

SAPIENTIA & IUSTITIA

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DE LA
UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE

AÑO 5 N. 9

E-ISSN 2709-1228



ÍNDICE

EL NEPOTISMO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PERUANA <i>Mirella Ochoa Aberga</i>	5
EL HORIZONTE DE LA COSMOVISIÓN ANDINA EN LA ESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO FEDERAL EN LA CONSTITUCIÓN MUNDIAL PLANETARIA <i>David Quispe Salsavilca</i>	31
DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN EL PERÚ. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LAS PLATAFORMAS ITINERANTES DE ACCIÓN SOCIAL (PIAS) <i>Jainor Avellaneda-Vásquez</i>	53
EL USO DE PERROS GUÍA POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL <i>Nuccia Seminario-Hurtado, Jainor Avellaneda-Vásquez, Valeria Alesy Bejarano-Cuadrao, Andrea Doris Alarcón-López</i>	77
EL SISTEMA DE RECONOCIMIENTO DE NOTORIEDAD DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN PERÚ <i>Karen Gastiaburu Alania</i>	111
ANÁLISIS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LAS INVENCIONES PATENTABLES GENERADAS POR INTELIGENCIAS ARTIFICIALES <i>Arturo Rivera García</i>	137
JURISDICCIÓN Y TRIBUNALES CONSUECUDINARIOS Y TRADICIONALES DEL MEDITERRÁNEO ESPAÑOL <i>José Bonet Navarro</i>	159
LA REFORMA DEL CANON 588 DEL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS RELIGIOSOS LAICOS EN EL GOBIERNO DE LOS INSTITUTOS CLERICALES <i>Giampiero Gambaro, OFMCap</i>	177



EL NEPOTISMO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PERUANA

*Mirella Ochoa Abergá**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
mvoal@hotmail.com

RESUMEN: Muchos autores consideran el nepotismo de los funcionarios públicos como uno de los actos de corrupción en la Administración Pública Peruana. El presente artículo tiene el propósito de determinar si el Procedimiento Administrativo Disciplinario resulta ser el mecanismo más adecuado de sanción y así también, demostrar que las instituciones públicas del Estado Peruano pueden prevenir esta mala práctica derivada de la falta de ética de aquellos que ejercen la función pública. Por ello, se empezó por definir cada concepto, para luego ingresar a explicar detenidamente la configuración de esta conducta prohibida por la normativa, después se pasó a revisar el procedimiento administrativo disciplinario y finalmente se realizó algunas propuestas para controlar y prevenir el nepotismo en adelante. El nepotismo es una figura que está reflejado en este abuso de poder por la posición en la que se encuentra, favoreciendo a un sujeto con quien comparte un vínculo de consanguinidad o parentesco o interviniendo en su contratación o nombramiento, entonces se aparta de la meritocracia, entendiéndose como un sistema en el que se observa la igualdad de oportunidad para todos los que postulan a algún cargo público por lo que el nepotismo es muy lejano a los principios, valores y menos a la disciplina de la ética en la función pública.

PALABRAS CLAVE: Función Pública, Corrupción, Nepotismo, Gestión Pública, Injerencia, Vínculo de Parentesco, Ética, Administración Pública, Responsabilidad Administrativa, Interés Público.

THE NEPOTISM OF PUBLIC OFFICIALS IN THE PERUVIAN PUBLIC ADMINISTRATION

ABSTRACT: Many authors consider the nepotismo of public officials as one of the acts of corruption in the Peruvian Public Administration. The purpose of this article is to determine whether the Administrative Disciplinary Procedure is the most appropriate mechanism of sanction and also to demonstrate that the public institutions of the Peruvian

* Estudiante del onceavo ciclo de la carrera de Derecho en la FDCP de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

State can prevent this malpractice derived from the lack of ethics of those who exercise public function. For this reason, I began by defining each concept and then began to explain in detail the configuration of this conduct prohibited by the regulations, then I went on to review the administrative disciplinary procedure and finally, I made some proposals to control and prevent nepotism from now on. The nepotism is a figure that is reflected in this abuse of power by the position in which it is found, favoring a subject with whom it shares a blood or kinship bond or intervening in its hiring or appointment, then it departs from meritocracy, being understood as a system in which equal departs from meritocracy, being understood as a system in which equal opportunity is observed for all those who run for public office, so nepotism is far removed from the principles, values and even less from the discipline of ethics in the public service.

KEYWORDS: Civil Service, Corruption, Nepotism, Public Management, Interference, Kinship Bond, Ethics, Public Administration, Administrative Liability, Public Interest.

