Blackham, las ideas judeocristianas son incompatibles con el pensamiento humanista, porque aquellas argumentan que: a) el universo está saturado de propósito, el propósito es un elemento intrínseco de la estructura del todo; b) los hombres están en libertad de aceptar o de cambiar este propósito, pero no de alterarlo; y, de no aceptarlo, se condenan a la futilidad y a la nulidad; c) el orden temporal de la naturaleza es, en cierto sentido, inferior e ilusorio, secundario a un orden eterno que es la realidad final. Frente a esta tesis, Blackham dice que, en cambio, el humanismo afirma la validez de conceptos contrarios: a) cree que el orden descubierto en la naturaleza no es propiamente teleológico; b) que los hombres son libres de introducir propósitos válidos propios y de multiplicar las posibilidades del propósito, explorando los usos de las cosas; c) que no hay razón para pensar en el orden temporal de la naturaleza; no es, primero y finalmente, la condición de toda experiencia y de la realización humana.

trata de una actitud de amor y de servicio al prójimo. El hombre es la imagen y semejanza de Dios, y la acción cristiana, que se basa en el amor, concentra su esfuerzo en servir a la humanidad. Además, en sus orígenes, fue una religión de servicio a los pobres y necesitados. «Es más fácil que un camello pase por el ojo de una aguja, que un rico entre al reino de los cielos», sentencia Cristo.

Desde esta perspectiva, sí se puede admitir el calificativo «humanismo cristiano», es decir, en cuanto actitud. Pero, como sucede con todo lo humano, un cristiano puede asumir actitudes contradictorias. No se puede decir humanista a un cristiano que no esté al servicio de los pobres y que, por el contrario, defienda sus intereses materiales y de clase.

A lo largo de toda la historia de Occidente, el cristianismo institucionalizado sigue caminos muchas veces contradictorios al modelo cristiano de vida.

Hechas las aclaraciones previas, se entiende que en los diversos trabajos sobre historia de las ideas políticas, los especialistas nos hablen del humanismo cristiano.

El humanismo cristiano es moderno, no fue conocido por San Agustín ni por Santo Tomás; tampoco está incluido en la patrística, por lo menos en forma sistemática y rigurosa, a pesar de que implícitamente los cristianos primitivos como, por ejemplo, San Ambrosio, cuestionaron las injusticias de la sociedad en que vivieron y se pronunciaron a favor de los pobres.

El origen del humanismo cristiano, tal como ha llegado hasta nuestra época, se encuentra en los trabajos de Erasmo de Rotterdam, quien parte de imperativos morales y religiosos para definir y prescribir reglas de acción. Su posición en defensa del hombre y de sus manifestaciones científicas, culturales y artísticas, lo convierten, al decir del historiador de las ideas, el francés Jean Touchard, en el «príncipe de los humanistas».

Erasmo rechaza la guerra, la brutalidad y la mentira en nombre de la caridad cristiana iluminada por la sabiduría.

La aplicación de los preceptos cristianos se impone tanto en la vida pública como en la privada; y no solo por razones religiosas, sino porque es la condición del orden y la prosperidad en todos los niveles de la vida social.

Durante el imperio de Carlos V sobresalen dos humanistas importantes: Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas; ambos creadores del derecho natural, que tiene sus fuentes en Santo Tomás, quien se inspiró a su vez en Aristóteles y los juristas romanos.

Francisco de Vitoria, aunque monárquico, plantea la tesis antiimperialista (para utilizar la terminología actual). Es precursor del derecho internacional público, al que llama derecho de gentes. El gran jurista reflexiona sobre el problema de la «guerra justa» y sobre la condición humana de los naturales de América. Sostiene que ellos son libres y tan humanos como los europeos y tienen, por consiguiente, los mismos derechos.

A pesar de esa esclarecedora observación, justifica el derecho que tienen los españoles para adoctrinar «cristianamente» a los indígenas. Asimismo, sostuvo que la colonización puede ser legítima, pero a condición de que se proceda por el bien y la prosperidad de los indígenas y no en provecho de los españoles. Las contradicciones de Vitoria son una prueba palpable del condicionamiento ideológico determinado por las vigencias de su época, las que no pudo superar totalmente: un caso típico de eurocentrismo que ha existido en casi todos los pensadores europeos de esa época.

De las Casas sigue un pensamiento similar al de Vitoria y discute sobre la humanidad de los habitantes del Nuevo Mundo. El episodio de su famosa polémica con Sepúlveda lo sitúa en una tendencia progresista y de avanzada con relación a su época. Incluso, muchos historiadores están de acuerdo en afirmar que las ideas del dominico influyeron e inspiraron las llamadas «Leyes de Indias», que fueron un intento normativo para controlar los abusos de los encomenderos en América.

Nada de esto se logró; por demás, la historia fue fiel testigo del fracaso español en América, que, pese a los intentos de «cristianizar» en el real sentido de lo que se entiende por cristianismo, optó por la colonización, dando paso a formas de dominación antihumanas a través de mecanismos de explotación esclavistas. El humanismo cristiano fracasó en esta oportunidad y Occidente se engrandece sobre los hombros del hombre americano.

El humanismo cristiano contemporáneo tiene dos líneas de pensamiento. En la primera, sus fuentes se encuentran en la llamada doctrina social de la Iglesia, fundamentalmente en las encíclicas papales. La segunda es de origen laico, producto del pensamiento social y político de importantes pensadores cristianos, Mounier, Maritain, Marcel, Berdiaeff, entre otros.

Un somero análisis de las encíclicas papales nos permite observar las contradicciones que hay en ellas. Por un lado, algunas encíclicas, las más recientes, como *Rerum Novarum*, *Pacem in Terris*, *Populorum Progressio* y *Laborem Exercens* tienen una orientación progresista, de avanzada y reformista. Otras más clásicas, como la encíclica *Ad Beatissima* de Benedicto XV y *Quadragesimo Anno* de Pío XI, son conservadoras.

Debemos aclarar que cuando hablamos de pensamiento cristiano incluimos los movimientos protestantes que aparecieron durante la Reforma y que dieron nacimiento a diversos movimientos. En esta línea destacan, por ejemplo, las prédicas de Lutero, Calvino, Zuinglio, y la obra *La defensa de la libertad contra los tiranos (Vindiciae contra tyrannos)* del hugonote Junio Bruto (citado por Ebenstein, 1965).

Como movimiento político, el socialcristianismo es reciente. Puede definirse como una alternativa política frente al socialismo marxista. El hecho de que las ideas socialistas empezaran a invadir Europa durante los comienzos del siglo XX, y a ganar adeptos rápidamente, puso en guardia a la Iglesia y a los movimientos cristianos laicos. Esta preocupación no fue solo teórica, sino práctica, y dio nacimiento a la democracia cristiana.

El fundador de la democracia cristiana fue don Sturzo, un italiano conservador que interviene en política adoptando una posición anticomunista. De allí que la raíz política del socialcristianismo es conservadora. Su meta era enfrentarse, dentro de la democracia formal, a los movimientos socialdemócratas y socialistas, principalmente de Alemania, Francia e Italia.

El socialcristianismo, en su versión política democristiana, triunfa después de un tiempo en Alemania e Italia, pero no produce ningún efecto en Francia y, menos aún, en España y Portugal.

El fenómeno socialcristiano se traslada a América Latina durante los años cincuenta y rinde sus frutos entre los sesenta y setenta en Chile y Venezuela. En el Perú, no pasó de ser un movimiento de cuadros. Las luchas en su interior y las posteriores subdivisiones son el talón de Aquiles de la democracia cristiana peruana.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, el pensamiento socialcristiano alcanza un alto nivel gracias a los trabajos de Emmanuel Mounier, Jacques Maritain, Nicolás Berdiaeff y Gabriel Marcel.

Sin desmerecer los aportes de Maritain, Berdiaeff y Marcel, en nuestro criterio, corresponde a Mounier ser el introductor de la corriente radical en el socialcristianismo. Mounier fue un autor poco conocido en su época. Su posición es revolucionaria frente a las tendencias tradicionales del socialcristianismo. Su conducta rebelde motivó el rechazo de los socialcristianos conservadores y de la autoridad eclesiástica de la época. No obstante, Mounier fue un auténtico cristiano.

Director de la revista *Esprit*, es autor de diversas obras y ensayos, en donde destacan el *Manifiesto personalista* y *El compromiso de la acción*. Su pensamiento político contiene diversos aspectos ideológicos y doctrinarios. Hay en él elementos anarquistas combinados con ideas liberales de la Revolución francesa, y también marxistas.

Sobre Mounier, el filósofo panameño Alfonso Villarreal Pinzón (1973) escribe que

en lo medular del pensamiento mounista encontramos una convicción espiritualista profunda, una religiosidad profunda, pero también una honda sensibilidad social y política cuando plantea la necesidad de desolidarizar el cristianismo del sistema imperante basado en la justicia y la dominación (p. 396).

Mounier creía que la única alternativa del cristianismo era comprometerse con su época para alcanzar una transformación revolucionaria que fuera ideológica y política. De allí que para Mounier el cristianismo es algo más que una actitud confesional: es un compromiso a favor de los pobres. Esta tesis lo conduce a plantear la necesidad del compromiso terrenal y revolucionario del cristianismo.

Solamente conocido en un reducido círculo de intelectuales, Mounier ha tenido poca influencia en el pensamiento socialcristiano peruano, que sigue, principalmente, las ideas de Maritain. Este hecho es evidente cuando analizamos los aportes de ciertos teóricos socialcristianos, desde una óptica tercerista matizada con ideas progresistas. Más influencia que Mounier ha tenido también Berdiaeff, que ha sido estudiado en nuestro medio gracias a los trabajos de Hernando Aguirre Gamio; pero estos trabajos, algunos inéditos, no expresan única y exclusivamente el pensamiento mounista, sino que están matizados de categorías marxistas.

Sin embargo, la influencia mounista no fue tan marginal como se piensa. Al parecer, sus ideas fueron conocidas por la juventud demócrata cristiana a mediados de los sesenta. Quizás este factor, al lado de cierta tendencia marxista en aquellos jóvenes, junto con otros aspectos de orden programático y de predominancia en el Partido Demócrata Cristiano, determinó la ruptura con la autoridad partidaria de entonces y dio origen al movimiento socialista comunitario de poca duración, pero que logró elaborar un interesante documento que contenía ideas de Mounier y Marx, respectivamente.

Un hecho decisivo que va a influir en el cambio de la conducta política de ciertos sectores de la Iglesia, especialmente de los

sacerdotes del tercer mundo, fue el de los continuos movimientos de liberación en América Latina, África y Asia. Estos movimientos, principalmente los de África, se inician con luchas anticoloniales y, posteriormente, se van radicalizando hasta que se constituyen en estados nacionalistas de izquierda y socialistas en algunos países del continente negro. Otro tanto pasa en América Latina con la constitución de gobiernos militares nacionalistas y progresistas como en el Perú y Bolivia, y también democráticos de izquierda, como el de Allende en Chile.

El aumento de la pobreza, de la marginalidad social, el hecho de que no se podía romper con los mecanismos de dominación y dependencia, consecuencia del imperialismo, la postración cultural y educativa de millones de seres humanos, el abandono de la niñez y los desniveles nutricionales muy bajos en todo el tercer mundo, y en algunas de esas regiones tan infrahumanas que mujeres y hombres mueren por las calles, así como las políticas atentatorias de los derechos humanos, son fenómenos que van a influir en la posición política y hasta ideológica de la Iglesia tercermundista.

Algunos sacerdotes empiezan a cuestionar el orden imperante y se comprometen con los pobres que luchan por una justicia social aparentemente inalcanzable. Aparecen sacerdotes guerrilleros, como Camilo Torres, que no encuentran otro camino que no sea la violencia como mecanismo para la liberación.

La Iglesia latinoamericana y tercermundista se enfrenta a los poderes constituidos, y muchos curas son acusados por los gobiernos represivos de «enemigos del orden» o de «comunistas».

Lo que fue hace poco la «Iglesia de los ricos» se va convirtiendo en la «Iglesia de los pobres», no sin contradicciones y con problemas internos. Del seno mismo de las luchas de la liberación nace la nueva modalidad de replantear, en términos de teoría, lo que se estaba realizando en la práctica; el germen de lo que ahora se conoce por teología de la liberación se había formado.

La teología de la liberación tiene varios exponentes, pero —en nuestro criterio— el más importante es Gustavo Gutiérrez, sacerdote peruano y, sin duda, el pensador cristiano de mayor significado y trascendencia que hay en el país.

Gustavo Gutiérrez, luego de hacer interesantes observaciones sobre la teología clásica, se plantea el problema de la liberación y el rol que le compete al cristianismo en la lucha de liberación. Según Gutiérrez, el tema de la liberación aparece francamente tratado en el Mensaje de los Obispos del Tercer Mundo, publicado como respuesta, precisamente, al llamamiento de la *Populorum Progressio*. Y se encuentra hasta casi constituir la síntesis de dicho mensaje, en un texto de mayor importancia que el anterior desde el punto de vista de la autoridad doctrinal: documentos de la II Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, celebrada en Medellín en 1968.

Entiende Gutiérrez (1973) que «la perspectiva ha cambiado. En estos textos ya no se ve la situación a partir de los países centrales y se empieza, más bien, a adoptar el punto de vista de los países periféricos, a asumir desde dentro de sus antiguas aspiraciones» (p. 117).

Otro aporte de Gutiérrez, realmente sustancial, se da cuando plantea el problema del cristianismo y la lucha de clases. Al respecto añade que

es innegable que la lucha de clases plantea problemas a la universalidad del amor cristiano y a la unidad de la Iglesia. Pero toda consideración sobre ellos debe partir de dos comprobaciones elementales; la lucha de clases es un hecho y la neutralidad en esa materia es imposible (Gutiérrez, 1973, p. 353).

En su obra *La fuerza histórica de los pobres*, libro que abunda en citas bíblicas impresionantes por su mensaje liberador y revolucionario, Gutiérrez entiende que el «libro santo» ha sido interpretado desde el punto de vista de la clase dominante. Al respecto sostiene:

No se puede olvidar, en efecto, que la Biblia ha sido leída y comunicada desde los sectores y clases dominantes. Se ha hecho jugar entonces a lo «cristiano» un papel dentro de la ideología imperante que cohesiona y afirma una sociedad dividida en clases. Las clases populares no llegarán a una auténtica conciencia política sino en la participación directa en las luchas populares por la liberación. Pero en la globalidad y complejidad del proceso social, la lucha ideológica tiene un lugar importante. Es, por ello, que la comunicación del mensaje releído desde el pobre y oprimido, y desde la militancia con las luchas, tendrá una función desenmascaradora de todo intento de hacer jugar el Evangelio para justificar una situación contraria a la «justicia y el derecho», como dice la Biblia (Gutiérrez, 1979, p. 32).

Esta larga cita nos la hemos permitido hacer para demostrar el cambio que está operando en la manera de interpretar, a la luz de las Sagradas Escrituras, las diversas modalidades y la implicancia del compromiso terrenal del cristiano, que se justifica en la medida en que su obra sea efectiva para este mundo, y no la expresión de una conducta pasiva de dejar hacer y dejar pasar.

La crítica contra el industrialismo de la sociedad contemporánea, que en lugar de favorecer al hombre limita su desarrollo natural potencial, el mismo que puede ser superado si se construye una «sociedad convivencial», ha sido hecha por Iván Illich. Este sacerdote austriaco, que dirigió en México el Centro Internacional de Documentación (CIDOC), que tiene numerosos seguidores, plantea la modificación total de la sociedad para que el hombre pueda seguir libremente su propio destino. El humanismo de Illich se puede definir como un humanismo de la praxis.

Illich en sus obras *La sociedad desescolarizada* y *La sociedad convivencial*, plantea las siguientes tesis:

1. «Una educación universal mediante la escolarización compulsiva no es factible».
2. «Los nuevos sistemas educativos son más efectivos que los tradicionales, más atractivos y seductores, pero también más insidiosamente destructores de los valores fundamentales».

3. «Una sociedad confiada en los altos niveles de educación compartida en interrelación personal crítica debe establecer límites pedagógicos a la hipertrófica exuberancia industrial» (Illich, 1972).
4. «La medicina crea más enfermedades que las que cura».
5. «La crisis de las sociedades occidentales está ligada al crecimiento desmesurado de los instrumentos que han comenzado a esclavizar a los individuos, en vez de servirles, a partir del momento en que sus dimensiones han superado cierto límite».

Siendo evidente la crisis de nuestra sociedad, Illich propone como alternativa lo que él llama la sociedad convivencial.

La sociedad convivencial sería aquella forma de organización social autónoma en donde los individuos puedan disponer libremente de aquellas herramientas que les son útiles. Para ello, esas herramientas, no solo máquinas, sino también instituciones, deben ser disfrutadas por igual entre todos los hombres y no por una minoría reducida. No obstante, ciertos útiles son los suficientes y necesarios dentro de la sociedad convivencial: aquellos útiles que además de ser creados por el hombre pueden ser manipulados por él sin problemas que restrinjan sus potencialidades creativas.

Hay útiles que no pueden ser manipulados por los hombres, los que pierden control sobre los mismos y se someten a ellos, porque todos los útiles no son accesibles a todos los hombres, sino a los que tienen diploma o licencia. Illich dice que hay útiles que por su dimensión no pueden ser directamente manipulados, como «los muebles de oficina y los mercados mundiales». Por eso, sostiene que

los útiles necesarios de una sociedad convivencial deben ser lo suficientemente simples para que cualquiera pueda aprender a manejarlos, lo suficientemente pequeños para que el individuo o los grupos de personas no especializadas puedan utilizarlos en función de sus fines y que no dependan de ellos (Illich, 1972, p. 215).

Sostiene Illich que es «mucho más importante en una sociedad convivencial dejar que cada uno disponga libremente de una cuota razonable de energía, que perseguir la quimera de un reparto igualitario de los bienes». La sola propiedad pública de los medios de producción conduce casi inevitablemente al estalinismo; en cambio, los criterios que acabo de mencionar conducen inevitablemente a los ideales que persigue la mayor parte de los socialistas, una sociedad sin clases de productores soberanos (Illich, 1972, pp. 2-20). La sociedad convivencial sería socialista, pero constituiría un socialismo basado y sustentado en la asociación libre y espontánea de los productores.

Uno de los planteamientos de Illich consiste en demostrar que la propiedad colectiva de los útiles puede significar que la colectividad se comprometa a utilizar algunos bienes esenciales, de manera que se promuevan relaciones sociales convivenciales. Pero, en este caso, se comprometerá también a renunciar lo más pronto posible, y a cualquier costo, a las grandes unidades por eficaces que sean. En una palabra, la socialización de los útiles puede y debe servir para desterrar que estos por sus dimensiones, su potencia y su naturaleza no permitan un estilo de vida convivencial.

3. HUMANISMO MARXISTA

Hay una discusión que hasta el momento ha contribuido a oscurecer más que a aclarar la problemática del hombre en el marxismo. Sería redundante insistir en ella, pero, por lo que se desprende de las principales obras de Marx, se puede afirmar que el marxismo es también una forma de humanismo, una de las expresiones más radicales del pensamiento filosófico a favor del hombre en la historia.

A Marx se le atribuye haber sido humanista solo en su juventud, cuando escribió sus famosos *Manuscritos económico-filosóficos*, en 1844, y los *Cuadernos de París*. Tal afirmación no es correcta porque en sus obras de madurez como *La ideología alemana*, e

incluso en *El capital*, está presente el problema de la liberación humana. Por eso, el filósofo ruso Fedoséiev (1975) afirma, con acierto, que «reducir el humanismo de Marx solo a las obras tempranas y no advertir el humanismo de *El capital*, en realidad, es hacer caso omiso de las vías de formación de la ideología científica y de las leyes objetivas del desarrollo de las luchas proletarias» (p. 333).

Igualmente, la filósofa V. Keshelava (1977) indica que

precisamente el carácter revolucionario del marxismo es indicador inequívoco de su esencia humanista. En efecto, primero, lucha por la restauración radical del mundo de la explotación; segundo, considera que la situación en que el libre desarrollo de cada individuo condiciona al libre desarrollo de todos los demás es resultado imprescindible del movimiento de la historia que, al mismo tiempo, es el desarrollo de los individuos (pp. 45-46).

Marx separa al humanismo de las concepciones religiosas y burguesas e intenta centrarlo en la realidad concreta. Para Marx, el comunismo es el humanismo real, porque el concepto de humanismo está ligado a la lucha de clases, a la revolución socialista y a la construcción del comunismo.

El humanismo marxista es un intento de fundamentar el valor de lo humano en las leyes objetivas y en el conocimiento científico de la realidad. Para Marx la plenitud del hombre radica en la coincidencia de su ser con su conciencia.

Siempre que Marx se refiere a la liberación humana lo hace teniendo en cuenta los mecanismos de enajenación. Entiende que la única forma de lograr la plenitud del hombre es alcanzando su liberación de toda forma de enajenación (alienación).

Según Marx, el obrero (el hombre) se convierte en siervo de su objeto en dos sentidos: primero, en cuanto a la adquisición de un objeto de trabajo; segundo, en cuanto a la adquisición de los medios de sustento. También dice Marx que la economía política esconde la enajenación contenida en la misma esencia del

trabajo, por el hecho de que no considera la relación directa entre el obrero (el trabajador) y la producción.

Evidentemente el trabajo produce maravillas para los ricos, pero produce privaciones y penurias para los obreros. Produce palacios, pero aloja a los obreros en tugurios. Produce belleza, pero tulle y deforma a los obreros. Sustituye el trabajo por máquinas, pero condena a una parte de los obreros a integrarse a un trabajo propio de bárbaros y convierte en máquinas a la otra parte. Produce espíritu, pero produce estupidez y cretinismo para los obreros (Marx, 1974)².

Vibrante la denuncia de Marx, que demuestra su preocupación por los hombres explotados y marginados. Denuncia que, por otro lado, es una prueba de antihumanismo del sistema capitalista.

En uno de sus manuscritos descubiertos y que constituiría luego los llamados *Cuadernos de París*, se puede apreciar la idea radical que tuvo Marx sobre el hombre, no como ser individual sino como ser social, inmerso en una realidad que se le opone y enfrenta, es decir, la sociedad capitalista.

En los *Cuadernos de París*, Marx sostiene que la economía política no se preocupa en absoluto del interés nacional del hombre, sino únicamente del ingreso neto, de la ganancia, de la renta, y que estos aparecen como el fin último de la nación. Dice Marx que en el capitalismo la vida del hombre no tiene ningún valor, que el valor de la clase obrera se reduce exclusivamente a los costos de producción necesarios, que los obreros solo existen para el ingreso neto, para la ganancia de los capitalistas y la renta del terrateniente.

Partiendo de estos supuestos, entiende Marx que mientras el hombre no se reconozca como hombre y, por lo tanto, organice el mundo de manera humana, la comunidad aparecerá bajo la forma de enajenación (alienación) debido a que su sujeto,

2 Al respecto, hay un excelente estudio del filósofo mexicano Adolfo Sánchez Vásquez.

el hombre, es un ser enajenado de sí mismo. Esta comunidad son los hombres, no es una abstracción, sino como individuos particulares, vivos, reales; y el modo de ser de ellos es el modo de ser de la comunidad.

Vemos, pues, que a Marx le preocupa fundamentalmente el problema del hombre como ser real y concreto, creador de su historia, transformador de la naturaleza y de la sociedad. La meta, según él, es el comunismo, creación de una sociedad humana plenamente libre de toda forma de enajenación y explotación, que son el principal obstáculo para la realización del ser humano.

Este planteamiento de Marx fue desestimado por algunas interpretaciones escolásticas marxistas, de corte estalinista. Creemos que tal descuido se debe a su concepto erróneo de lo que es el humanismo, muchas veces interpretado como un conjunto de conceptos abstractos, sentimentales, individualistas y carentes de rigor en la fundamentación, que impide el desarrollo del pensamiento científico. Sin embargo, el humanismo se sustenta en bases reales, por el hecho de partir del hombre como ser real.

Lo que sucede con Marx es que formula una teoría del hombre como ser social e inmerso en la lucha de clases, algo que no pudieron prever los humanistas premarxistas. Marx lleva al «humanismo realista» a su máxima expresión.

No cabe duda de que el aporte de Marx, en torno a la problemática de la liberación humana, es básico y marca un hito en la historia de la filosofía, que sirve para el desarrollo del humanismo posterior.

Entre el humanismo marxista y el humanismo moderno hay una diferencia de metodología en la forma de superar la alienación humana y alcanzar la liberación, diferencia que más que teórica es práctica y obedece al cuestionamiento de la metodología para organizar el poder en la sociedad y no la concepción marxista del hombre.

Si el hombre en la sociedad capitalista es un objeto más del aparato productivo, su deshumanización es total, pues deja de

ser el protagonista de la historia para convertirse en un objeto de la sociedad dominada por las clases privilegiadas.

Así, mientras los hombres no participen por igual del fruto de la riqueza que genera su trabajo, continuarán enajenados de su propia creación. Por consiguiente, hay que cambiar las relaciones de producción para que el hombre pueda dominarlas libremente. Por eso, al ser la propiedad privada de los medios de producción el principal obstáculo para la plenitud humana, debe ser abolida y reemplazada por la propiedad social de estos medios. Según Marx, de esta manera los hombres podrán realizarse con plenitud y ser libremente desalineados de toda forma económica e ideológica.

El trabajo en la sociedad capitalista no es un bien para el obrero, es algo que se le aparece negativo; por eso, únicamente socializando los medios de producción se podrán crear las condiciones futuras para llegar al comunismo, que es la sociedad humanizada por excelencia.

Este proceso de humanización no es mecánico sino dialéctico. En él se dará una serie de conflictos sociales, porque la clase capitalista se opondrá al progreso del proletariado y, por eso, las luchas de clase se desarrollarán en ese período histórico de la sociedad.

Para Marx, la solución al conflicto de clases en la sociedad capitalista no es únicamente económica, es también ideológica, política y social porque no basta cambiar la estructura económica; es necesario capturar el poder político para transformar la sociedad, lo que implica profundas modificaciones de la ciencia, la técnica, el arte y todas las expresiones culturales del hombre. En la actualidad existe una serie de interpretaciones teóricas y prácticas que, en algunos casos, pese a su origen, han llegado a replantear algunas ideas de Marx sin cuestionar su pensamiento esencial.

En toda esta gama de corrientes y opciones, la idea que Marx tuvo del hombre como ser individual y social, lo que se conoce como humanismo marxista, es materia de polémica entre los

marxistas contemporáneos. Se trata de una polémica enriquecedora y esclarecedora que abarca un horizonte amplísimo, compuesto tanto por aquellas teorías que niegan los elementos humanistas en la teoría del conflicto, como por aquellas otras que lo afirman.

Para los primeros —por ejemplo, Althusser—, el marxismo no es un humanismo, porque Marx cuestiona el llamado humanismo filosófico basado en un antropocentrismo pequeñoburgués.

He ahí que el humanismo filosófico se opondría a la visión humana y dialéctica que tuvo Marx de la sociedad. Esta tendencia sostiene que si bien de las ideas de Marx, y de la aplicación de su teoría de la realidad, se desprenden condiciones favorables al ser humano, de ningún modo puede inferirse de ello que el marxismo es un humanismo.

La otra corriente indica que el marxismo sí es humanismo, porque la principal preocupación de Marx era la transformación de la sociedad capitalista, que enajena al hombre, con la finalidad de alcanzar una sociedad plenamente humana. Hay un intento por conciliar la justicia socialista con la libertad porque, en último caso, el socialismo es libertad. Así, por ejemplo, lo entiende Fromm, para quien no es el hombre el que está enfermo sino la sociedad y, por consiguiente, hay que cambiar esa sociedad. Esta corriente sostiene que la teoría althusseriana, con sus pretensiones de crítica total a la raíz humanista de Marx, es tan sospechosa como la ciencia universal del idealismo trascendental.

Entre las corrientes marxistas humanistas cabe indicar también la conocida escuela de Frankfurt representada por Horkheimer, Adorno, Marcuse, Habermas y Wellmer, que señala el carácter deshumanizador y unidimensional del capitalismo. Esta escuela tiene el mérito de haber analizado a fondo los mecanismos de ideologización que hay en la sociedad industrial constantemente deshumanizada. La escuela de Frankfurt es un intento serio por desmitificar los argumentos que el sistema de dominación de la sociedad industrial presenta dentro de categorías epistemológicas de raíz positivista.

El problema del hombre y sus luchas por una sociedad justa fue estudiado por Lenin. Lenin sostuvo que, dentro del Estado burgués-liberal, el hombre como ser social estaba sometido a la ideología del Estado-nación; por consiguiente, era un sujeto sometido al poder del Estado burgués y alienado a la concepción del mundo impuesta por la burguesía, que había hecho del consumo y del trabajo mecanismos de dominación.

En Europa oriental, cabe mencionar los aportes de Dubcek sobre lo que él llamó un «socialismo de rostro humano», que conjugaba la libertad de crítica con el desarrollo socialista.

En Polonia, desde una perspectiva marxista, Kolakowski enfiló sus críticas contra el «carácter no marxista de los socialismos estatales» que impiden el desarrollo pleno del hombre.

También, en la antigua Yugoslavia, filósofos como Markovic se han abocado a estudiar los mecanismos de poder y su carácter técnico-burocrático, que son el principal impedimento para el desarrollo pleno del hombre, porque este continúa sometido al poder del Estado y de una burocracia que concentra privilegios, por el rol que ocupa en la estructura social.

4. HUMANISMO EXISTENCIALISTA

Jean Paul Sartre y Albert Camus son los principales exponentes de la versión francesa de la teoría existencialista del hombre. La concepción existencialista francesa se relaciona de manera más directa con la acción política. Al respecto, es necesario aclarar que existen otras versiones de existencialismo, como la del alemán Heidegger y la española de Ortega y Gasset, pero no tienen mayor relación con la acción política.

El humanismo existencialista francés fundamenta el valor del hombre en la libertad. Se caracteriza por la denuncia de todos los mecanismos sociales que atentan contra la libertad, incluso mecanismos éticos aparentemente bien fundamentados.

Sartre, en su obra *Materialismo y revolución*, analiza a fondo el problema de la libertad, su relación con la revolución y con la realización plena del hombre. A lo que él llama «filosofía revolucionaria» opone otras concepciones y considera que la libertad es una condición básica para la realización del humanismo. Al respecto, indica que

más allá de la organización racional de la colectividad, la conciencia de clase reclama un nuevo humanismo. El socialismo no es otra cosa que el medio que permitirá realizar el reinado de la libertad, un socialismo materialista es contradictorio, porque el socialismo se propone por fin un humanismo que el materialismo hace inconcebible (Sartre, 1971, p. 95).

De estas palabras se desprende que, para Sartre, el socialismo es la herramienta con la cual se alcanza la libertad y que el humanismo es el objetivo de todo socialismo.

Sartre sostiene que las concepciones idealista y materialista no conducen a la libertad y a la realización plena. Este papel está reservado para la crítica implacable de la «filosofía revolucionaria», que pone en tela de juicio tanto al idealismo como al materialismo.

Para Sartre, a la «filosofía revolucionaria», es decir, a aquella disciplina que utiliza la razón para cuestionar todas las creaciones culturales, corresponde encauzar la revolución. Este planteamiento es un antecedente remoto de la actual filosofía de la liberación (así como hay una teología de la liberación, se ha formado una filosofía de la liberación) que empieza a desarrollarse principalmente en América Latina y en otros países del tercer mundo. Apunta Sartre (1971):

La filosofía revolucionaria, superando a la vez el pensamiento idealista, que es burgués, y el mito materialista, que pudo convenir un tiempo a las masas oprimidas, pretende ser la filosofía del hombre en general y es muy natural. Si ha de ser cierta será universal (p. 109).

En su crítica al materialismo filosófico y político, Sartre lo califica de ambiguo y precisa que esta ambigüedad estriba en que aspira a ser una ideología de clase como la expresión de la verdad absoluta. Ante la ideologización del materialismo, Sartre opone la actitud revolucionaria táctica y real. Para él, el revolucionario asume una posición privilegiada en el momento mismo en que se pronuncia por la revolución.

No combate por la conservación de una clase, como el militante de los partidos burgueses, sino por la supresión de las clases. No divide la sociedad en hombres de derecho divino y en hombres con derechos naturales, sino que reclama la unificación de los grupos étnicos, de las clases; en suma, la unidad de todos los hombres. No se deja mistificar por derechos y deberes situados *a priori* en un cielo ininteligible; por el contrario, plantea el acto mismo de rebelarse contra ellos. Es el hombre que quiere que el hombre asuma libre y totalmente su destino. Su causa es la del hombre y su filosofía debe enunciar la verdad sobre el hombre.

Según Sartre, el papel liberador de la «filosofía revolucionaria» radica en la desmitificación de los valores que gobiernan la sociedad deshumanizada; pero esta filosofía será revolucionaria si orienta la praxis política a la supresión de las clases y si satisface al hombre como ser social.

Si ello es verdad, los planteamientos de la «filosofía revolucionaria» serán universales. En ese nivel de su pensamiento es donde Sartre vislumbra un hecho fundamental: el problema de la objetividad revolucionaria, que debe estar sometida a la realidad humana. Así, humanismo y objetividad son dos puntos de vista íntimamente relacionados.

«El hombre no es otra cosa de lo que él se hace», dice Jean Paul Sartre (1975, p. 17); y agrega que este es el primer principio del existencialismo. Pero ¿qué es lo que diferencia esta subjetividad humana de las cosas? La diferencia esencial estriba en que el hombre es un proyecto, «es lo que habrá proyectado ser» (Sartre, 1975, p. 18). Por el hecho de ser un proyecto es un ser responsable, no solo ante los demás, sino ante la humanidad, porque lo que

escoja cada hombre en su proyecto atañe a toda la humanidad, la afecta; por eso su elección personal incide en todos los demás seres humanos.

«Así, nuestra responsabilidad es mucho mayor de la que podríamos suponer, porque compromete a la humanidad entera», dice Sartre (1975, p. 20).

Esta elección que afecta a la humanidad se torna en una angustia existencial y, para Sartre (1975) «esto significa que el hombre que se compromete y que se da cuenta de que no es solo el que elige ser, sino también un legislador, que elige al mismo tiempo que a sí mismo a la humanidad entera, no puede escapar de su total y profunda responsabilidad» (p. 21).

El humanismo existencialista no es trascendente como lo es, por ejemplo, el humanismo cristiano. El humanismo existencialista es un humanismo real, fundado en la sociabilidad e historicidad humana. Se trata de un humanismo solidario y fundamentado en la libertad, porque el hombre puede realizarse proyectándose a los demás, pero dentro de una libertad que le es propia, en su condición de ser el único ser capaz de elegir y responsabilizarse por su elección. No se trata de una responsabilidad formal sino de una responsabilidad universal, es decir, histórica. Por eso se explica su angustia y su drama ante la elección, porque una mala elección lo compromete ante los demás y puede comprometer a la humanidad en su proyecto integral.

«El hombre es la única criatura que se niega a ser lo que es», dice Albert Camus (1975, p. 17) en su famoso libro *El hombre rebelde*. Este hombre rebelde es un ser que dice no, «pero si se niega a ser lo que es no renuncia, porque es además un hombre que dice sí, desde el primer momento», sostiene Camus (1975, p. 20).

Para Camus, el hombre vale por el hecho de serlo y su principal cualidad es rebelarse contra todas las trabas que impiden su realización. La rebeldía camusiana es universal, metafísica, política, religiosa, histórica y artística. Dios es el orden establecido, y las concepciones culturales y estéticas creadas por Occidente son puestas en tela de juicio.

El mito de Prometeo y la rebeldía de Satán son aspectos característicos de la rebelión metafísica. La rebelión de los burgueses ante la aristocracia y la revolución de los proletarios contra los burgueses son aspectos propios de la rebelión histórica y política. La poesía maldita (Baudelaire, Lautréamont) manifiesta la rebelión artística.

En resumen, el hombre camusiano es un rebelde que lucha con denodada energía contra todos los mecanismos de dominación que existen en la historia.

Según se ha señalado, Marx llega a una concepción del hombre que supera en radicalismo a las que existían en su época. Pero el radicalismo de Marx está planteado dentro de determinados marcos teóricos. En cambio, Camus llega su radicalismo humanista hasta límites difíciles de concebir, rechazando todas las trabas teóricas y prácticas que se oponen a la realización de la plenitud humana.

Para Camus, el hombre da sentido a la historia mediante la rebelión contra todo aquello que lo oprime. La meta de la historia es forjar una sociedad libre, una sociedad sin dogmas ni prejuicios, sin clases, en que sea imposible el dominio de unos hombres sobre otros.

Los planteamientos de Camus rebasan los marcos teóricos. La teoría es sospechosa puesto que es utilizada para justificar la opresión.

El humanismo de Camus se funda en un intenso sentido de solidaridad humana, en una justificación desesperada con los oprimidos, en la decisión inquebrantable de liberarlos. Camus llega así hasta la profundidad de la conciencia humana, expurga su miseria y muestra un cuadro horripilante de traiciones. Pero no nos habla solo de la miseria humana, nos habla también de su grandeza.

Afirma Camus que la historia de la humanidad es la historia de la rebelión que da origen a las revoluciones. La rebelión es más que la revolución. Al respecto, señala:

tan pronto como la rebelión, olvidando sus orígenes generosos, se deja contaminar por el resentimiento, niega la vida, corre a la destrucción y hace que se levante la corte burlona de esos pequeños rebeldes, simiente de esclavos, que terminan ofreciéndose actualmente en todos los mercados de Europa a cualquier servidumbre. No es ya rebelión ni revolución, sino rencor y tiranía. Entonces, cuando la revolución, en nombre del poder y de la historia, se convierte en ese mecanismo mortífero y desmesurado, se hace sagrada de nuevo la rebelión en nombre de la miseria y de la vida. Estamos en ese extremo. El término de esas tinieblas es inevitable. Sin embargo, hay una luz que adivinamos y que solo tenemos que luchar para que sea. Más allá del nihilismo, todos nosotros, entre las ruinas, preparamos un renacimiento, pero muy pocos lo saben (Camus, 1975, p. 202).

5. HUMANISMO RACIONALISTA

El humanismo racionalista fundamenta el valor del hombre en la razón. Estima que gracias al pensamiento racional se han iniciado los diversos procesos de liberación en la historia. Toda sociedad justa tiene que basarse en principios racionales. Por medio de la razón la denuncia social es más eficaz. Usando su razón, muchos hombres demostraron la falsedad de las teorías que justificaban el carácter divino del poder. Por medio de la razón se demostró que en la sociedad burguesa los hombres continuaban explotados y no eran plenamente libres. Por medio del análisis racional se demostraron los mecanismos compulsivos que impiden el progreso del socialismo y la libertad. Por medio de la razón se demuestra que dentro del socialismo es necesaria la revolución contra el burocratismo. En tal sentido, la razón es subversiva; por ende, revolucionaria.

En sentido general, se puede afirmar que el humanismo racionalista tiene sus orígenes en Kant. En el siglo XX, esta corriente ha seguido desarrollándose, no gracias a Kant que dio las pautas, sino gracias al poder subversivo de la razón.

Bertrand Russell y Noam Chomsky son los principales representantes del humanismo racionalista moderno.

Kant desarrolla el concepto del reino de los fines, en relación con el que se aplica la ley moral. Esta ley es puramente racional y objetiva como guía práctica para la conducta moral, la cual para proceder subjetivamente de acuerdo con ella se utilizan las máximas. Hay tres máximas equivalentes, por tener mayor impacto, citamos la siguiente:

Todos los seres racionales están sometidos a esta ley, la de no tratarse a sí mismos, o unos a otros como simples medios, sino respetarse siempre como fines en sí. De aquí resulta el enlace sistemático de seres racionales reunidos por leyes objetivas comunes; es decir, un reino (que en verdad es solo un ideal) que se puede llamar reino de los fines, puesto que estas leyes precisamente tienen por objeto establecer entre estos seres una relación recíproca de fines y medios (Kant, 1904, p. 85).

Agrega Kant (1904) que

un ser racional pertenece como miembro del reino de los fines cuando, dando leyes universales, está él mismo a ellas sometido y pertenece como jefe cuando no lo está, como legislador a voluntad extraña alguna. El ser racional debe siempre considerarse como legislador en un reino de fines, hecho posible por la libertad de su voluntad, sea él mismo o jefe (p. 83).

El planteamiento kantiano que hemos expuesto es fundamental para comprender el humanismo moderno. Por eso, de la máxima de Kant que, según William Stern, consiste en tomar a los hombres como fines en sí y no como medios e instrumentos de otros hombres, se derivan una serie de consecuencias revolucionarias. El impacto kantiano, para la interpretación revolucionaria del cambio social, ha sido tan profundo que incluso sus tesis fueron materia de reflexión y debate dentro de algunas corrientes del pensamiento marxista de Europa socialista; en especial, de la antigua Alemania democrática.

En tal sentido, si tenemos en cuenta el mensaje de Kant, se puede enunciar que cualquier medida, acto o comportamiento

que va contra las leyes del «reino de los fines, que es una norma universal», atenta contra la dignidad del hombre y su realización plena.

Por eso, mientras los hombres estén considerados social e individualmente como medios e instrumentos al servicio de otros hombres, serán utilizados como cosas, como instrumentos manipulables, y perderán dignidad al ser sometidos por mecanismos de dominación y explotación.

Kant (1904) afirma que «todo tiene en el reino de los fines un precio o una dignidad. Lo que solo tiene precio puede reemplazarse con algo equivalente; pero lo que está por encima de todo precio es la dignidad; por consiguiente, no tiene equivalencia» (p. 85).

Pues bien, ¿cuál es el único ser que tiene dignidad? No cabe duda de que es el hombre. Por eso, el hombre no tiene precio. Solo las cosas y los semovientes que no tienen dignidad tienen precio.

Para Kant una sociedad justa es una sociedad racional, en donde los hombres, por ser fines en sí mismos, tienen dignidad y disfrutan de igualdad y libertad. Este planteamiento de Kant nos impone algunas reflexiones de rigor. Si se cumpliera la máxima kantiana: «los hombres son fines en sí y no medios o instrumentos de otros hombres», y si los hombres pudieran vivir en función de ella, se podría lograr una sociedad justa sobre postulados racionales. Pero esta máxima, que es un ideal, choca con la realidad. En el mundo real, durante toda la evolución histórica de la realidad, algunos hombres que constituyen las clases dominantes han utilizado a las mayorías como medios para conseguir poder o mantener sus intereses y dominio. Pasemos a dar algunos ejemplos.

La esclavitud es una de las principales pruebas del uso que se hacía del hombre como medio. En la sociedad capitalista, el obrero se convierte en un medio o instrumento del capitalista, cuyo objetivo principal es la riqueza. En los sistemas socialistas

existen mecanismos de control y de poder restrictivo para la realización plena del ser humano; y aunque, desde un punto de vista ético, las sociedades socialistas son más evolucionadas que las capitalistas, el hombre sigue instrumentalizado.

Está demostrado por la experiencia histórica que el paso de una sociedad poco humana a otra más humana implica cambios profundos, que en la mayoría de los casos son violentos. Esta violencia varía según las circunstancias. Unas veces es muy cruenta; otras lo es menos.

Sin embargo, pese a las formas en que se hace uso de la violencia, el paso de una sociedad deshumanizada a otra humanizada es un adelanto, por cuanto la dignidad humana podrá alcanzarse. Si dicho paso deriva de la máxima kantiana, no cabe duda de que quien la asume como un imperativo moral tiene que hacer la revolución para luchar por la dignidad del ser humano. Por eso, el humanista tiene que ser revolucionario.

Como imperativo moral, el humanismo conduce a la revolución, entendida esta como un cambio radical de las estructuras y del sistema vigente inhumano. Es verdad que para cambiar los comportamientos deshumanizados es necesario cambiar la realidad en que se sustenta esa deshumanización; mas este cambio, que debe ser económico y político, es una condición necesaria pero no suficiente, porque además de transformar las estructuras económicas injustas hay que modificar todo el orden social y el sistema de valores.

Si el humanismo es revolucionario, tiene que estar contra el racismo, porque en el racismo el grupo que se considera de raza superior utiliza como medio al grupo que considera de raza inferior. El racismo es una ideología de dominación profundamente antihumanista.

El humanismo revolucionario rechaza el capitalismo porque en el capitalismo la clase dominante, propietaria de los medios de producción, utiliza a la clase trabajadora como medio e instrumento. El humanismo revolucionario también cuestiona al

totalitarismo porque, por medio de esa forma de gobierno, el grupo que controla el poder del Estado utiliza al resto de la población como medios e instrumentos.

Se deduce también que el humanismo es antiimperialista, porque en la dominación imperialista el país dominante utiliza y somete a los países dominados y dependientes, sometimiento que es militar, político, económico, cultural y tecnológico. Los países no son cantidades abstractas; están compuestos por hombres. En tal virtud, en el mundo moderno el imperialismo utiliza como instrumento a los hombres de los países dominados y subdesarrollados, con el fin de adquirir beneficios económicos. Esa es la función de las empresas transnacionales, principal símbolo de la dominación contemporánea.

De la máxima kantiana se deduce que el humanismo conduce al socialismo democrático, porque en este sistema los hombres pueden disfrutar equitativamente de la riqueza. El humanismo conduce a un mundo libre, porque en la sociedad el hombre que es libre puede realizarse plenamente y afirmar su dignidad.

La máxima kantiana aplicada en rigor conduce a la sociedad sin clases, porque en esta sociedad se habrán superado los mecanismos de dominación y se habrá consolidado el verdadero reino de los fines. El hombre ya no será un medio para saciar la ambición de otro hombre. El hombre podrá gozar de libertad y equidad en una sociedad fraterna y solidaria. Esto es lo ideal. Cualquier movimiento que, bajo los fundamentos del humanismo, inicie un proyecto político de cambio social y de liberación, debe orientarse a una sociedad sin clases. Por consiguiente, reinterpreta la tesis de Kant, para llegar a una sociedad racional y justa, hay que pasar del reino de los medios al reino de los fines.

Si se lleva el pensamiento de Kant hasta sus últimas consecuencias, cosa que él mismo no hizo, es indudable que para forjar una sociedad en la que todos los hombres sean fines y no medios, hay que hacerlo a través de un proceso revolucionario. Si, como dice Kant, el reino de los fines es aquel en donde el hombre es a la vez legislador y súbdito, no puede haber diferencias entre

gobernantes y gobernados. En consecuencia, se habrá llegado a una sociedad sin clases, en la que habrán desaparecido las diferencias sociales.

Bertrand Russell, posiblemente el filósofo más completo del siglo XX, autor de la famosa obra *Principia matemática*, que elaboró junto con Whitehead, tiene un profundo pensamiento político que, entre otros, se sintetiza en cuatro trabajos importantes: *El poder en los hombres y en los pueblos*, *Perspectivas de la civilización industrial*, *Por los caminos de la libertad* e *Ideales políticos*.

Su pensamiento se caracteriza por la denuncia de la injusticia social, el cuestionamiento del imperialismo y el capitalismo, la crítica de la guerra y de los métodos que lesionan los derechos humanos. Por otro lado, propugna el reconocimiento del valor humano, apoya la intervención estatal para evitar abusos económicos y políticos, reconoce las potencialidades creativas del hombre, asume una posición favorable al socialismo y defiende la libertad política como condición para el triunfo de la democracia. Cuestiona las formas tradicionales de vida, como la familia y la religión, y apoya al feminismo y a la libertad sexual.

Russell se pronuncia desde muy temprano a favor del socialismo y en contra de la desigualdad. Su crítica a la sociedad industrial nos recuerda las posteriores tesis marcusianas. Para él, los desajustes del industrialismo han hecho que este sistema tienda al fracaso, sobre todo porque en las sociedades industriales los hombres y las mujeres continúan marginados sin poder económico ni político. Los seres humanos tampoco pueden disfrutar del arte ni de la ciencia porque, a pesar de los grandes avances realizados en estos campos, solamente son usufructuados por una minoría. Dice Russell (1970) que

este hecho ha destruido el único argumento fuerte que siempre ha existido a favor de una organización oligárquica de la sociedad, sea económica o política, y ha hecho casi inevitable que, si el industrialismo continúa sin desastre, su forma final ha de ser el socialismo, único sistema que evita las desigualdades (p. 35).

Para Russell, la democracia no quiere decir necesariamente régimen parlamentario. Según él, el gobierno soviético, tal como se concibió, puede ser perfectamente compatible con la democracia. Entiende por democracia un sistema bajo el cual todos los hombres y las mujeres corrientes participan igualmente en el poder político. También señala Russell (1970) que «la industria socialista podría ser la sierva, no la señora de la comunidad. Esta es una razón fundamental para preferir el socialismo al capitalismo» (p. 43).

El humanismo del pensamiento russelliano se manifiesta cuando advierte el peligro de considerar al hombre como una herramienta para producir mercancías y no al contrario; es decir, a la mercancía como subordinada, necesaria para la liberación material del hombre. Agrega que «la verdadera vida del hombre no consiste en llenar su vientre ni abrigar su cuerpo, sino en el arte, el pensamiento y el amor; en la creación y en la contemplación de la belleza y en la comprensión científica del universo» (Russell, 1970, p. 63). Al respecto, sostiene que si el mundo ha de ser regenerado, ha de serlo en esos casos, y no solo en los bienes materiales en los que todos hemos de poder participar.

Reflexionemos sobre estas frases finales. Lo que ha planteado Russell es actual. Vemos que en más de la mitad del mundo los hombres viven en función de satisfacer sus necesidades. Esto se debe a que la riqueza derivada del trabajo industrial se ha concentrado en países que han podido alcanzar un enorme desarrollo económico; pero, incluso en esos países, por el hecho de que la riqueza no está equitativamente distribuida, los hombres todavía actúan en función del trabajo dependiente.

Esta necesidad determina que el hombre se adapte a los valores impuestos por la sociedad que es expresión de un sistema socioeconómico inhumano, que genera una serie de deformaciones en la estabilidad emocional y social.

La misión del hombre no es la de luchar para subsistir; si lo hace es porque vive en un mundo que impide la inmediata satisfacción de sus necesidades materiales. En una sociedad humanista,

las satisfacciones materiales no serán un fin sino un medio; no se alcanzarán en la lucha diaria por la subsistencia, sino que serán otorgadas por la sociedad al hombre en reconocimiento de su dignidad. La misión del hombre es superior al simple trabajo material, a la simple satisfacción de la necesidad de poder vivir y dormir en paz.

La verdadera misión del hombre es el desarrollo de sus potencialidades intelectuales, científicas, éticas y estéticas. Cuando el trabajo deje de ser lo principal y se convierta en un deseo espontáneo y voluntario, se habrán creado las condiciones para que el «ocio» permita el desarrollo pleno de la humanidad. Mientras tanto, persistirán las cruentas luchas de la historia que son consecuencia de una cruel desigualdad social, amparada por un orden creado para la dominación sistemática y violenta.

Por desgracia, la balanza del siglo XX se inclina hacia el antihumanismo, sin embargo, se tiene la esperanza de factores positivos, como son la denuncia contra una serie de fuerzas reaccionarias y oscuras representadas en el fascismo, el racismo, las empresas trasnacionales, el capitalismo y las dictaduras grandes o pequeñas. El siglo XXI podría ser la gran respuesta que despeje las contradicciones de nuestro siglo. El hombre tendrá que escoger: o caemos en un renacimiento basado en la igualdad, la libertad y la dignidad, o nos hundimos en una especie de Edad Media llena de mitos, dogmas, alienaciones y sumisión total al poder político organizado. Lo grave es que si no superamos los mitos de la sociedad industrial, el siglo XXI podría asistir a las dictaduras más feroces apoyadas en una técnica de control social inimaginable, con un alto poder de dominación política e ideológica. De no ocurrir ello, se habrá logrado el triunfo de la libertad y la igualdad socioeconómica.

Todo lo que hemos señalado se enmarca dentro del pensamiento russelliano, que ha sido calificado por algunos científicos como socialismo ético. Sin embargo, creemos que es más adecuado calificarlo de socialismo racionalista.

Conocimiento y libertad, *La guerra de Asia*, *Los intelectuales liberales ante la revolución*, *Pacifismo revolucionario* y *Por razones de Estado* son las principales obras en donde el lingüista norteamericano Noam Chomsky expone su pensamiento político-social.

En *Conocimiento y libertad* analiza a fondo el pensamiento russelliano y aunque se declara partidario de los planteamientos del gran intelectual británico, le hace algunas observaciones. Para Chomsky (1972), «resistir las depredaciones de las grandes potencias en Asia, Europa Oriental y en todas partes y resistir a la amenaza que la destrucción representa para la supervivencia» (p. 187) son las tareas más urgentes de la humanidad.

Siguiendo a Chomsky, habría que preguntarse cuál es el principal problema, el de la supervivencia o el de la revolución. Si es verdad que la supervivencia es un problema total, que ha oscilado entre la existencia pacífica y la guerra fría, no lo es menos el problema del cambio radical de la sociedad.

Separar supervivencia de revolución sería un contrasentido, porque la supervivencia actual se mantiene en términos de dominación y es producto del terror atómico; entonces la revolución es necesaria para cambiar el orden injusto y garantizar una supervivencia en la libertad de los pueblos y no en el terror.

La revolución entendida como un movimiento político para transformar el actual sistema de dominación es fundamental, sobre todo en los países del tercer mundo. Pero esta revolución no debe limitarse a determinadas regiones, sino que debe ser universal. En este caso, siguiendo a Chomsky, tanto la antigua Unión Soviética como los Estados Unidos podrían ser afectados en el futuro por una revolución que termine efectivamente con los mecanismos represivos que existen en ambas sociedades³.

3 Precisamente la Unión Soviética fue afectada por un proceso de cambios profundos que terminaron con el Estado totalitario. Esta predicción, que se hace a partir de la interpretación de Chomsky, se ha cumplido. Falta ver qué sucede con el capitalismo, que ahora se expresa ideológicamente como neoliberalismo, pero si la corriente humanizadora se impone a las formas de vida y organización del capitalismo, este sistema también se transformará.

Chomsky es uno de los críticos más feroces de la sociedad americana y en gran parte de la cultura occidental. Es un humanista profundamente antiimperialista, un intelectual liberal que denuncia los mecanismos de dominación de la sociedad norteamericana, tanto internos como externos.

La denuncia de Chomsky, sobre todo en *La guerra de Asia*, profundiza hasta las entrañas del sistema norteamericano y de la ideología creada para mantener ese sistema.

En *Conocimiento y libertad*, Chomsky explica que «en su mayor parte, los que no aceptan la ideología oficial ni la contribución al ejercicio del poder del Estado están deseando acumular notas a pie de página para los libros de historia, mientras permiten que el Estado democrático asesine y destruya a su antojo». «Razona cuanto quieras, pero obedece, esta es la política de Federico El Grande, tal como la describía Kant» (Chomsky, 1972, p. 157). Luego agrega: «los campesinos de Indochina podrían preguntarse con razón qué es lo que han ganado ellos con el triunfo de la democracia en Occidente» (Chomsky, 1972, p. 157).

Con estas palabras, Chomsky pone en evidencia los fundamentos que justifican el imperialismo en las llamadas sociedades democráticas occidentales y libres. Porque el problema no es solo razonar, es razonar para hacer algo y ese algo es luchar por cambiar el orden injusto imperante. Pensar y decir lo que pensamos, hacer ciencia y tecnología, siempre y cuando nuestra crítica libre no vaya más allá de la «sacrosanta» ley de quienes controlan la ciencia, la tecnología y la industria para la destrucción y dominación de nuestra especie. Así no somos libres, no podemos serlo, porque nuestra actitud racional y nuestra praxis política están limitadas por las formas de coacción efectivas, que son ideológicas (propaganda subliminal y alienante), económicas, políticas, culturales y militares.

La guerra de Asia es una denuncia heroica contra las atrocidades del imperialismo yanqui en Vietnam. Dicha denuncia es una sistemática interpretación de los planteamientos del economista

británico John Robinson, para quien la cruzada del anticomunismo no es solo una campaña contra el desarrollo, sino contra los movimientos indígenas para independizar sus sociedades del sistema mundial integrado, que en gran parte se haya sometido al poder norteamericano, y para emplear los recursos naturales en función de su propio desarrollo social y económico.

Además de la tragedia de Vietnam, Chomsky recuerda otros hechos similares como los de Jacobo Arbens en Guatemala, Goulart en Brasil, también los de Santo Domingo, Cuba, y otros puntos de dominación imperialista en América, Europa, Asia y África.

Es, pues, el imperialismo culpable de la explotación que ha puesto al mundo al hilo de la supervivencia. Son los gobiernos que apoyan a ese imperialismo, y que son apoyados por él, los que a través de una gigantesca propaganda embrutece las conciencias dormidas para conseguir objetivos de dominación. Así se han creado héroes de barro, así se han puesto gobiernos totalitarios y gobiernos civiles que son sirvientes. Ironía del destino —dice Chomsky— que el país de la democracia y la libertad decida sobre la tiranía en el mundo, ponga y saque gobernantes: «trágico sino de la humanidad, la libertad está respaldada por los tiranos, la razón por la sinrazón, el humanismo por el antihumanismo» (Chomsky, 1972, p. 186).

Pero no todo está perdido: las fuerzas de liberación, de la razón y el humanismo empiezan a remover la capa represiva e ideológica de lo falso y cínico. Chomsky tiene una esperanza y cree en el hombre; por eso, su pensamiento se puede sintetizar en las siguientes palabras de Russell, que Chomsky asume con devoción:

Entre tanto, el mundo en el que existimos tiene otros fines. Pero pasará consumido en el fuego de sus propias pasiones ardientes, y de sus cenizas surgirá un mundo nuevo y más joven, henchido de una lozana esperanza, con la luz del amanecer en su mirada (citado por Chomsky, 1972, p. 187).

REFERENCIAS

- Camus, A. (1975). *El hombre rebelde*. Losada.
- Chomsky, N. (1972). *Conocimiento y libertad*. Ariel.
- Ebenstein, W. (1965). *Los grandes pensadores políticos*. Revista de Occidente.
- Fedoséiev, P. (1975). *El comunismo y la filosofía*. Progreso.
- Gutiérrez, G. (1973). *Teología de la liberación. Perspectivas*. Ediciones Sígueme.
- Gutiérrez, G. (1979). *La fuerza histórica de los pobres*. CEP.
- Illich, I. (1972). *La sociedad convivencial*. CIDOC.
- Kant, I. (1904). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. El Liberal.
- Keshelava, V. (1977). *El humanismo real y el humanismo científico*. Progreso.
- Marx, K. (1974). *Cuadernos de París*. Ediciones Era.
- Miró Quesada, C. F. (2014). *Humanismo y revolución*. Universidad Ricardo Palma.
- Russell, B. (1970). *Perspectivas de la civilización industrial*. Aguilar.
- Sartre, J. P. (1971). *Materialismo y revolución*. La Pleyade.
- Sartre, J. P. (1975). *El existencialismo es un humanismo*. Sur.
- Villarreal, A. (1973). *Nueva izquierda y revolución*. Panamá.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4634

EL NOMBRE COMO DISTINTIVO DE LA IDENTIDAD Y CARACTERIZACIÓN DE LA PERSONA EN LA TRADICIÓN «EL PADRE PATA» DE PALMA

The name as a distinctive of the identity and
characterization of the person in the tradition
«El padre Pata» by Palma

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: irodriguez@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-0688-2035>

RESUMEN

La tradición «El padre Pata», que tiene como autor a Ricardo Palma, sirve, en este ensayo, desde la literatura, para identificar y explicar la naturaleza jurídica del nombre propio y su relación directa con la identidad y la caracterización de la persona; las alteraciones de aquel afectan la individualización del sujeto de derecho dentro del conjunto de la sociedad.

El texto es sometido a un análisis literario-jurídico, y se considera como un caso susceptible de estudio a la luz del derecho civil actual.

La valoración será el resultado de la aplicación de la interpretación doctrinal de la norma y la teoría.

Palabras clave: nombre; identidad; excomuni3n; fusilamiento; Constituci3n; C3digo Civil.

T3rminos de indizaci3n: identidad; diferencia individual; derecho civil (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

Ricardo Palma's tradici3n (tradition) «El padre Pata» (father Foot) is used in this essay, from a literature stance, to identify and explain the legal nature of a person's name and its direct relationship with the identity and persona of an individual, as well as how altering a name affects the individualization of a subject of law within a society.

The text is analyzed from a literature and legal perspective, and it's seen as a case subject to study in the light of current civil law.

Its value shall be the result of the application of doctrinal interpretation of norm and theory.

Key words: name; identity; ex-communion; execution; Constitution; Civil Code.

Indexing terms: identity; individual differences; civil law (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/07/2021

Revisado: 30/11/2021

Aceptado: 31/03/2022

Publicado en l3nea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de inter3s: El autor declara no tener conflicto de inter3s.

1. INTRODUCCI3N

Entre los centenares de tradiciones, Palma ha asociado a las personas del general3simo don Jos3 de San Mart3n y a la de fray Mat3as Zapata con el valor social y jur3dico del nombre.

Para efectos de este ensayo, la tradici3n «El padre Pata» ser3 estudiada como un caso actual, se tendr3 como referencia el C3digo Civil de 1984 en vigencia y los conceptos doctrinales del nombre.

2. PLANTEAMIENTO

Si bien los personajes y el contexto temporal ubican los hechos de contenido jurídico en la época de la independencia, desde el punto de vista pedagógico, es intelectualmente posible efectuar el análisis textual partiendo de una perspectiva sincrónica, pues debe tenerse en cuenta que este artículo está dirigido a los alumnos que inician sus estudios de Derecho y al público en búsqueda de cultura general.

3. METODOLOGÍA

Se desarrollará aplicando el análisis literario-jurídico del texto, se combinarán los métodos sintético-analítico, inductivo-deductivo, gramatical y sociológico.

La unidad intelectual de este ensayo será el resultado del empleo del método de interpretación doctrinal, que es común a los textos literarios y legales.

3.1. ESTUDIO DEL TEXTO

3.1.1. El autor y la obra

La tradición «El padre Pata» tiene como autor a Ricardo Palma (1833-1919), célebre narrador, poeta e intelectual peruano, quien desde la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del XX desarrolló una intensa actividad intelectual y cívica ejemplar, y nos ha legado aportes tan significativos e importantes como la influencia que tuvo sobre otros autores hispanohablantes del continente al crear un estilo narrativo que, al interior del país, constituyó un paso fundacional de la literatura peruana. Estas dos dimensiones de la obra de Palma han sido expresadas por Cecilia Moreano en su libro *Relaciones literarias entre España y el Perú: la obra de Ricardo Palma* (2004) con las siguientes palabras: «Ricardo Palma se constituye, así, en un importante pensador americano que consigue por medio de sus tradiciones un instrumento de difusión y persuasión de sus ideas» (p. 44).

Señalada esta proyección de la influencia de Palma más allá de las fronteras, Cecilia Moreano (2004), líneas adelante y en el mismo párrafo, valora la repercusión de las tradiciones en las letras nacionales, apunta que con ellas «consolida una opción hispanista para la tradición literaria peruana y un proyecto cultural nacional que subordinará otras opciones peruanas» (p. 44).

Tal fue en vida la internacionalización de Palma que el conocimiento de las tradiciones entró al mundo intelectual norteamericano, como lo ha escudriñado Oswaldo Holguín (2001) cuando testimonia: «En los Estados Unidos, después del Perú, es donde mayores logros ha alcanzado el palmismo, lo cual obedece en parte al temprano conocimiento de la obra de don Ricardo gracias a las traducciones, antologías» (p. 35).

Respecto al texto mismo, Mario Vargas Llosa (2014), en muy pocas palabras, sintetiza los altos méritos literarios de su obra narrativa. El primer premio nobel peruano discurre con acierto:

La belleza formal de las *Tradiciones*, el contenido profundamente humano que encierran, y la atracción de su prosa riquísima resisten el traslado a cualquier lengua y ejercen, como se ha dicho, la misma impresión favorable y grata en la sensibilidad más exigente (t. 1, vol. 1, p. 28).

3.1.2. La tradición «El padre Pata»

Tiene como argumento una historia muy simple de dos personajes: uno es el Libertador y Protector del Perú, general don José de San Martín; y el otro es el fraile franciscano don Matías Zapata. La acción está literariamente circunscrita al uso político de la excomunión que hace fray Matías Zapata en su prédica dominical después de misa, en la cual les prohíbe a sus feligreses simpatizar con la causa independentista personificada en San Martín como jefe del Ejército Libertador, desembarcado en Pisco en septiembre de 1820 y trasladado posteriormente a Chancay.

Fundamenta su condena de excomulgar a todo creyente de su sede pastoral que solo pronuncie el apellido del general, porque

de santo no tiene nada y más bien, quitándole la sílaba san, quedaba hermanado con Martín Lutero, expulsado del catolicismo por reformista.

Ya en Huaura, enterado San Martín de la modificación de su apellido por disposición de fray Matías Zapata, dispuso que este su comparezca ante él. El diálogo fue específico y directo. San Martín en respuesta a la amputación de la primera sílaba de su apellido condenó a fray Zapata a prescindir de la sílaba inicial de su apellido, reduciéndolo a la palabra «Pata». Adicionalmente, fue conminado a que de esa fecha en adelante, el párroco suscribiera toda documentación como padre Pata, con la advertencia de que si no cumplía dicha orden, sería fusilado.

El escenario geográfico y literario es Chancay, como está consignado en la parte inicial y final del texto.

3.1.3. El análisis literario

La tradición es un texto de narrativa breve de desarrollo lineal. Los personajes son presentados a través de su actuación en dos momentos. En el primero, obra fray Matías Zapata calificando de hereje al general San Martín y privándolo de su apellido legal y legítimo para sustituirlo por otro, compuesto por las dos sílabas que quedaban de su nombre propio; es decir, gramaticalmente, pasaba de San Martín a Martín. En el segundo momento se produce el encuentro personal de ambos, en una relación de la autoridad político-militar con la autoridad eclesiástica. Sirve dicho encuentro, caracterizado por su acento legal y administrativo, para que el general San Martín le comunique su disposición de proceder de la misma manera que obró contra él, privándolo de su apellido legal y legítimo y reemplazándolo con las dos sílabas que quedaban, después de retirarle la primera; es decir, que de esa fecha en adelante ya no sería el padre Zapata, sino el padre Pata.

Con esta actuación desaparecen de escena los dos personajes; y, con la ausencia de ambos, entra al texto el autor, como tercero

impersonal, asumiendo un papel de fedatario anónimo, para testificar que el mandato del general San Martín fue acatado por fray Matías Zapata hasta que el Libertador Simón Bolívar «le devolvió el uso y el abuso de la sílaba eliminada» (Palma, 2015, p. 130).

El estilo es de expresión coloquial, consonante con su fuente principalmente oral, ya que el autor opta por contar la historia que en su infancia escuchó de los mayores. Aunque su apariencia es de formalidad y de seriedad, no disipa su tono de crítica y humor.

A diferencia de la estructura convencional de las tradiciones representativas del estilo de Palma, la de «El padre Pata» no retrata a los personajes ni da mayores caracterizaciones, salvo la de caudillo de San Martín y fraile «godo» y realista del clérigo. Tampoco describe escenarios ni esboza una contextualización dando información sobre la época. Se trata de una tradición de argumento directo y puro en el contenido. Pero sí es reconocible su composición interna, ideológica, en la que se encuentran dos personajes simbólicos de la sociedad colonial todavía presente en el tránsito hacia el nuevo Estado, el poder religioso y el poder civil, unas veces en alianza y otras en competencia de supremacías. Aún más, no deja de combinar la realidad de los personajes, por lo menos del general San Martín y el lugar geográfico, con la ficción que se expresa en el cómo cuenta la historia.

La brevedad textual de la tradición en estudio cuenta con una atmósfera de humor que se percibe en toda la historia, pero cobra fuerza en el título y en la parte introductoria cuando, recurriendo a una brevísima digresión, en la explicación de Eduardo Huárag (2004), estas «se presentan como un paréntesis, un corte en el desarrollo de la trama ficcional» (p. 13); técnica compositiva de Palma que usa permanentemente en la escritura de sus tradiciones. ¿Y cuál es esa digresión?, la que inserta al final del tercer párrafo y continúa en forma dialogada:

Paréceme a aquel que en la catástrofe de un tren daba alaridos:
—¿Por qué se queja usted tanto?
—Porque al brincar se me ha desconcertado un pie.
—Cállese usted, so marica. ¡Quejarse por un pie torcido cuando ve tanto muerto que no chilla! (Palma, 2015, p. 129).

Palma acostumbraba publicar sus tradiciones en series. Respecto a «El padre Pata» es pertinente reportar dos registros:

1. Según la edición, a cargo de la nieta, Edith Palma, de las *Tradiciones peruanas completas* de Aguilar S. A. de Ediciones, Madrid (1953), «El padre Pata» (948-49), aparece formando parte de la novena serie (p. 1771); y
2. De acuerdo a la edición a cargo del doctor Miguel Ángel Rodríguez Rea, de *Tradiciones peruanas*, (2015) Universidad Ricardo Palma, Lima, en 8 volúmenes, «El padre Pata» figura también dentro de la novena serie, agregando la información recogida de Raúl Porras Barrenechea, que se publicó en libro en Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1899, con el título de *Tradiciones y artículos históricos* (2015, p. 21).

3.1.4. Análisis jurídico

En esta estación del ensayo, los personajes de la tradición se convierten en los sujetos de derecho, que establecen relaciones sociales, políticas y jurídicas entre ellos. Relaciones sociales interpersonales, aunque fueran circunstanciales y pasajeras. Políticas, porque cada uno representa una posición ideológica y de sistema de gobierno que de la manera más simple se puede denominar procolonial en el caso de fray Matías Zapata y anticolonial en el del general San Martín. Las relaciones jurídicas quedan configuradas por los actos jurídicos protagonizados por cada uno respecto del otro: el primero, fray Matías Zapata, que dispone la excomunión a los feligreses de su curato y la modificación unilateral y arbitraria de la modificación del apellido del Libertador; y, por parte del general San Martín, la disposición de modificar fuera de proceso el apellido del fraile, como respuesta del agravio promovido e impulsado por el religioso.

Complementa esta disposición con la orden de fusilamiento condicionada al incumplimiento del mandato principal y con carácter de pena accesoria, dictada verbalmente, fuera de proceso, en el mismo momento, con una intención claramente intimidatoria y represiva.

El fusilamiento es una modalidad de aplicación de la pena de muerte, que en esos tiempos aparecía más en el terreno de los hechos que en el derecho, especialmente por representar la independencia una época de guerra.

En su libro *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX* (2003), Marcial Rubio Correa anota que fue recién en la Constitución de 1856 que, protegiendo el derecho a la vida, se prohibió la pena de muerte.

El tratamiento jurídico de la pena de muerte ha oscilado en el devenir republicano, hubo tiempos en que se proscribía o permitía. Actualmente, la Constitución de 1993 en vigencia, en su artículo 140, ha limitado su aplicación a los casos de comisión de «delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada» (García Belaunde, 2016, p. 638). En esta misma publicación, Domingo García Belaúnde (2016) presenta en gráfico las fluctuaciones normativas en todas las constituciones a partir de la de 1823, señalando a la de 1839, en la que se daría una ausencia de esta temática (pp. 706-707).

No se ahonda más en este punto por no estar en el objeto de este escrito.

La actuación literaria de ambos personajes ha puesto en juego el problema de la libertad política y el de la identidad. Para este análisis, la libertad y la identidad pasan a ser el bien jurídico. Convenimos con Guillermo Cabanellas (1989, t. 1, p. 477) en que se califica como tal a todo bien «sea material o inmaterial, tutelado por el Derecho» y a la vez «El lesionado por un delito y cuya defensa pretende asegurar la pena» (t. 1, p. 477).

a) Conductas de fray Matías Zapata

Por su condición de religioso regular, perteneciente a la orden franciscana, obra como sujeto de derecho canónico.

El hecho lo comete en ejercicio de sus funciones sacerdotales, pues se encontraba a cargo del curato de Chancay, en condición de interino.

Fray Matías Zapata, al predicar, dicta dos disposiciones verbales en las que establece sanciones: la primera es una sanción eclesial de excomunión contra los feligreses de su diócesis.

Tal como aparece en el texto, la excomunión no se aplica a nadie, y fue dirigida desde el púlpito como advertencia a todos los católicos oyentes. De acuerdo con la técnica jurídica, se interpreta que fray Matías Zapata ha cumplido con la publicidad de su decisión de castigar a quien la infrinja.

La excomunión, en la conceptualización de Guillermo Cabanellas (1989), es una sanción que impone la Iglesia católica mediante las normas del derecho canónico. Es de las más severas, pero «de índole espiritual, que excluye a una persona del seno de la Iglesia, con prohibición de participar en los sacramentos, particularmente el de la eucaristía o comunión» (t. 3, p. 625). Complementariamente, José Martín de Agar (2014), con mirada contemporánea detalla sosteniendo que la

excomunión es la más grave pues en cierto modo significa la expulsión del reo de la sociedad eclesial: el excomulgado no puede celebrar o recibir los sacramentos, ni participar como ministro en ningún acto de culto público, ni ejercitar oficio, función, ministerio o cargo alguno en la Iglesia (c. 1331) (p. 202).

La segunda disposición que emite verbalmente en su sermón después de misa está dirigida al general San Martín y se refiere a la alteración de su nombre, específicamente recurriendo a la modificación de su apellido, al que despoja de la palabra monosílaba san, quedando solamente Martín. Recurre a esta medida como expresión extrema de su radicalismo católico, con el afán

de eliminar entre sus creyentes toda posibilidad de duda que debilitaría la aplicación de la excomunión. Dicho de otro modo, no solo que el general San Martín se hace condenable por su posición contra el rey al liderar la independencia, sino porque su solo nombre disfraza su condición de hereje. Por esta razón argumentará en su perorata: «Carísimos hermanos. Sabed que el nombre de ese pícaro insurgente de San Martín es por sí solo una blasfemia, y que está en pecado mortal todo el que lo pronuncie» (Palma, 2015, p. 130).

Completa su razonamiento punitivo en el párrafo siguiente, en el que, a pesar de que el general no está presente ni participa de la reunión sacramental, enfatiza: «Confórmese con llamarse sencillamente Martín, y le estará bien por lo que tiene de semejante con su colomboño el pérfido hereje Martín Lutero» (Palma, 2015, p. 130).

Rematará las premisas precedentes predicando la parte sustantiva de su sanción: «Sabed, pues, hermanos y oyentes míos, que declaro excomulgado vitando a todo el que gritare ¡viva San Martín!, porque es lo mismo que mofarse impíamente de la santidad de Dios» (Palma, 2015, p. 130).

Es de inferir que en el momento en que fray Matías Zapata emitía esta prédica, el Libertador no tenía conocimiento de estos hechos hasta cuando pasó de Pisco a Huaura, al mando del Ejército de la Expedición Libertadora del Sur.

Cabe agregar como dato histórico complementario que hasta antes del Código Civil de 1936, los Registros Civiles en el Perú estuvieron a cargo de los párrocos y las parroquias.

b) Conducta del general San Martín

En relación con la profesión religiosa de fray Matías Zapata y el ejercicio de la autoridad clerical católica, el general don José de San Martín es la autoridad civil y militar en ejercicio de sus funciones. Radica transitoriamente en Chancay.

Es el sujeto de derecho afectado con la modificación de su nombre, sin haber sido citado ni escuchado, que ha recibido una sanción fuera de proceso, como decisión arbitraria y que le despoja de su identidad personal.

Enterado por medios extraoficiales, hace comparecer ante él a fray Matías Zapata, en la condición de acusado, y se desarrolla en su despacho una diligencia extraprocesal, que tramita interrogatorio, la admisión de culpa y la condena, en un solo acto, sintetizado literariamente por Palma en un brevísimo diálogo.

Abre la actuación el general preguntándole: «¿es cierto que me ha comparado usted con Lutero y que le ha quitado una sílaba a mi apellido?» (Palma, 2015, p. 130). Cuestión a la que contestó el emplazado escudándose en que había cumplido «órdenes superiores». A este reconocimiento de su falta agregó que «estaba llano a predicar devolviéndole a su señoría la sílaba» (Palma, 2015, p. 130); es decir, completando el circuito legal de reconocer tácitamente la falta y la reparación del agravio con la reposición de su apellido, en su composición de dos palabras.

Termina la actuación con la sanción que le impone el general, modificándole también el apellido, con la misma modalidad de la alteración gramatical de su nombre. La orden dice «yo, en castigo de su insolencia, le quito también la primera sílaba de su apellido» (Palma, 2015, p. 130); a la que añade el apercibimiento que se haría efectivo fusilándolo sin la aceptación de ningún argumento exculpatorio. Transcribiendo el texto, la literalidad de la orden precisa: «y entienda que lo fusilo sin misericordia el día que se le ocurra firmar Zapata. Desde hoy no es usted más que el padre Pata, y téngalo muy presente, padre Pata» (Palma, 2015, p. 130).

Como puede apreciarse, la sanción, que también es verbal, sin proceso, en la que obra San Martín como juez y parte, pone acento de firmeza y gravedad, y hasta cierto punto sonaría a intimidatoria en su ejecución para el caso de incumplimiento.

Viendo comparativamente la forma como se imponen las sanciones: fray Matías Zapata afecta al general San Martín mutilando su apellido en ausencia del sancionado, a diferencia de la actuación de San Martín, que condenó a fray Matías Zapata en su presencia.

3.2. EL COLOFÓN DEL FEDATARIO

Concluida la actuación de los personajes, por técnica de composición narrativa, Palma (2015) adiciona un pequeñísimo texto escrito con una fórmula sintáctica impersonal en la que asume el papel de fedatario y testimonia que el padre Pata cumplió con el mandato del general San Martín, hasta la llegada del Libertador Simón Bolívar, quien «le devolvió el uso y abuso de la sílaba eliminada» (p. 130).

Se trata sin duda de un remate narrativo inesperado que le pone fin a la intriga argumental que se generaría en algún lector acerca de la efectividad o no de la orden sanmartiniana.

Jurídicamente, el párrafo es portador de una información valiosa: el levantamiento de la disposición que restringía el derecho de fray Matías Zapata a usar su nombre propio conforme le correspondía. En ella se aprecia que otra autoridad civil-militar como Bolívar, del mismo rango que San Martín, emisora de la orden, tenía la capacidad funcional para dejarla sin efecto.

La acción de la disposición que saca de vigencia no forma parte de la estructura narrativa, porque su ingreso al texto se logra a través de la referencia por un tercero impersonal sin identificar, que oficia tácitamente de fedatario.

4. RESULTADOS

El análisis literario-jurídico de la tradición «El padre Pata» pone en evidencia el valor jurídico del nombre propio como elemento indispensable de la identidad y la caracterización de la persona, que determina su individualización y su inconfundibilidad dentro del conjunto.

El general San Martín convertido a Martín es otra persona. El nuevo nombre se asocia a cualesquier otro, menos a la figura del Libertador. Implica falta de respeto, empobrecimiento de la personalidad. Induce a la mofa. El ingenio de fray Matías Zapata resultaba un recurso disuasivo para no admirar al general San Martín y no simpatizar con la causa independentista. Fue un medio argumentativo que tornaba innecesaria la aplicación de la excomunión.

En el caso de fray Matías Zapata, la mutilación del apellido trae el mensaje del escarmiento, de la medida de respuesta para frenar la contracampaña, con severidad y firmeza, aunque sin exceso, abuso o desproporcionalidad. También avisa que no toleraría la impunidad.

Analizado el caso a la luz del derecho civil vigente, cuyas disposiciones sobre el nombre obran en el Código Civil de 1984 y la teoría jurídica actual, cabe expresar lo siguiente: para ilustrar en la teoría se recurre a la conceptualización de Raúl Chanamé en su *Diccionario jurídico moderno* (2002): «Designación que individualiza e identifica a las personas» (p. 510); fórmula definitoria que complementa afirmando que la «identificación del sujeto por su nombre es una exigencia inexcusable de la vida de relación social» (p. 511).

Y en relación con el Código Civil de 1984, se encuentra en él una regulación que corre del artículo 19 al 32, conformando el título III del libro I, dedicado al derecho de las personas. De este articulado específico se apelará a los numerales 19, 26, 29 y 31.

De conformidad con el artículo 19, el nombre es un «derecho y un deber» de toda persona e «incluye los apellidos».

Por otra parte, el artículo 26 prescribe que «Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre».

La inalterabilidad del nombre está garantizada por el artículo 29, cuyo mandato tajantemente prohíbe «cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita».

Finalmente, calzan al caso las previsiones del artículo 31, las cuales determinan que la «persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente».

Haciendo una interpretación doctrinal del caso como un todo, cabría resaltar lo siguiente:

4.1. Que ni fray Matías Zapata ni el general San Martín pudieran haber dispuesto la modificación de sus apellidos, por la intangibilidad del nombre y porque ninguno de los dos fueron jueces, no hubo proceso ni se habría cumplido con las formalidades de los actos que deben constar por escrito, más su debida inscripción.

4.2. Fray Matías Zapata hubiera carecido de legitimidad para obrar al igual que San Martín cuando lo condena a llamarse padre Pata.

4.3. El general San Martín, en vez de usar su autoridad propia del Poder Ejecutivo y sin competencia para modificar el nombre de fray Martín Zapata, hubiera promovido la acción judicial de reclamo por la alteración arbitraria y por razones políticas que hizo de su apellido fray Matías Zapata.

En resumen, las disposiciones de los cuatro artículos comentados prescriben con redacción legislativa sencilla, sin tecnicismos legales para facilitar su comprensión e interpretación adecuada, el derecho inalienable de toda persona al nombre y el deber de conservarlo y defenderlo de cualquier amenaza de desconocimiento y alteración, contando desde ya con la protección legal de su intangibilidad.

Por cierto, el legislador ha previsto la posibilidad de la modificación del nombre, pero esta no queda librada a la voluntad de acción del propio sujeto o de cualquier otro, sino que ha instituido una única vía: la jurisdiccional. Solo el juez competente, previo proceso, y a solicitud del propio titular del nombre, puede decretar cambios, cumpliéndose con la publicidad y la inscripción posterior en los registros civiles, ahora a cargo de las municipalidades y el Reniec.

REFERENCIAS

- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (21.^a ed.). Hebiasta.
- Chanamé, R. (2002). *Diccionario jurídico moderno* (3.^a ed.). Gráfica Horizonte.
- Código Civil (1984). Edición oficial Ministerio de Justicia.
- García Belaunde, D. (2016). *Las Constituciones del Perú* (3.^a ed.). Jurado Nacional de Elecciones.
- Holguín, O. (2001). *Páginas sobre Ricardo Palma*. Universidad Ricardo Palma.
- Huárag, E. (2004). *Estructura y estrategias narrativas en las Tradiciones peruanas de Ricardo Palma*. Universidad Ricardo Palma.
- Martín de Agar, J. T. (2014). *Introducción al derecho canónico* (2.^a ed.). Tecnos.
- Moreano, C. (2004). *Relaciones literarias entre España y el Perú: la obra de Ricardo Palma*. Universidad Ricardo Palma.
- Palma, R. (2015). *Tradiciones peruanas. Novena/décima series* (t. 1, vol. 5). Universidad Ricardo Palma.
- Rubio, M. (2003). *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vargas Llosa, M. (2015). Palma, valor nacional. En Palma, R., *Tradiciones peruanas* (t. 1, vol. 1, pp. 27-30). Universidad Ricardo Palma.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4646

DERECHO Y LITERATURA: A PROPÓSITO DE ENRIQUE LÓPEZ ALBÚJAR Y CÉSAR VALLEJO

Law and literature: regarding Enrique López Albújar
and César Vallejo

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: francisco.tavara@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5258-4058>

RESUMEN

El derecho y la literatura es una línea de investigación que busca crear un productivo diálogo entre el conjunto de principios y normas de justicia y orden de la ciencia jurídica social, y la simbolización y representación de los problemas humanos y sociales que se realiza en la literatura. Existen diversos modos de aproximar estos saberes disciplinarios. En este artículo, se explica dicha interacción a partir de la experiencia con la justicia de los escritores Enrique López Albújar (1872-1966) y César Vallejo (1892-1938). Se propone que la interacción entre el derecho y la literatura debe realizarse en tres niveles: aproximándose a la formación intelectual de los autores, focalizando la experiencia con la justicia y analizando cómo se representa el tema de la justicia en sus textos.

Palabras clave: derecho y literatura; formación intelectual; representación; justicia.

Términos de indización: derecho; literatura; justicia (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

Law and literature is a line of research that seeks to create a fruitful dialogue between the set of principles and norms of justice and order of social legal science, and the symbolisation and representation of human and social problems in literature. There are different ways of approaching these disciplinary knowledges. This article explains this interaction based on the experience with justice of the writers Enrique López Albújar (1872-1966) and César Vallejo (1892-1938). It is proposed that the interaction between law and literature should be carried out on three levels: approaching the intellectual formation of the authors, focusing on their experience with justice and analysing how the theme of justice is represented in their texts.

Key words: law and literature; intellectual formation; representation, justice.

Indexing terms: law; literature; justice (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/07/2021

Revisado: 30/11/2021

Aceptado: 31/03/2022

Publicado en línea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

La literatura y el derecho tienen varios puntos de contacto. Los caminos para aproximarnos a estos tópicos pueden ser diversos. Lo que propongo es explicar este par disciplinario de las humanidades a través de los puentes de contacto que nos permiten establecer, primero, el examen de la formación intelectual de los autores; segundo, la experiencia vital que estos tienen; y, tercero, el modo en que logran plasmar esas dinámicas de la experiencia en la creación de sus obras. En este artículo explicaré, con este fin,

el contacto entre derecho y literatura peruana atendiendo a estos tres niveles, en los casos de Enrique López Albújar (1872-1966) y César Abraham Vallejo Mendoza (1892-1938).

El primer nivel nos conduce a evaluar la formación intelectual de los escritores. Preguntémonos qué escritores peruanos están formados en derecho o quiénes se relacionan con la actividad del mundo de las leyes. Planteemos también la pregunta respecto a por qué es importante comprender el proceso formativo intelectual de los autores. No pretendo ser exhaustivo, pero la lista es numerosa. Solo mencionaré a unos cuantos que son fundamentales para entender el proceso de la literatura peruana del siglo XX: Enrique López Albújar (1872-1966), César Abraham Vallejo Mendoza (1892-1938), Julio Ramón Ribeyro (1929-1994), Mario Vargas Llosa (1936)¹ y Alfredo Bryce Echenique (1939).

Estos escritores tienen en común el haber estudiado lo que actualmente, y con las reformas pedagógicas y curriculares, denominamos Derecho. Ello supone que la formación académica universitaria (imaginemos los contenidos de las asignaturas de la carrera de Derecho, desde el Constitucional hasta el Penal, pasando por el Civil y el Comercial) les proveyó de una visión de

1 A propósito de nuestro nobel de Literatura, es necesario mencionar que su novela *El sueño del celta* (2010) tiene como personaje al primer gran juez Carlos A. Valcárcel (1881), magistrado titular en la Corte Superior de Justicia de Iquitos. Carlos A. Valcárcel fue designado durante el primer gobierno de Augusto B. Leguía para investigar la explotación y el aniquilamiento de nuestros hermanos nativos en la Amazonía peruana, exactamente en el valle del Putumayo, en las primeras décadas del siglo XX. De ahí que el referido juez se constituyera a Iquitos en 1910. Estos sucesos también fueron investigados y denunciados por el cónsul irlandés Roger Casement, protagonista, a su vez, de la novela de Vargas Llosa. Valcárcel dicta mandato de detención contra el acaudalado ejecutivo de la transnacional que explotaba y asesinaba a nuestros hermanos nativos, Julio César Arana, quien mayormente radicaba en París. Sin embargo, era tal el poder de la transnacional, que fabrican un proceso penal contra el extraordinario juez, mediante presiones económicas y mediáticas, y dictan mandato de detención contra este, por lo que se ve obligado a huir del país. Refugiado en Panamá, escribe un libro titulado *El proceso del Putumayo y sus secretos inauditos* (1915), en el que relata estos lamentables episodios. Vargas Llosa lo llama «juez estrella». Creo que el Poder Judicial y la sociedad peruana están en deuda con este gran juez. Nunca se le ha rendido homenaje, ni siquiera se ha investigado sobre él, habrá que hacerlo.

la realidad nacional como un complejo y heterogéneo problema de grupos humanos afincados en las ciudades y en núcleos sociales alejados de los centros de administración del poder del Estado, esto es, grupos humanos de los más apartados pueblos de la costa, la sierra y la selva. Este paisaje histórico y social multipolar es el que se hará presente al momento de componer sus poemas o ficciones. Agregaría a este elemento formativo académico un detalle complementario que proviene de la experiencia vital de cada uno de los escritores. Centrándonos en el escritor piurano López Albújar y en el poeta de Santiago de Chuco, César Vallejo, podemos decir que cada uno ha vivido, a su manera, experiencias que marcaron sus vidas. En el caso de López Albújar, la experiencia vital con el derecho, la ley y la literatura lo conduce por la cárcel, la suspensión laboral y la creación literaria (poética, narrativa, dramática y ensayística). Expliquémoslo.

Quienes conocen al escritor Enrique López Albújar muchas veces ignoran que él inicia sus actividades dentro del campo judicial aproximadamente a los 39 años de edad, cuando se instala como adjunto en el Juzgado de Primera Instancia de Piura (1911) y, un año después, como juez interino de la ciudad de Tumbes (1912). Es más, fue elegido como presidente de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua tres veces consecutivas (1933, 1938 y 1944). Si bien estos méritos muestran su alto nivel de profesionalismo, por otro lado, pocos saben que el autor de los clásicos *Cuentos andinos* (1920) y *Matalaché* (1928) fue suspendido por la Corte Suprema en el ejercicio de sus funciones (tres meses, desde diciembre de 1918 a marzo de 1919), por absolver a los acusados de un doble adulterio. Se trata de una experiencia que sumió al escritor y juez en una profunda crisis. Recordando esos críticos momentos escribe: «durante noventa días tuve que soportar el suplicio de la trituración y el asqueroso gesto de la malicia con que las gentes ven siempre a los que yerran o caen» (López Albújar, 2018, p. 21). Pero será el correr de los años el encargado de calibrar el aparente «desacierto» de López Albújar, pues en su correcta dimensión, y para la historia

del derecho penal en el Perú, el fallo que le acarreó la suspensión se toma como el que inicia ejemplarmente la reforma del derecho penal en el Perú².

Pero la experiencia vital con el derecho, la ley y la literatura, en el caso de López Albújar tiene otras entradas que conducen hacia su etapa formativa como poeta. Es precisamente por ejercer su libertad poética y creativa que pierde su libertad como ciudadano. Quienes han investigado al respecto señalan que fueron, por lo menos, tres ocasiones en las que López Albújar fue encerrado en la cárcel³. El motivo fue siempre el mismo: sus poemas incomodaban a las autoridades. Es el caso, por ejemplo, de «Ansias» y «Adiós a la patria», el primero publicado en *La Tunda* (1893), bajo el seudónimo de León Cobos, y contra el general Andrés Avelino Cáceres (1833-1923); y el segundo, publicado en el diario *El Comercio* (1894), en el que se criticaba al pueblo por seguir ciegamente al caudillo Nicolás de Piérola (1839-1913). Si bien son hechos que nos presentan a un López Albújar veinteañero que ingresará a la Facultad de Derecho de San Marcos en 1895, estos sucesos nos permiten deducir que para él, y a esa edad, la escritura de la poesía está directamente relacionada con los problemas sociales. Por ello su poesía problematiza y critica el curso de la historia social, busca llamar la atención para reconducirla; por defecto, la imagen del poeta que proyecta este modo de comprender la poesía es la de uno que asume su papel protagónico dentro del curso de la vida social de su nación. Recordemos que López Albújar, candidato a bachiller en Derecho, presenta su tesis titulada *La injusticia de la propiedad del suelo* (1898), que es rechazada por considerarse

2 Al respecto se puede revisar el libro de Rodolfo Vega Billán (2017).

3 La información que proveen Raúl Estuardo Cornejo (1961) y Tomás Escajadillo (1972) es importante para tener una mirada sobre los hechos de su vida. Téngase en cuenta también el texto autobiográfico *Memorias* (1963), del mismo López Albújar. Asimismo, el Fondo Editorial del Poder Judicial publicó su obra narrativa completa en dos volúmenes: *Narrativa. Obras completas*. Tomo I, 2 vols. Presentación de Francisco Távara Córdova, introducción de Duberlí Rodríguez Tineo y edición y cronología de Gladys Flores Heredia (2018).

«anarquista»; no obstante y pese a la negativa de sus maestros, y sin perder el espíritu transformador que la orientaba, López Albújar la volverá a proponer al año siguiente con el título *¿Debe o no debe reformarse el artículo 4.º de la Constitución?* (1899). Si el futuro abogado busca justicia para la división equitativa de la propiedad de la tierra, también el poeta lo hace, pues va tras el equilibrio, la igualdad y la justicia. La experiencia vital de Enrique López Albújar lo conduce a buscar la justicia a través del ejercicio de su creación literaria. Si nos damos cuenta, el derecho y la literatura, en su caso, se entrelazan en un mismo proyecto de buscar hacer justicia o combatir la injusticia instalada en el Perú desde los primeros capítulos de su historia.

Para corroborarlo expliquemos la manera en que la formación intelectual en derecho es vertida en la creación poética a través de la presentación de la imagen del poeta-juez. El poema «La bien amada»⁴, que pertenece al poemario *Lámpara votiva* (1964), ofrece esa imagen. El título puede hacernos suponer que se trata de un poema de corte amoroso y revelador de los sentimientos del poeta hacia su amada, pero se trata más bien de un poema dirigido a la ciudad de Tacna, como bien expresa el poeta, ciudad cuyo nombre es «palabra sagrada». La extensión del poema nos hace transcribir solo algunos versos donde se revela esa imagen del poeta-juez:

Soy un hombre de paz y de justicia [...]
 Y como juez que soy, te hago justicia,
 sin rebajarle a tu grandeza nada;
 no con esa justicia que te hicieran,
 cuando eras libre, altiva y soberana,
 tus propios hijos: enaltecedora,
 pero también aduladora y falsa.
 La mía no es de las que llevan venda,
 porque no la acobarda la mirada
 de los que juzgan no se siente débil

4 Todas las referencias a los poemas fueron tomadas de Enrique López Albújar. *Poesía. Obras completas* (2019, t. 2).

frente a la seducción y la alabanza.
Quizás podrá irritarte, herirte, pero
la verdad del que juzga es siempre santa,
y de una palabra acerba cuando es justa
vale más que cien frases cortesanías (pp. 254-255).

Se preguntarán los lectores, ¿cómo se presenta el poeta-juez en estos versos? Si los escuchamos y leemos atentamente, nos daremos cuenta de que su presencia se pone de manifiesto a través de una comparación por la cual se busca poner énfasis en lo verdaderamente justo, es decir, el poeta-juez explica que un acto de justicia no puede ser el que está ensombrecido, parcializado o influido por factores ajenos al campo de la administración de justicia; el acto de justicia está lejos de ser satisfacción de apetitos personales, es más bien una verdadera muestra de entrega y servicio para garantizar la vida en comunidad. Ser justo es el arte de buscar el equilibrio y la igualdad para los demás, una verdadera muestra de servicio. Se entiende, por ello, el cierre del poema donde se hace más notoria la imagen del poeta-juez:

Por eso es que te canto, Tacna mía,
y te llamo, al cantarte, Bien Amada.
Déjame, pues, que sea yo tu bardo,
ya que tú fuiste ayer la castellana
por quien sufrí más de una vez al verte
en un penal infame secuestrada (p. 256).

La simbolización de la ciudad otrora encarcelada define, entonces, al poeta-juez que canta la injusta privación de su libertad. Una ciudad que está aprisionada es una donde sus ciudadanos probablemente también tengan conculcados sus derechos. Así, el poeta-juez continúa avivando «la fe en los altos destinos de la patria» (p. 393), aunque no siempre sus acciones cosechen resultados positivos, como nos lo hace saber en el poema «Esto ocurrió una noche»:

Apenas soy un pobre y viejo juez
 que en la escabrosa ruta judicial se ha sentido
 más de una vez arrepentido y condolido de juzgar,
 pues en las veces que ha solido
 poner en la balanza de pesar
 ajenas culpas y con ellas
 un poco de conciencia y equidad,
 en el platillo opuesto se ha sentado,
 ceñuda, intransigente y fantasmal,
 con un libro siniestro entre las manos,
 la Ciega Inexorable, haciéndolo bajar (p. 396).

No solo en los poemas se encuentran rastros de la búsqueda de la justicia, el equilibrio y la equidad social. De hecho, López Albújar transitó con soltura y genio por diversas formas literarias: la novela, el cuento, el teatro, la crónica, la memoria y el ensayo. No pretendo comentar cómo se representa la figura del profesional de la carrera de Derecho, del juez o del abogado en toda su obra. Por el momento, solo quiero recordar que en uno de sus notables relatos, que forma parte de su clásico libro *Cuentos andinos*, y que se titula «Cachorro de tigre»⁵, López Albújar coloca como protagonista a Francisco, un juez que tras la muerte del mal afamado bandido Adeodato Magariño, se hace cargo de la crianza de un niño llamado Ishaco, hijo del criminal. Cuando decide hacerlo, el sargento que lleva al niño le expone todas las negativas y le comenta que ninguna persona, ni el gobernador, ni el alcalde, ni el juez de paz han querido hacerse cargo del pequeño, pues alegan que les traerá problemas. El juez Francisco en lugar de hacer lo mismo, es decir, rechazarlo y dejarlo a su suerte, opta por darle cobijo, y no para tratarlo negativamente, menos para explotarlo; por el contrario, el narrador-juez lo integra a su familia, desde esa condición es que describe las cualidades cognoscitivas del niño, destaca que aprende a leer con rapidez y que tiene una memoria envidiable. En sus propias palabras dice:

5 Todas las referencias a este cuento fueron tomadas de Enrique López Albújar. *Narrativa. Obras completas* (2018, t. 1, vol. 1, pp. 105-122).

Su memoria era tanta, que le bastaba uno o dos repasos para repetir de una tirada hasta media página. Su memoria visual, plástica especialmente, era prodigiosa. En un momento aprendió a ver la hora en el reloj, a distinguir los periódicos ilustrados de los que no lo eran y a saber sus nombres, a conocer el valor de las estampillas y lo que era una factura y una carta (López Albújar, 2018, p. 109; nuestras cursivas).

Ya sea mediante versos que nos presentan al poeta-juez que invoca la justicia, o a través del narrador-juez que nos enseña que la justicia es una forma de vida y no solo un asunto de administración y regulación jurídica, él actúa con justicia tanto dentro como fuera de los tribunales. De una u otra manera, estos son los modos mediante los cuales se perciben los vasos comunicantes entre derecho y literatura, y como lo explicamos, no se trata de una relación antojadiza, toda vez que para comprenderla es necesario, y es lo que propongo, recorrer la formación intelectual y la experiencia vital del escritor para justipreciar cómo es que se plasman las reflexiones sobre la justicia a la hora de crear sus obras. Me atrevería a sugerir que no solo se trata de investigar «la cultura literaria del derecho», sino también la cultura jurídica de la literatura, en este caso, la formación jurídico-intelectual de los escritores.

Pasemos a explicar el caso de la experiencia formativa y vital de César Vallejo con el derecho, la ley y la literatura. Los biógrafos que han contribuido a dilucidar buena parte de los pasajes de su vida como estudiante de Jurisprudencia en la Universidad de La Libertad (ahora Universidad Nacional de Trujillo), entre 1915-1917, coinciden en que el poeta de Santiago de Chuco, y así lo demuestran sus certificados de estudios, obtenía algunos años el primer puesto y algunos otros estaba entre los primeros alumnos⁶. Diríamos, en términos actuales, que Vallejo estudiante

6 Una importante investigación al respecto la realizaron, por un lado, Yeconías Culquichicón Gómez (1995) en el artículo «César A. Vallejo, alumno universitario»; y, por otro lado, Alcides Spelucín en «Contribución al conocimiento de César Vallejo y las primeras etapas de su evolución poética» (1963).

universitario pertenecía al quinto superior. Este detalle formativo no es gratuito, pues pretendo hacerles comprender que se trata de pruebas concretas del esfuerzo dedicado a los estudios, así como también es indicador del grado de conocimiento que alcanzó a poseer en materia jurídica. Y es debido a este esforzado y brillante estudio que a fines del año 1916 la Corte Superior de Justicia de La Libertad lo nombra juez de paz de primera nominación del distrito y provincia de Trujillo. Así consta en el Libro de Actas de Sesiones de la Sala Plena de la referida corte, que tiene como fecha 6 de diciembre de 1916.

Sin embargo, como la vida suele ponernos a prueba, algunos años después, al poeta-juez Vallejo se le atribuyó injustamente el haber participado, y por tanto estar implicado, en un robo e incendio con subsecuente muerte. Recuerden que por ello Vallejo fue arrestado y encarcelado injustamente, desde el 6 de noviembre de 1920 hasta el 26 de febrero de 1921, ¡112 días!, en la cárcel de Trujillo. Sin duda, una experiencia traumática e imborrable, más cuando se tiene la consciencia y la certeza, como la tenía Vallejo, de que se trataba de una calumnia motivada por rencores personales. En una sentida carta dirigida a su amigo, el periodista y cronista de *La Prensa* de Lima, Ezequiel Balarezo Pinillos, le cuenta sobre el infortunio que le ha tocado vivir:

Encuéntrome, desde hace un mes, preso en la cárcel de esta ciudad, enjuiciado calumniosamente por un hato de crímenes vulgares que yo nunca he cometido. Es el ambiente provincial. Los rescoldos equivocados de maledicencia lugareña. —Soy del terruño—. Soy víctima ahora de una de estas tantas infamias gratuitas (Vallejo, 2011, p. 101).

He tratado de reflexionar sobre este y otros hechos donde los hombres de derecho (en la faceta de estudiantes que conocen las materias o en el nivel del desempeño profesional) se ven en la kafkiana situación de ser víctimas de injusticias cuando lo que buscaban era, precisamente, hacer justicia. No me queda duda de que se trata del momento en el cual las certezas aprendidas comienzan a estallar una a una. Sin verdades donde encontrar

consuelo, sin principios que seguir para comenzar por el camino correcto, la desesperanza y la incertidumbre son las únicas actitudes que conducen los pasos hacia las orillas del pesimismo para contemplar el abismo del vacío y la nada. Pienso que la experiencia carcelaria de Vallejo le produjo el resquebrajamiento, sino el desmoronamiento, de aquellas certezas que aplicada-mente aprendió en sus cursos de jurisprudencia. Las preguntas académico-profesionales se mezclan con las interrogantes existenciales a propósito de las fuerzas del destino que mueven los engranajes de la vida para que todo confluya en determinado hecho. Tengan presente al respecto que cuando Vallejo publica su primer poemario *Los heraldos negros* (1919), un año antes de la experiencia carcelaria, la noción de justicia que podemos hallar en algunos de sus poemas es bastante clara. Por un lado, algunos poemas muestran una idea de justicia como búsqueda de la correcta distribución de la riqueza, así lo expresa en «El pan nuestro», cuyos versos dicen:

El pan nuestro

Se bebe el desayuno... Húmeda tierra
de cementerio huele a sangre amada.
Ciudad de invierno... La mordaz cruzada
de una carreta que arrastrar parece
una emoción de ayuno encadenada!

Se quisiera tocar todas las puertas
y preguntar por no sé quién; y luego
ver a los pobres, y, llorando quedos,
dar pedacitos de pan fresco a todos
y saquear a los ricos sus viñedos
con las dos manos santas
que a un golpe de luz
volaron desclavadas de la Cruz!

Pestaña matinal, no os levantéis!
¡El pan nuestro de cada día dánoslo,
Señor...!

Todos mis huesos son ajenos;
yo tal vez los robé!
yo vine a darme lo que acaso estuvo
asignado para otro;
y pienso que, si no hubiera nacido,
otro pobre tomara este café!
Yo soy un mal ladrón... A dónde iré!

Y en esta hora fría, en que la tierra
trasciende a polvo humano y es tan triste,
quisiera yo tocar todas las puertas,
y suplicar a no sé quién, perdón,
y hacerle pedacitos de pan fresco
aquí, en el horno de mi corazón...! (Vallejo, 2012a, pp. 167-168).

Como se habrá podido notar, estos versos afirman la experiencia y la manifestación del sentimiento de justicia. Pero reparemos en el hecho de que el poema no solo muestra un contexto cargado de hambre, pobreza y carencia, sino que en este se desarrollan propuestas que intentan revertir esa situación a través de acciones que son lo suficientemente expresivas de la urgencia e intensidad con que se busca resolverla. Primero se apela al principio humano de la solidaridad, los versos nos lo hacen saber aludiendo a la acción de ir puerta por puerta solicitando apoyo para saciar el hambre de los pobres. En la misma línea de significado, el acto siguiente es una reacción contra la falta de solidaridad, es decir, frente al escaso apoyo para dar de comer al hambriento, lo que sigue es, lo expresan los versos, «saquear a los ricos». Es más, la falta de solidaridad y piedad frente al «ayuno» de los pobres desencadena en el poeta, que busca la justa redistribución de la riqueza, la culpa por sentir que en su condición de sujeto que no pasa carencia, no siente lo que los pobres y hambrientos sienten.

Efectivamente, es un poema que nos lleva a un terreno donde la abstracción jurídica y el cuerpo de doctrinas y posturas del derecho entran en contradicción, ya que estas son rebasadas o excedidas por la vida, por el drama y los hechos de carencia. Preguntémonos, en todo caso, si es que sancionamos a esta

persona que el poema nos presenta como aquel sujeto que apela a la solidaridad humana para proveer de alimentos a los que tienen hambre; díganme si es que juzgamos a este hombre que, al no hallar solidaridad y piedad de los que poseen riquezas, decide tomarlas para darlas al necesitado. Definitivamente, desde el campo de la administración de justicia, Vallejo no nos pone las cosas fáciles. Pero entendamos que tampoco quiere que desarticulemos todo el sistema legal y que la sociedad se abandone a la ley del más fuerte, la anarquía o la ley del talión.

Lo que propongo es que el poema «El pan nuestro» nos invita a replantear los elementos de juicio que se tiene cuando se toma una decisión jurídica en nombre de la justicia, pues no solo se trata de comprender la necesidad de buscar el equilibrio en la distribución de las riquezas, sino que sugiere también reconsiderar la relación entre la ley y la experiencia de vida en la idea de si esta la controla y reglamenta, o si es que existen situaciones donde la experiencia de vida exige que la ley reconsidere sus fundamentos para hallar la justicia.

En ese sentido, el título del poema más que una clave cristiana parece contener una exigencia social e histórica: el pan es de quien lo requiere, y el pobre lo espera. Para quienes legislan, tipifican y clasifican los delitos, el llamado es contundente; estos deben reconsiderar no solo la normativa judicial, sino también la realidad que demanda justicia. Los versos finales nos indican que la conciencia y la búsqueda de justicia están del lado del poeta y en la poesía que la hace visible, al margen queda el acto delictivo. De esta manera, el replanteamiento y la invitación a repensar en los fundamentos de la ley y la búsqueda de justicia no se hacen para desarticular el sistema jurídico. Por el contrario, sostengo que, en su desafío jurídico, el poema trata de imaginar un sistema más acorde a los hechos de la existencia y a la experiencia de vida.

Esta manera de formular, desde el poema, el tema de la justa distribución de las riquezas se complementa con otro en el que el poeta escenifica de manera muy sintética la histórica injusticia

que se cierne sobre la población indígena. Los poemas «Nostalgias imperiales», «Terceto autóctono», «Mayo», «Aldeana» y «La cena miserable» pueden ayudarnos a reconstruir la percepción del poeta respecto a la recurrente historia de postergación de los pobladores de los Andes. El poema «Nostalgias imperiales» nos propone la evocación del Imperio inca a través de la alusión de un conjunto de elementos como «bloque pre-incaico», «trovadores incaicos», «Manco Cápac» y, sobre todo, mediante la simbolización de los «bueyes» que marchan «como viejos curacas». La referencia a estos componentes de la historia cultural prehispánica se hace para examinar su situación actual. Es decir, para responder la pregunta: si el pasado fue así, ¿cómo es hoy?, es decir, en las dos primeras décadas del siglo XX. Para ello es que, en el poema, el pasado se intersecta con el presente a través de la referencia a la ciudad de «Trujillo». Esta confluencia de tiempos permite presentar una reflexión sobre el devenir del tiempo y la transformación de las leyes. Expresa el poeta:

En el muro de pie, *pienso en las leyes*
 que la dicha y la angustia *van trocando*;
 ya en las viudas pupilas de los bueyes
 se pudren sueños que no tienen cuándo (Vallejo, 2012a, p. 136;
 nuestras cursivas).

Comentábamos que el poema nos propone entender como símil «bueyes» y «curacas». Esta asociación se hace más expresiva cuando, tras leer estos versos, notamos que la intersección del presente y del pasado destaca que la ley y la justicia aún no logran favorecer a la población indígena, que desde el pasado y hasta el presente continúa en una situación de espera y amarga resignación porque sus «sueños» de justicia no tienen cuándo realizarse. El poema se inicia con un sentimiento nostálgico del pasado inspirado por la puesta del sol: «En los paisajes de Mansiche labra / imperiales nostalgias el crepúsculo; y lábrase la raza en mi palabra» (Vallejo, 2012a, p. 133), y el término de este plantea una ausencia de reparación o de justicia, por ello se ve de

manera simbólica a «Un viejo corequenque desterrado» (p. 137). Como lo podemos evidenciar, a través de este poema, Vallejo está revisando el curso de la historia del poblador de los Andes para constatar la carencia de justicia.

Recuerden que los poemas comentados son anteriores a la experiencia carcelaria de Vallejo. Tengan presente también que buena parte de los poemas que componen *Trilce* (1922) y el libro de relatos *Escalas* (1923) se gestaron y fueron escritos en prisión, es decir, padeciendo en cuerpo y alma la injusticia. Observen estos hechos, puesto que el primero de ellos nos hará comprender que la experiencia vital de Vallejo le hace concebir y reflexionar sobre la justicia desde diversos ángulos; y el segundo nos hará entender que, tras la experiencia carcelaria, Vallejo problematiza la cuestión de la justicia. El poema XVIII de *Trilce* dice lo siguiente:

Oh las cuatro paredes de la celda.
Ah las cuatro paredes albicantes
que sin remedio dan al mismo número.

Criadero de nervios, mala brecha,
por sus cuatro rincones cómo arranca
las diarias aherrojadas extremidades.

Amorosa llavera de innumerables llaves,
si estuvieras aquí, si vieras hasta
qué hora son cuatro estas paredes.
Contra ellas seríamos contigo, los dos,
más dos que nunca. Y ni lloraras,
di, libertadora!
Ah las paredes de la celda.
De ellas me duele entretanto, más
las dos largas que tienen esta noche
algo de madres que ya muertas
llevan por bromurados declives,
a un niño de la mano cada una.

Y sólo yo me voy quedando,
con la diestra, que hace por ambas manos,
en alto, en busca de terciario brazo
que ha de pupilar, entre mi dónde y mi cuándo,
esta mayoría inválida de hombre (Vallejo, 2012a, pp. 247-248).

El poema es hermético. No pretendo desmenuzarlo hasta los últimos detalles. Por ahora, y en la línea de la reflexión que vengo desarrollando, me interesa destacar que establece una ecuación entre la reducción del espacio y el inicio del aniquilamiento del ser. Lo que nos estaría proponiendo Vallejo es entender que la experiencia de privación de la libertad, ese día a día en el encierro, es la escenificación del progresivo deterioro de la condición humana, por ello los versos nos hablan del cuerpo encadenado, castigado, y del espíritu atravesado por un profundo dolor y una amarga soledad. Pero el poeta encuentra en ese límite de paredes y barrotes fríos, y en clave poética, a la «amorosa llavera» y al «terciario brazo» de la imaginación y la poesía, que luchan contra esa condena. Y es el ejercicio de esa libertad, el vivir en libertad imaginativa, acaso, lo que permite comprender una línea de lectura del poema LVIII de *Trilce*, en el que los tiernos recuerdos de la infancia se entrecruzan con la crudeza penitenciaria. Veamos el poema:

En la celda, en lo sólido, también
se acurrucan los rincones.

Arreglo los desnudos que se ajan,
se doblan, se harapan.

Apéome del caballo jadeante, bufando
líneas de bofetadas y de horizontes;
espumoso pie contra tres cascos.
Y le ayudo: Anda, animal!

Se tomaría menos, siempre menos, de lo
que me tocase erogar,
en la celda, en lo líquido.

El compañero de prisión comía el trigo
de las lomas, con mi propia cuchara,
cuando, a la mesa de mis padres, niño,
me quedaba dormido masticando.

Le soplo al otro:
Vuelve, sal por la otra esquina;
apura... aprisa,... apronta!

E inadvertido aduzco, planeo,
cabe camastro desvencijado, piadoso:
No creas. Aquel médico era un hombre sano.

Ya no reiré cuando mi madre rece
en infancia y en domingo, a las cuatro
de la madrugada, por los caminantes,
encarcelados,
enfermos
y pobres.

En el redil de niños, ya no le asestaré
puñetazos a ninguno de ellos, quien, después,
todavía sangrando, lloraría: El otro sábado
te daré de mi fiambre, pero
no me pegues!
Ya no le diré que bueno.

En la celda, en el gas ilimitado
hasta redondearse en la condensación,
¿quién tropieza por afuera? (Vallejo, 2012a, pp. 321-322).

Los versos son disparadores de reflexión poética, Vallejo nos lo está proponiendo de esa forma. La presencia de la celda, los presos y las condiciones de supervivencia, entrecruzadas con imágenes tiernas sobre recuerdos de la cotidianidad familiar, sobre todo para reconocer que si en un tiempo se imaginó imposible caer en prisión, y por ello su burla ante los rezos de su madre, la experiencia actual de la cárcel le hará decir, lo acabamos de leer: «Ya no reiré cuando mi madre rece / en infancia y en domingo, a las cuatro / de la madrugada, por los caminantes, /

encarcelados, / enfermos / y pobres». Sospecho que cuando Vallejo coloca en rango de proximidad a sujetos «encarcelados», «enfermos» y «pobres», lo hace para sugerir que comparten no solo la condición de abandono y carencia (de libertad, salud y dinero), sino también, y cada uno de modo singular, experimenta el progresivo deterioro de la condición humana.

Decíamos que el libro de relatos *Escalas* también proponía reflexiones sobre la justicia, tras la experiencia carcelaria en algunos relatos como «Muro noroeste», «Muro dobleancho» y «Liberación». Comentemos este último, «Liberación», que desde sus primeras líneas presenta la reflexión sobre la prisión como espacio habitado por inocentes como por los culpables de los crímenes. Veamos, a continuación, un pasaje donde el narrador dialoga con un recluso:

El jefe de ellos es un penitenciado, un *bueno, como lo son todos los delincuentes del mundo*. Joven, inteligente, muy cortés, Solís, que así se llama el preso, pronto ha hecho grandes inteligencias conmigo, y hame referido su caso, hame expuesto sus quejas, su dolor.

—De los quinientos presos que hay aquí —afirma—, apenas alcanzarán a una tercera parte *quienes merezcan ser penados de esta manera*. Los demás no; *los demás son quizás tan o más morales que los propios jueces que los condenaron*.

Arcenan sus ojos el ribete de no sé qué platillo invisible, y su amargura. *¡La eterna injusticia!* (Vallejo, 2012b, p. 93; nuestras cursivas).

Se trata de un recluso conversando con el narrador-personaje, así que sus palabras hay que tomarlas muy cautamente. Es evidente que las cosas no marchan bien, no solo porque según el relato algunos de los presos son inocentes. Esta suerte de diagnóstico narrativo no puede pasarse por alto, puesto que es una de las denuncias literarias más directas que existe en los cuentos de Vallejo, y que, insisto, se explican tras su experiencia carcelaria producto de la injusticia. No obstante, cuando se realiza esta crítica directa a la administración de justicia, se introducen

también los correctivos de las decisiones institucionales equívocas. Leemos más adelante: «¿No recuerda usted? Soy Lozano. Usted estuvo en la cárcel de Trujillo cuando yo también estuve en ella. Supe que *le absolvió el Tribunal* y tuve mucho gusto» (Vallejo, 2012b, p. 93; nuestras cursivas).

Como este pasaje narrativo existen varios en todo el relato. Lo que estos muestran es a una administración de justicia corrigiendo sus equivocaciones, es decir, procediendo con justicia donde se aplicó injustamente la ley. Por ello, deducimos que si el reo fue absuelto, es porque nunca tuvo responsabilidad directa o indirecta en la acusación que lo condujo a prisión. Lo que intuyo es que Vallejo trata de sugerir una suerte de replanteamiento de los condicionantes legales según los cuales se priva de la libertad a una persona. Pero este ejemplo es uno que tiene un final más o menos feliz. Otro es el desenlace de la historia de un presidiario llamado Palomino. Leamos, a continuación, cómo se le presenta:

—Palomino era *un hombre bueno*. Sucedió que se vio estafado en forma cínica e insultante por un avezado a tales latrocinios, a quien, *por ser de la alta sociedad, nunca le castigaron los tribunales*. Viéndose conducido, de este modo, a la miseria, y a raíz de un violento altercado entre ambos, sobrevino lo inesperado: un disparo, el muerto, el panóptico (Vallejo, 2012b, p. 94; nuestras cursivas).

Se habrá advertido que los personajes que sufren prisión son presentados como hombres buenos, sujetos cuyas virtudes no están en entredicho, pues viven bien en sociedad. El sentido que produce este detalle es afianzar más la idea de que se trata de inocentes cuya experiencia en la cárcel pudo evitarse. Cada vez que releo estos relatos, sobre todo el que comento, estoy más convencido de que Vallejo propone una idea respecto a que para algunos casos de privación de la libertad, debiera tenerse en cuenta el pasado del hombre a quien se enviará a prisión. Recordemos en este punto su experiencia como brillante estudiante de jurisprudencia y pensemos también en las calumnias que lo

condujeron a la cárcel. Creemos, por ello, que en «Liberación» se insiste en que Palomino es un buen hombre que tiene una familia a la que también arrastra con su condena. Si vemos el caso en perspectiva, la injusticia no solo es con él, sino también con la familia, a la que también le toca vivir, como expresa el narrador, «quince años de penitenciaría» (p. 95) y una «ruina clamorosa» (p. 95). Y como para sentenciar la percepción de esta suerte de escuela del mundo al revés, expresa el personaje: «Ahí tiene usted —añade—. Aquel hombre era una *víctima inocente* de la mala *organización de la justicia*» (Vallejo, 2012b, p. 94; nuestras cursivas).

Si por organización entendemos un sistema que compromete diversas instancias con atribuciones y responsabilidades, el diagnóstico es preocupante, más todavía cuando el caso de este personaje llamado Palomino termina así: «Vino un hijo suyo a noticiar a su padre habérsele concedido el *indulto*, y ya no le encontré» (Vallejo, 2012b, p. 101).

La visión no es pesimista. Vallejo cree en los correctivos, cree en que la justicia puede tardar. Atiéndase a los correctivos: en el anterior reo la figura fue la absolución, en este el indulto. Si bien ambos procedimientos son completamente distintos, pues en uno se reconoce la inocencia y en el otro más bien se procede a conceder una suerte de gracia o perdón por enfermedad terminal, buena conducta, etc., fuese como fuese el caso, estos hechos que presenta el relato son síntomas de que aquellos reos no merecían la prisión. Cada vez que el narrador nos hace saber que estos personajes son inocentes, obviamente nos preguntamos ¿y qué hacen reclusos? Se trata probablemente de la misma pregunta que entre 1920 y 1921 se hicieron no solo los amigos trujillanos de Vallejo, sino también los intelectuales y artistas del Perú que se sumaron a la cruzada para lograr su excarcelación. Vallejo vierte en varios de los relatos que componen *Escalas* aquellas meditaciones sobre cómo se debería proceder con el acusado a quien se indica como culpable de un delito sin reunir pruebas o sin evaluar su pasado como ser humano que vive pacíficamente

en sociedad; son relatos bastante críticos, pero también creyentes de que la justicia tarda, pero siempre llega.

Y así fue. Con nuestro eximio poeta César Vallejo la justicia tardó, pero llegó. El año 2007, cuando ejercía el cargo de presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el Poder Judicial realizó un desagravio al poeta. El 14 de noviembre de 2007, en el auditorio César Vallejo de la Universidad Nacional de Trujillo, se inauguró la muestra «Desagravio a Vallejo, de juez a injusto reo», ceremonia en la que tras ochenta y seis años la justicia declaró públicamente la inocencia de Vallejo. Además, mediante la Resolución Administrativa n.º 259-2007-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial resolvió reconocer

la labor desempeñada por don César Abraham Vallejo Mendoza, en el cargo de Juez de Paz de Primera Nominación del Distrito y Provincia de Trujillo, Departamento de La Libertad; otorgándose en forma simbólica y póstuma, la medalla distintiva de Juez de Paz (artículo 1.º).

Insisto en que no se trata solo de reflexionar sobre la cultura literaria del derecho, sino también se debe pensar e investigar sobre la cultura jurídica que poseen y vierten los escritores en sus obras literarias. De hecho, la literatura es un escenario privilegiado para poder evaluar la percepción que se tiene sobre la sociedad, sus instituciones y los problemas que las aquejan. Acaso por ello es que buena parte de las humanidades recurren a los cuentos, las novelas, los poemas, los dramas y los ensayos para comprender alguna problemática en particular sobre pobreza, migración, marginalidad, racismo, discriminación, fundamentalismo, corrupción, justicia, salud y otras cuestiones de orden intercultural y de inclusión. La bibliografía especializada al respecto, en las últimas dos décadas, ha experimentado una creciente producción, sobre todo en la línea que desarrolla el diálogo interdisciplinario entre el vastísimo campo de las artes y el campo del derecho.

Agregaré además que de la vida y de la obra de estos dos jueces y escritores peruanos podemos esbozar algunos requisitos fundamentales de todo buen juez, que son: una sólida formación jurídica, ética y moral; una gran sensibilidad, que deviene de cultivar el arte en cualquiera de sus expresiones, la pintura, la escultura, la literatura, la música (la música es también poesía); considero que la práctica del arte en cualquiera de sus expresiones es manifestación de sensibilidad, y esto contribuye a la formación integral del profesional. No se puede concebir un abogado o un notario sin sensibilidad, y menos un juez, en cuyas manos está la altísima, sublime y también incomprendida tarea de impartir justicia.

Culmino este artículo recordándoles las palabras de Vallejo. Probablemente, cuando las escribía, pensaba en el monstruo de la injusticia, contra este, por tanto: «Hay, hermanos, muchísimo que hacer».

REFERENCIAS

- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2007). Resolución Administrativa n.º 259-2007-CE- PJ. Trujillo: 13 de noviembre de 2007.
- Culquichicón, Y. (1995). César A. Vallejo, alumno universitario. *Revista Norte*, (2), 48-53.
- Escajadillo, T. (1972). *La narrativa de López Albújar*. CONUP.
- Estuardo Cornejo, R. (1961). *López Albújar, narrador de América: trayectoria vital*. Anaya.
- López Albújar, E. (2018). *Narrativa. Obras completas* (t. 1, 2 vols.). Fondo Editorial del Poder Judicial.
- López Albújar, E. (2019). *Poesía. Obras completas* (t. 2). Fondo Editorial del Poder Judicial.

- Spelucín, A. (1963). Contribución al conocimiento de César Vallejo y las primeras etapas de su evolución poética. *Aula Vallejo*, (2-3-4), 29-104.
- Vallejo, C. (2011). *Correspondencia completa* (J. Cabel, ed.). Pre-Textos.
- Vallejo, C. (2012a). *Poesía completa* (nueva edición aumentada y corregida). Petróleos del Perú.
- Vallejo, C. (2012b). *Narrativa completa* (nueva edición aumentada y corregida). Petróleos del Perú.
- Vega, R. (2017). *Enrique López Albújar: juez reformador del derecho penal*. Universidad Nacional Hermilio Valdizán.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.u11n11.4183

LA REPRESENTACIÓN DEL JUEZ EN EL CUENTO «EL CASO DE JULIO ZIMENS» DE ENRIQUE LÓPEZ ALBÚJAR

The performance of the judge in the short story
«El caso de Julio Zimens» by Enrique López Albújar

GLADYS FLORES HEREDIA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

gladys.floresh@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

RESUMEN

Hace más de un siglo, el escritor peruano Enrique López Albújar publicó el libro *Cuentos andinos* (1920), un conjunto de diez relatos protagonizados generalmente por personajes indígenas, y que tienen como espacio narrativo el mundo andino. La crítica literaria ha destacado el carácter fundacional de este libro de cuentos, puesto que representa, por vez primera, al personaje de los Andes llamado el indio. La lectura que proponemos no pretende ahondar en el debate sobre si el indio que representó López Albújar es o no verdadero, es o no criminal; por el contrario, nuestra atención está centrada en el estudio de la representación que se hace de la figura del juez en el cuento «El caso de Julio Zimens». Describiremos y explicaremos cuáles son las reflexiones que se realizan a propósito del juez, la administración de justicia y sus paradojas.

Palabras clave: Enrique López Albújar; narrativa peruana; juez; derecho; literatura.

Términos de indización: derecho; literatura; jurista; administración de justicia (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

More than a century ago, the Peruvian writer Enrique López Albújar published the book *Cuentos andinos* (1920), a collection of ten stories generally protagonized by indigenous characters, and which have the Andean world as their narrative space. Literary critics have emphasized the foundational character of this book of stories, since it represents, for the first time, the Andean character called: The Indio. This text does not intend to discuss whether the Indian represented by López Albújar is or is not true, is or is not a criminal; but, on the contrary, our attention is focused on the study of the representation of the figure of the judge in the story «The Case of Julio Zimens». We will describe and explain our thoughts on the judge, the judicial system, and its paradoxes.

Key words: Enrique López Albújar; Peruvian narrative; judge; law; literature.

Indexing terms: law; literature; lawyers; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/01/2022

Revisado: 31/03/2022

Aceptado: 13/05/2022

Publicado en línea: 29/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: La autora declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Para el escritor Ítalo Calvino (1923-1985), autor del libro *Por qué leer a los clásicos* (1992), existen algunos rasgos que podrían ayudar a identificar cuándo un libro de narrativa, poesía, teatro o ensayo es un clásico: «un clásico es una obra que nunca termina de decir lo que tiene que decir» (p. 9). Esta suerte de enunciado sobre los clásicos como obras abiertas quiere decir que

se trata de textos constantemente releídos, textos que en cada relectura develan una parte del cosmos de significaciones que contienen; son clásicos no porque nos enseñan algo necesariamente desconocido, sino porque nos hacen descubrir que en ellos estaba contenido algo que siempre habíamos sabido. Hace más de un siglo Enrique López Albújar (Chiclayo, 1872-Lima, 1966) publicó sus *Cuentos andinos* (1920), sin presagiar, seguramente, que el paso del tiempo convertiría su libro en todo un clásico de la literatura peruana, y no porque se haya traducido al inglés, al francés y al alemán o porque se imprimieron más de dos decenas de ediciones, sino más bien porque —Calvino *dixit*— es una obra que está releyéndose constantemente. Tenemos una muestra de ello en tres estudios analíticos. Dos de estos pertenecen a los magistrados Francisco Távara Córdova y Duberlí Rodríguez Tineo. Y el tercero al investigador Yuri Vilchez. Los estudios de Távara y Rodríguez contribuyen a analizar la faceta jurídica y literaria del escritor. El primero titula su presentación: «Enrique López Albújar: magistrado y literato», y el segundo titula su introducción: «López Albújar como juez de la independencia judicial». Ambas aproximaciones analítico-reflexivas acompañan la edición de dos volúmenes de la *Narrativa completa* (2018) del autor, y forman parte de los cinco tomos de las obras completas que publicó el Fondo Editorial del Poder Judicial en su Colección Derecho y Literatura. La tercera muestra de que estamos frente a un clásico de la literatura peruana es la tesis sustentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: *El modernismo en la configuración del sujeto indígena en Cuentos andinos de Enrique López Albújar* (2021).

Cuentos andinos se compone de diez relatos memorables. La historia que circunda su génesis ha sido referida por el propio autor en sus *Memorias* (1963). Sin pretender repetirla, la sintetizamos en algunos hechos nucleares. Primero: Enrique López Albújar, en su calidad de juez de primera instancia en Huánuco, emite una sentencia para resolver un caso de doble adulterio. Segundo: la Corte Suprema procede a suspenderlo del ejercicio de sus funciones por tres meses (1918-1919). Tercero: Enrique

López Albújar se «refugia» en la hacienda de su amigo Adolfo Cavallié, donde inicia un proyecto que tenía en mente, escribir un libro de relatos que luego titularía *Cuentos andinos*. Precisemos que, para 1919, López Albújar ya se había hecho conocido en el ambiente periodístico y literario limeño, así también ya tenía definido un estilo sarcástico y crítico en sus crónicas, sus artículos y sus poemas, algunos de los cuales le hicieron merecer castigo y prisión. Así que cuando asume la empresa intelectual de escribir su libro de cuentos no es de ninguna manera una decisión azarosa. De hecho, en la dedicatoria que acompaña la primera edición del cuentario, se entrecruzan dos significativas líneas reflexivas: una discurre por el campo literario y la otra por el campo jurídico. Ambas están entrelazadas y son complementarias en cuanto a su semántica contextual. La que se desarrolla por el derrotero creativo hace saber que los cuentos que conforman el libro fueron compuestos en un estado espiritual de desengaño profesional, esto es, cuando la suspensión de la que se hizo merecedor lo sumió en un estado espiritual de dolor; así lo manifiesta desde las primeras palabras:

Hijos míos:

Estos cuentos fueron escritos en horas de dolor. Un grito de rebeldía de mi conciencia puso mi corazón en el engranaje de la disciplina judicial y durante noventa días tuve que soportar el suplicio de la trituración y el asqueroso gesto de malicia con que las gentes ven siempre a los que yerran o caen (López Albújar, 2018, p. 21).

La imagen expresa con claridad la sinceridad y la indignación que siente el autor; disposición del espíritu que probablemente le hubiese conducido, como él mismo precisa, a escribir ruda y amargamente sobre «los esbirros» que persiguen y sancionan a quienes imparten justicia humanamente (pp. 21-22), pero como contraparte de esta noche oscura de los afectos profesionales, López Albújar (2018) halla en la escritura literaria el bálsamo para su desazón y se lo comenta a sus hijos:

Sobre este punto podría escribiros un libro: quizá sí debí escribirlo en los amargos días de la suspensión, pero me pareció mejor hacer destilar un poco de miel a mi corazón en vez de acíbar; entregarme a las gratas y ennoblecedoras fruiciones del arte y no a los arrebatos de la pasión y del desengaño (p. 22).

Es evidente que la escritura literaria adquiere una carga de valor catártica, ello en el sentido de que libera al autor de aquellas fuerzas negativas del carácter que él mismo conceptúa como «arrebatos de la pasión», y que podrían empujarlo a cometer acciones que quizás agravarían su situación de juez suspendido. En ese sentido, lo citado escenifica, para los destinatarios de la dedicatoria, la importancia de la deliberación como momento reflexivo donde se decide qué acción es la más correcta para el bienestar espiritual porque se procede buscando justicia; pero también se trata, para los lectores, de un pasaje que informa sobre la dimensión de goce con que se asume el quehacer escritural. Agrega López Albújar (2018):

he venido a hablar en este libro de los hombres y de las cosas en cuyo medio vivo realizando obra de amor y de bien. Verdad es que he puesto en él mucho de sombrío y de trágico, pero es que el medio en que todo aquello se mueve es así, hijos míos, y yo no he querido inventar, sino volcar en sus páginas cierta faz de la vida de una raza, que, si hoy parece ser nuestra vergüenza, ayer fue nuestra gloria y mañana tal vez sea nuestra salvación (p. 22).

Este segmento territorializa el enunciado y la experiencia del autor vinculados con el quehacer literario. Dicho de otro modo: el autor está precisando que su libro de cuentos toma de la realidad los materiales sociohistóricos y culturales para componer sus historias. Insiste en que no se trata de una invención o lo que podríamos denominar con un término al uso: no se trata de una ficción propiamente dicha, sino de historias tomadas del contexto social y cultural en que se desempeñó como juez. Y no son historias sin más. Estas tienen como protagonista al poblador indígena.

La otra línea reflexiva que complementa esta orientación literaria es la que presenta ideas sobre el ámbito jurídico, específicamente a raíz de la suspensión que recibió tras la sentencia que emitió como juez. López Albújar busca explicar a sus hijos, a quienes dedica el libro, que la sanción que se le impuso no fue por un hecho de corrupción o por infringir alguna norma ética en su calidad de juez; recibe el castigo, más bien, porque decidió impartir justicia teniendo en cuenta el sentido común más que el apego a los códigos, y porque su razonamiento como ser humano le indicaba que la normativa y los códigos deberían ajustarse a los problemas prácticos de la vida misma y no al revés. Sus palabras son claras al respecto: «Preferí ser hombre a ser juez. Preferí desdoblarme para dejar a un lado al juez y hacer que el hombre con solo un poco de humanismo salvara los fueros del ideal» (López Albújar, 2018, p. 21). Detengámonos en comentar este enunciado, pues presenta la posición crítica del autor respecto al quehacer administrativo de justicia: en oposición a una gestión automatizada y mecánica, apegada a la letra y muy lejos de imaginar y reconstruir empáticamente el hecho, el literato y hombre de leyes contrapone una suerte de humanismo jurídico según el que se considera la práctica de gestión de justicia necesariamente enmarcada en su dimensión histórica, cultural, social y emotiva. El centro de la deliberación jurídica es el ser humano y sus circunstancias. Pero el enunciado distingue también entre el «hombre» y el «juez». El primero más próximo a la cotidianidad de la existencia y la empatía, ¿acaso más capacitado para comprender los esplendores y las miserias de la vida?, y el segundo como que alejado de ella. Se trata de una reflexión frecuente en la obra de López Albújar sobre el lugar de quienes están detrás de la administración de justicia. En su libro *Caprichos literarios* (1930), por ejemplo, hallamos el siguiente pasaje:

La magistratura no es, como muchos creen, aislamiento, cenobitismo o estilitismo. Esa es una falsa creencia engendrada por magistrados de criterio fetichista que se imaginan que excluyéndose de la circulación social y del contacto gregario y subiéndose a lo que ellos toman por una cima, logran alcanzar así la

estimación y la respetabilidad que no lograrían de otro modo. Pero lo que en realidad consiguen es un falso concepto de la vida, una oxidación del pensamiento (López Albújar, 2019, p. 108).

La crítica está centrada en la actitud que tienen los magistrados. Una postura sobre la vida fundamentada en el alejamiento o la exclusión del prójimo o los demás. Para el hombre de leyes y letras esta distancia produciría una pérdida de captación del sentido humano y social de la impartición de justicia. Y, ciertamente, sería una actitud que lo alejaría de la comprensión del sentido del derecho. Si el magistrado se imagina como ajeno al grupo social, como habitante de una ínsula extraña, será más propenso a omitir, en su trabajo de impartir justicia, las condiciones histórico-sociales y culturales de los casos sobre los cuales tendrá que sentenciar. López Albújar no necesita escribir como González Prada, pero como él, está señalando con la imagen de la «oxidación» no solo la pérdida del brío y la vitalidad del pensamiento por presencia de la herrumbre antipática, sino, y sobre todo, la iniciación o la culminación de un proceso crítico: el de la descomposición y podredumbre del pensamiento que no piensa, que no se sensibiliza, ni se afecta con la presencia del otro. Se entiende por ello su insistencia en la necesidad de la formación de la dimensión humana o empática del juez; y acaso también su énfasis para que sus hijos comprendan que incluso la ley puede ser injusta, y cuando se la advierte, la única acción es la de hacer prevalecer el sentido humano de impartir justicia. Así las cosas, les dice:

Tal vez os parezca extraño mañana, cuando os deis cuenta de mi aventura, que un juez tenga corazón. Parece que la ley, mejor dicho, nuestra ley, no permite esta clase de entrañas en los encargados de aplicarla. Y es que la ley tiene encima otra ley, más fuerte y más inexorable que ella: la rutina, y esta un fiscal, un inquisidor, prontos a entregarla a los esbirros de la transgresión: el precedente (López Albújar, 2018, p. 21).

Se trata de palabras escritas en la segunda década del siglo XX (1920). Remarco este dato temporal puesto que el autor realiza una distinción que contemporáneamente formulan quienes exigen introducir el componente cognitivo de las emociones en prácticas de gestión y administración de justicia tanto como en las políticas públicas. La filósofa estadounidense Martha Nussbaum (1947) lo ha propuesto sistemáticamente en dos textos clave, entre algunos otros, *La justicia poética* (1997) y *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* (2014). Recordemos que en el primero de sus textos precisaba que las emociones son necesarias para adquirir una perspectiva completa de los asuntos humanos, pues el «intelecto sin emociones es, por así decirlo, ciego» (Nussbaum, 1997, p. 102); y en el segundo sostenía que «Todas las sociedades, pues, tienen que pensar en sentimientos como la compasión ante la pérdida, la indignación ante la injusticia, o la limitación de la envidia y el asco en aras de una simpatía inclusiva» (Nussbaum, 2014, p. 15). Cuando López Albújar critica el sistema judicial que lo sanciona suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones temporalmente, apunta tanto hacia esa insuficiencia de fundamento emotivo expresado en el juez insensible, antipático y enceguecido por demasiada luz racionalista, como hacia la ley y el sistema que la posibilitan. Por ello, la oposición implícita que se deriva del enunciado: «la ley tiene encima otra ley» nos habla no solo de una jerarquía violenta, sino de la existencia de dos formas de concebir la ley: una ley-injusta y otra ley-justa. Si seguimos la reflexión a manera de epístola, López Albújar precisará que la primera tiene todo un sistema deliberativo-formal rutinario y mecánico que aplasta y tritura lo humano, es el sistema que lo sancionó; y la segunda, como contracorriente, sería más bien la que él impulsa: la búsqueda de la justicia fundamentada en una racionalidad jurídico-afectiva, y no reñida con la anterior, sino más bien como la que busca enriquecer lo jurídico instrumental mediante el potencial epistemológico de las emociones para administrar y dar justicia. No lo expresa de este modo, pero no lo necesita, pues lo que implícitamente realiza es un llamado de alerta en las primeras décadas del siglo XX en el Perú

respecto al riesgo de aplicar la ley, y que, al hacerlo, se proceda injustamente. El autor de *Cuentos andinos* parece decirnos que una ley extremadamente injusta no es una ley.

Lo que explicaremos en este artículo son las reflexiones que López Albújar presenta en uno de los clásicos relatos que integran sus *Cuentos andinos*, nos referimos a «El caso de Julio Zimens». Buscamos dilucidar qué propone en términos de reflexión sobre el quehacer del juez y la idea de administración de justicia. Sostenemos que, en este cuento, el autor coloca como personaje a un juez que cumple la función de narrador cuyas certezas sobre el ejercicio de la administración de justicia, certezas jurídico-técnicas, se transformarán luego de conocer el caso del personaje Julio Zimens.

2. LA REPRESENTACIÓN DEL JUEZ EN EL CUENTO «EL CASO DE JULIO ZIMENS»

Cuentos andinos se compone de una decena de relatos entre los que destacan «Los tres jircas», «La soberbia del piojo», «El campeón de la muerte», «Ushanan-jampi», «El caso de Julio Zimens», «Cachorro de tigre» y «Cómo habla la coca». Uno de los principales estudiosos de la narrativa indigenista es Tomás Escajadillo (1939), quien refiriéndose al cuentario de López Albújar, lo posiciona en un privilegiado lugar por ser fundacional y ofrecer la «primera visión del indio de carne y hueso en nuestra literatura» (2010, p. 448). Y si bien es cierto que en «El caso de Julio Zimens» existen alusiones directas a lo indígena, nuestra atención se centra en la representación que se hace del juez-narrador y lo que se pone en juego en ese momento.

«El caso de Julio Zimens» posee tres partes divididas con números romanos. La estructura del título revela que se trata de un cuento que pone en escena la presentación de un «caso judicial». De hecho, se organiza fundamentalmente como un prolongado diálogo entre el narrador-personaje, de quien sabemos que es un «juez de provincia», y su interlocutora, la señora Linares. La

estructura narrativa dialogada distribuye las funciones de cada participante. Ella será quien pregunte sobre los casos más sonados. Él será quien responda. La distribución del cuento en tres partes no es gratuita. Esta obedece al hecho de que cada una presenta núcleos narrativos y temáticos que se articulan en una estructura mayor. La primera parte se organiza en función de la reflexión sobre la criminalidad. Las ideas que se exponen sobre qué es significativo y qué repetitivo en el proceder criminal servirán de corolario para la inserción, en la segunda parte, de «El caso de Julio Zimens»; mientras que la tercera parte servirá para exponer la conclusión sobre la compleja tarea de impartir justicia. La explicación que realizaremos seguirá este orden.

Mientras que la interlocutora pregunta por los casos de «asesinato», «descuartizamiento» y «estrangulamiento», según ella, los más interesantes y sensacionales, el juez le hace observar que para quienes están del lado de la ley, estos hechos atroces con su ritualidad sangrienta no conmocionan su razón, pues al igual que «los médicos», «los jueces» han logrado anestesiar el «sentimiento» de afectación (López Albújar, 2018, p. 94). Destaquemos este signo distintivo con el que se autorrepresenta el juez. De hecho, es el estado de certeza profesional y funcional con el que inicia su relato sobre el caso Zimens. Refiriéndose a este tipo de distancia y apatía jurídico-positivista en quienes administran e imparten justicia, Nussbaum (1997) dirá que algunos son jueces que cultivan «el distanciamiento escéptico» y otros son jueces que prefieren «una activa distancia», detalles más, detalles menos, ambos son partidarios funcionales de la «neutralidad judicial» (p. 118). Y si lo recordamos, es la clase de neutralidad que también ha cuestionado López Albújar porque reduce el quehacer del juez a la aplicación automática de la ley; en oposición, exigía una suerte de humanismo jurídico, esto es, la práctica de la gestión de justicia necesariamente enmarcada en su dimensión histórica, cultural, social y emotiva, la cual explicamos en la primera parte. No adelantaremos mucho. Por lo pronto, relívese esta caracterización tensa toda vez que el proceso de presentación del caso Zimens producirá efectos en el juez.

Pero si aquellos casos de criminalidad no llaman su atención, ¿qué es lo que le atrae? Su interés lo acaparará el personaje Julio Zimens, quien busca justicia cansado de vivir y sufrir por los reveses de la vida. Para el juez, este caso es doblemente original. Así se lo explica a su interlocutora: «Es que la originalidad de mi caso no está en el hecho mismo sino en el autor del hecho. Desde este punto de vista podría decir que el caso tiene dos originalidades: un antecedente y otra consiguiente» (López Albújar, 2018, p. 94). En este punto es necesario preguntarnos ¿cómo se presenta la figura del juez que cumple el rol de narrador? Por un lado, con un identificador profesional-geográfico: juez de provincia; y, por otro lado, como quien no se inquieta con casos comunes y repetitivos de asesinato o criminalidad, sino que le interesa el caso original de un hombre que busca justicia. Surgen las preguntas: ¿y quién es este hombre llamado Julio Zimens? ¿Y por qué su búsqueda de justicia llama la atención del juez?

En términos cuantitativos, la segunda parte del cuento es mayor. Y lo es puesto que en ella el juez presenta explicativamente la doble originalidad del caso Zimens. El primer rasgo de originalidad se sustenta en el hecho de es un personaje foráneo cuyos atributos de belleza y perfección conmueven a Huánuco, escenario donde se desarrollan los sucesos. La narración del juez insiste en que se trata de un personaje cuya belleza era la de un «Apolo germano»: «alto, fornido, esbelto, hermoso, virilmente hermoso. Un dolococéfalo de cabellos ensortijados y blondos, como libra de oro» (López Albújar, 2018, p. 95). Estas cualidades físicas imantadas de belleza, en lugar de ser aprovechadas para hacerse de los afectos femeninos, le resultaban desdeñosas e indiferentes a Zimens, y si bien —relata el juez— veían al personaje como un inconquistable, para sorpresa de todos desposa a una mujer indígena que vivía en el campo: «¡Qué mujer la que había ido a escoger Zimens a la montaña, válgame Dios! ¡A la Martina Pinquiray! Una india que no tenía más mérito que una carita aceptable» (López Albújar, 2018, p. 96).

Se debe destacar que la presentación del personaje sigue la lógica de la contradicción. Es decir, las acciones del personaje Zimens no son como todos quisieran que fuesen. Su matrimonio tampoco fue uno feliz. Según el juez porque la «disparidad de puntos de vista» era absoluta. Zimens tenía una serie de teorías, conceptos filosóficos, reflexión, refinamiento y elegancia, en cambio ella poseía un alma inculta y primitiva. La primera singularidad del caso radica en este hecho: en que pudiendo establecerse en cualquier capital del mundo, el personaje elige Huánuco; pudiendo elegir y desposar a cualquier mujer huanuqueña de la ciudad y de condición letrada, elige a una indígena con quien tendrá seis hijos (cuatro varones y dos mujeres). Este es el momento en el que termina la causa antecedente, primera consideración de originalidad del caso. El segundo momento no es ajeno al anterior. Ambos se complementan, pues en la exposición del juez, luego de que Zimens experimenta y pone a prueba su idea de mezclarse con los indígenas, que son descendientes de los incas, vendrá el fracaso, ya que aquellas teorías sobre la superioridad de razas y la superioridad de los cruces genéticos, en la práctica, no arrojan resultados positivos.

El de la consecuencia es el segundo momento. En este se presenta el fracaso de la teoría de Zimens respecto a que la mezcla de dos razas superiores produce otra superior:

Fue esta pasión, este sueño de romántico enamorado de la fuerza, el que lo trajo hasta el corazón de estas tierras andinas, y con él, el propósito de sentar con la experiencia propia la base de una teoría étnica, de saber qué resultados prácticos podría obtenerse del cruzamiento de dos razas viejas y superiores (López Albújar, 2018, pp. 98-99).

Esta información que suministra el juez a su interlocutora, y a los lectores, es sumamente importante. De hecho, haberla ocultado hasta este punto le ha permitido generar y mantener el suspenso narrativo de la historia, esto es, la inquietud respecto al porqué del actuar contradictorio de Zimens. Dicho de otro modo, mientras que algunos calificaban las acciones de Zimens como

contradictorias, para el propio Zimens estas eran correctas en tanto se encaminaban hacia la confirmación de su tesis racial y genética.

Una vez develado el núcleo de interés corresponde informar sobre el desmoronamiento de aquella idea de la raza superior. Así los hechos, se presenta el fracaso de la genética en los hijos: «Un fiasco para el virtuosismo, una jugarreta a la teoría, un golpe al ideal. De los seis hijos que tuvo el matrimonio —cuatro varones y dos mujeres— ninguno respondió a las expectativas» (López Albújar, 2018, p. 99). Del mismo modo, se presenta el fracaso de su idea respecto a que él personificaba una especie de modelo humano físico, acaso de incorruptible pureza, hasta que el pequeño tumor que le aparece en el rostro le anuncia el inicio de un cáncer irreversible; un minúsculo tumor que le advierte sobre el comienzo de un proceso que le hará experimentar la descomposición orgánica en vida:

diez años, viendo día a día cómo el círculo de la llaga horrenda se ensanchaba, cómo la molécula, sana ayer, aparecía hoy contaminada y roída [...] Y llegó el día en que un gran pedazo de labio superior desapareció completamente, dejando al descubierto una encía purpúrea y unos incisivos amarillentos (López Albújar, 2018, p. 100).

Y como si no tuviera suficiente con verse caer pedazo a pedazo, en el núcleo matrimonial, su esposa y sus hijos no solo lo repudian, sino que lo echan de la hacienda donde vivía con la familia. Como refiere el juez: «el desastre completo» (López Albújar, 2018, p. 101).

Sumemos también, en este punto, el rechazo de los canes, que tras olerlo se apartaban de él, y el rechazo de las personas que «huían de su contacto» (López Albújar, 2018, p. 99); en tal sentido, Zimens, precisa el juez:

cansado ya de verse echado cortésmente —con cortesía flagelante— de los hoteles, de las fondas, de los figones, acosado por el hambre, tuvo al fin que sofocar las voces de su orgullo de

germano, de su dignidad de hombre, y resignarse a aceptar la más humillante de las caridades: la que da de comer (López Albújar, 2018, p. 100).

Destaquemos este cuadro de rechazo humano y animal que coloca a Zimens en situación de orfandad existencial. Se siente y es marginado en los espacios públicos y en los privados. La insistencia en esta situación calamitosa cobra mayor relevancia toda vez que contrasta radicalmente con el cuadro descriptivo inicial que ofrecía más bien la imagen de un personaje protagonista, cuya figura marmórea y belleza sin par estaba próxima a ser casi divina. El catastrófico revés es evidente.

Recordemos que la exposición centrada en el personaje Zimens viene a cuento de que, para el juez, su caso le parece doblemente original, a diferencia de los crímenes por los cuales preguntaba la señora Linares, su interlocutora. Por ello, en esta última parte, el juez pone énfasis en la narración del desmoronamiento humano de Zimens. Pero también, y *ad portas* del final, presenta la reflexión del protagonista tras ver cómo una a una se derriban sus teorías de proyecto de vida. De hecho, es una escena donde cada detalle tiene sentido, pues simbólicamente Zimens expone su caso frente al juez: «¿Querría usted, señor juez, oírme unos quince minutos? —Me interrogó con voz rajada» (López Albújar, 2018, p. 101). Seguramente se preguntarán, y ¿de qué caso se trata?, es el que justamente viene contando el juez, y sobre el que Zimens pregunta tras todo lo narrado: «¿Cree usted que un hombre de mi condición tiene derecho a matarse?» (López Albújar, 2018, p. 102).

El protagonista malhadado, admirador de la civilización incaica, lector de William Prescott y Johann Jakob von Tschudi, y virtuoso científico (López Albújar, 2018, p. 98), le pregunta al juez si tendría el derecho de poner fin a su vida; dicho de otro modo, está solicitando una opinión jurídica sobre si tiene derecho de suicidarse. A partir de esta interrogante se entabla un debate donde el juez, en principio, defiende la vida y, en otro momento, se convence más bien de que para Zimens el horizonte de justicia

debería reconocer su derecho de poner fin a su vida. La narración del juez, esta especie de exposición de su caso, advierte de que Zimens no es un personaje que de buenas a primeras haya decidido poner fin a su vida. Ha soportado por años uno a uno los embates del destino: no ha renunciado a la vida de manera inmediata, ni tras el fracaso de sus ideas genético-raciales, ni el alejamiento de su familia, ni la pérdida de su patrimonio, e incluso cuando le diagnosticaron cáncer no se desmorona en el acto; tendrá que pasar una década, informa el juez, para que haya tomado aquella decisión extrema. El juez parece decirnos que, pese a toda la adversidad, Zimens sí mostró voluntad de querer vivir. Pero esta se frustra con el avance del cáncer. Más todavía cuando este lo carcome en vida: recordemos la escena citada párrafos arriba donde el cáncer ha corroído una parte del «labio superior» al punto de dejar al descubierto «una encía purpúrea». La imagen es chocante. Y hay más, pues la decisión de suicidarse, parece sugerirnos el juez, la ha tomado Zimens tras el examen de la afectación que ocasionaría su muerte en los suyos. Como ni su esposa ni sus hijos lo quieren, y como la sociedad le muestra su desprecio marginándolo y haciéndolo sentir como un monstruo del que se debe huir, podríamos decir que ya está muerto, pero en vida. La vida de Zimens ha perdido contacto con lo íntimo y privado tanto como con lo público. En otras palabras, el juez comprende del testimonio del suicida que este tiene la conciencia y las pruebas de que su muerte no producirá sufrimiento en nadie. Y comprende también, como juez que imparte justicia, que prolongar la vida de Zimens es continuar condenándolo a padecer dolencias orgánicas producidas por el cáncer y sufrimientos ocasionados por la discriminación colectiva. Si el juez se somete a la ley, y realiza su función de juzgar con arreglo a ella, ¿cómo proceder en este caso? Zimens demanda por su derecho, pero también demanda por entendimiento y misericordia.

Resulta de suma importancia advertir que el juez narra la historia de Zimens a manera de quien relata minuciosamente el proceso de la toma de una decisión extrema. Quiere mostrarnos que la firmeza homicida no brota de un descontento superficial, y

menos repentino; por lo que leemos, se trata de una determinación tras el examen profundo de un presente catastrófico y de un futuro aún peor. Por lo mismo, el juez defiende la vida, la considera supremo bien como para atentar contra ella; incluso le dice al desgraciado personaje que «en medio del dolor, de la infelicidad, siempre hay algo que nos liga a la vida» (López Albújar, 2018, p. 103). No obstante, a Zimens este argumento le parece gaseoso y abstracto, en sus palabras, la vida es «un supremo mal» (López Albújar, 2018, p. 102). La oposición es clara entre quien experimenta una vida trágica y quien la conceptúa abstractamente. Frente al relato de vida desasida del personaje, relato de experiencia extrema con el que lidia el juez esgrimiendo argumentos jurídicos sobre la vida como supremo bien, puede más el peso duro y concreto de la vida real y rota. Frente a ella, la muralla de tecnicismos abstractos se desplomará como se derrumban y destrozan irreversiblemente la vida y el cuerpo cancerígeno de Zimens.

Pero no es que el juez sucumba a esta vorágine de infortunios. Vemos que su racionalidad jurídico-técnica le asiste y le hace resistir a la empatía y, acaso, a la piedad de quien pregunta si es que con todo se le puede validar el derecho a terminar con su vida. Por ello, la estructura de su enunciado expresa aquella resistencia que ya no puede mantener por mucho, y resuelve: «Si no fuera juez, le daría a usted mi revólver» (López Albújar, 2018, p. 103).

Zimens se acercó al juez para solicitarle su opinión sobre si es que tenía derecho a poner fin a su vida. El juez no ha dejado esa función, así lo leemos en el fallo que emite. ¿Significa que otorga su venia para que el ciudadano termine con su vida? Literalmente no. Pero pragmáticamente sí, pues el enunciado contiene la respuesta de la acción que debe realizar Zimens: terminar con su desgraciada vida como acto de justicia. Para que el juez resuelva lo que acabamos de leer ha tenido que dejar de lado al juez que cultiva el «distanciamiento escéptico» o la «altiva distancia» como prácticas de interactuar con los casos, y ha dejado atrás aquella «neutralidad judicial» —a la que nos referíamos—, para optar por

un «razonamiento práctico basado en evaluaciones humanistas en vez de un modelo cuasicientífico» (Nussbaum, 1997, p. 119).

Recordemos en este punto que la reflexión jurídica de López Albújar tanto en la dedicatoria de *Cuentos andinos*, como en algunos pasajes de sus *Caprichos literarios*, es muy clara respecto a la importancia fundamental de la empatía que deben desarrollar los jueces para que no se pierda el sentido humano y social de impartir justicia. Y es lo que le ocurre al juez representado en el cuento que examinamos, pues su actitud aséptica con los crímenes, tras la experiencia con el caso Zimens, muta cualitativamente. Es más, la escenificación de la toma de decisión del juez sigue un proceso en el que se revela el paso de un estado a otro. Y no es un proceso sencillo. Decir: «Si no fuera juez, le daría a usted mi revólver» es un enunciado que reconoce que la justicia que imparte el juez no es suficiente como para erradicar el sufrimiento (¿injusto?); así como existen casos paradójicos donde se deben considerar leyes que las resuelvan. Pero el juez representado es cauteloso y estratégico con su fallo, no lo dice textualmente, y no es necesario que lo haga, ya que Zimens comprende el sentido pragmático del enunciado que hace lo que dice no hacer, esto es, reconocer el derecho del solicitante; dirigiéndose al juez dirá Zimens: «El revólver es lo de menos, mi querido señor. Hay cien maneras de matarse» (López Albújar, 2018, p. 103). Y porque lo entiende es que la segunda parte del cuento culmina con las palabras que condensan el pensamiento del protagonista: «Me voy con la satisfacción de saber que hay una religión que perdona al pecador y justicia que absuelve al delincuente... ¡Adiós!» (López Albújar, 2018, p. 103).

Hasta este punto, el juez le ha explicado a su interlocutora por qué el caso Zimens le resulta doblemente original respecto a aquellos otros donde los crímenes son perpetrados por delincuentes y avezados asesinos. Casos en los que la justicia se administra pegada a la norma, pues no hay situaciones paradójicas. La tercera parte de este cuento, la más escueta, es la parte de la resolución. Obviamente en esta se presenta el suicidio de Zimens, quien

termina con sus días de sufrimiento lanzándose de un puente al río Huallaga. Todas las pruebas narrativas conectan el suicidio con la charla previa que Zimens tuvo con el juez. Acaso por ello, él se pregunta sobre la situación paradójica en la que se encuentra: «cómo un hombre puede ser juez y reo al mismo tiempo» (López Albújar, 2018, p. 104). Llegados al término del relato queda clara la doble originalidad del caso Zimens, pero también lo que la vida del protagonista ha producido como potencial reflexivo judicial. Hasta antes de comprender el caso Zimens, el juez no había empleado el potencial cognoscitivo de sus emociones, luego de ello, sí lo hace.

El final aporético que se expresa en el enunciado «cómo un hombre puede ser juez y reo al mismo tiempo» posee varios sentidos. Uno de ellos, incluso, se relaciona directamente con el caso de la suspensión del propio López Albújar. La ecuación judicial es la misma: un juez que administra justicia, y al hacerlo, su fallo recibe una sanción de suspensión. La lógica es idéntica: el juez que pragmáticamente le concede a Zimens lo que busca, siente que su decisión como juez lo hace responsable de aquel suicidio. La reflexión que el caso Zimens ha producido no solo es sobre estas situaciones paradójicas donde el ejercicio de la función judicial implica su transgresión, a la manera de producir justicia con buena ley, y no con la ley injusta. Por ello, el juez condena y cuestiona a la «sociedad» como responsable de la decisión final de Zimens. De hecho, la «sociedad» puede también matar al hombre a través de prácticas de discriminación y exclusión. El cáncer que deformó el rostro de Zimens lo hizo repudiable, y su aparente monstruosidad mermó sus derechos de respeto como persona. La sociedad no lo integró, sino más bien, tras los reveses familiares, remató a la víctima marginándola. En tal sentido, el llamado que hace López Albújar a través del caso de Zimens es contundente: la justicia que se imparte deberá ser piadosa y comprensiva.

3. CODA

Cuando en la introducción comentábamos la dedicatoria con la que López Albújar inicia sus *Cuentos andinos*, se explicó que en ese microtexto confluían sus reflexiones de orden literario y de orden jurídico. Tras lo expuesto sobre el cuento «El caso Julio Zimens», podemos ver que el factor literario se ha puesto de manifiesto mediante la construcción realista de la historia y el suspenso narrativo; mientras que la reflexión jurídica se ha hecho continuando con la idea sobre la necesidad de que el juez desarrolle su práctica de impartir justicia haciendo uso del potencial cognoscitivo de sus emociones. Por ello, la representación del juez que se hace en «El caso de Julio Zimens» tiene dos momentos: en el primero, la figura del juez aparece explicando que su labor está guiada por un racionalismo neutral, que le impide sentir algún tipo de emoción frente a los crímenes y a los criminales a quienes tiene que juzgar ciñéndose a la ley; en el segundo momento, a partir del conocimiento del testimonio de vida de Julio Zimens, la figura del juez aparece cuestionándose a sí misma, pues los fundamentos de su quehacer funcional no le permiten impartir justicia como debiera. En este segundo tramo es cuando el juez del cuento de López Albújar escenifica la insuficiencia positivista: no se hace justicia aplicando mecánicamente la ley, menos cuando quien exige el derecho de terminar con su vida es un ser humano literalmente consumido por el cáncer y la marginación social. ¿Se le debe negar el derecho a la muerte y prolongar su sufrimiento? Tras el examen del caso Zimens, el juez que figura en el cuento tiene claro que impartir justicia no puede ser una forma de potenciar la crueldad. Por lo tanto, el llamado que hace López Albújar es claro, si juzgar con la ley es proceder con misericordia, y no con crueldad, la justicia como extensión de la crueldad debe ser cuestionada; la justicia que se imparte deberá ser piadosa y comprensiva. El juez que figura en el cuento no está en contra de la administración de justicia, nos muestra, más bien, el crucial papel de las emociones en casos judiciales donde la paradoja impide proceder con justicia. Más que incertidumbre,

lo que aporta este cuento que escenifica un caso es la idea sobre la necesidad de contemplar las emociones como fundamento de la práctica de impartir justicia.

REFERENCIAS

- Calvino, I. (1992). *Por qué leer a los clásicos*. Tusquets.
- Escajadillo, T. (2010). López Albújar: ¿narrador o juez? *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, (72), 481-488.
- López Albújar, E. (2018). *Narrativa. Obras completas* (t. 1, vol. 1). Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- López Albújar, E. (2019). *Memorias. Obras completas* (t. 5). Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- Nussbaum, M. (1997). *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*. Andrés Bello.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós.

Presentación | IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Semblanza

Enrique López Albújar. Una semblanza de su trayectoria literaria y judicial | GLADYS FLORES HEREDIA

Artículos de investigación

El derecho a la salud y el principio de seguridad personal | MAGDIEL GONZALES OJEDA

¿La propiedad regresa al donante si el donatario no ejecuta el cargo o modo establecido? | ENRIQUE MENDOZA VÁSQUEZ

La maternidad subrogada en la reproducción humana asistida | CARMEN ROCÍO ARÉVALO MARTOS

La política y la ética | ALEJANDRO ROJO MARTÍNEZ

Diversas expresiones del humanismo | FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA

El nombre como distintivo de la identidad y caracterización de la persona en la tradición «El padre Pata» de Palma | IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Derecho y literatura: a propósito de Enrique López Albújar y César Vallejo | FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

La representación del juez en el cuento «El caso de Julio Zimens» de Enrique López Albújar | GLADYS FLORES HEREDIA