1. Nepotismo en la función pública peruana

1.1. Naturaleza del funcionario público

La naturaleza del funcionario público está en que, a partir del ejercicio de su trabajo pueda generar mayores logros mediante una normativa controlada, con lo cual pueda obtener mejores beneficios como efecto de su función y a su vez aumentar el poder que posee. De ese modo, la percepción acerca de la naturaleza del funcionario público ya no es la de aquel que enfoca su labor pública al interés colectivo o que sus objetivos versen en el bienestar de la sociedad. Por ello, han de ser necesarias ciertas reglas o normas que posibiliten a que no solo el funcionario público pueda adquirir ciertas ventajas sino que tengan un especial arraigo en este bienestar general. También resulta adecuado establecer que la Constitución cumple un rol importante, ya que es la base primordial que dirige el correcto comportamiento de un Estado, pues nuestra carta magna menciona las consecuencias de la actuación de aquel que ejerce la función pública para que sea conforme a derecho.

1.2. Definición de la función pública

La función pública es entendida como la relación entre el Estado y las personas naturales por medio del cual este presta sus servicios y, con el poder que le confiere la Constitución, ejerce sus facultades, lo que permite también que actúe en representación del Estado, pues la función pública guarda conjuntamente las funciones legislativas, administrativa, jurisdiccional y de gobierno.

Según Boyer (2019), “La función pública equivale a organización (dimensión orgánica), a funciones, facultades, competencias, atribuciones o actividades (dimensión funcional) y a personas al servicio de dicha organización (dimensión personal)” (pp. 21-22). Ello quiere decir que las personas que ocupan este cargo, se encuentran en un deber, al haber recibido un cierto grado de autoridad en el ámbito público, para la concertación de actos en provecho de la comunidad.

En relación al llamado “cargo público”, se refiere a la posición en que se encuentra aquel que realiza una labor dentro del ordenamiento. También, se refiere a los poderes que se otorga a una plaza por una norma jurídica. En otras palabras, se encuentra con la capacidad suficiente para ejercer funciones a nombre del Estado, esto siempre que se encuentre con la potestad necesaria. Cabe añadir que aquel que tiene la tarea de la función pública no solo se le exige que realice las funciones que corresponden a su puesto, sino también que tenga un buen rendimiento demostrado en su desempeño, priorizando los principios de la ética pública y valores, acorde al ordenamiento jurídico. Además, la función pública no solo se trata de un deber sino también de la responsabilidad que acarrea.

1.3. Concepción del nepotismo

El nepotismo, según señala el Diccionario de la RAE, viene del latín *nepos*, es decir, sobrino o descendencia. Asimismo, se entiende como la preferencia a algunos sujetos en el acceso de puestos de trabajo, pese a que se vulneren principios, ya sean amigos o familiares de personas con cargos relevantes con respecto a la designación de estos puestos laborales.

También es la prioridad que se concentra en las personas allegadas a estos funcionarios públicos, que muchas veces por unirse para conseguir beneficios, no realizan una evaluación correspondiente a sus capacidades o facultades.

Según Ortiz,

La corrupción política implica el uso del cargo para obtener una ventaja personal, la misma que puede ser de índole político o económico. Es decir, corrupción política es el uso ilegítimo del cargo para adquirir una ventaja para sí mismo o para otra persona, constituyendo una conducta errónea que transgrede/vulnera normas dado que va en contra de Intereses comunes. (como se cita en Vásquez, 2019, p. 13)

De ello se puede entender al nepotismo como acto de corrupción, pues aquel que ejerce función pública busca unirse o formar alianza con quien comparte un interés que favorezca a ambas partes, lo cual no solo puede concebir beneficios económicos sino también de índole profesional, político, e inclusive una combinación de ellas.

Es así que el nepotismo constituye una mala práctica que no permite la igualdad de oportunidades para quienes postulan a la función pública, además de alterar en las funciones de la entidad para el cumplimiento de sus objetivos óptimamente y la gran falta de imparcialidad por parte del funcionario público.

1.4. La Ley del Código de Ética de la función pública

Según la Ley N. 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública (como se cita en Guzmán Napurí, 2013), “Se entiende por Ética Pública al conjunto de valores que se consideran necesarios para que la Administración Pública funcione de manera eficiente y que tutele los derechos e intereses de los administrados”.

La norma desarrolla un esquema de principios por los cuales se rige la labor de quien desempeña la función pública. Siguiendo este punto, el primero se refiere al respeto. De ahí que su comportamiento debe ser conforme lo establece nuestra carta magna, la Constitución Política del Perú, en atención al cumplimiento de los derechos de defensa y debido procedimiento. El segundo es el principio de probidad, con el propósito que siempre actúe con honradez y honestidad, en que busque velar por el interés colectivo y descarte cualquier ventaja que obtenga para consigo o por alguien más. Como tercer principio figura el de eficiencia, enfocada en la capacitación constante para la mejoría en la función pública y así el administrado pueda encontrar satisfacción como quien se le brinda un servicio. Un cuarto principio es la idoneidad, en referencia a la capacidad técnica, legal y moral, es decir debe tener una buena formación con una capacitación permanente para que realice las funciones de su competencia correctamente. Otro principio es el de veracidad, por lo que la información que circula en el sector público sea válida y los procedimientos puedan ser solucionados de manera adecuada. Con respecto a los principios de lealtad y obediencia, se refiere a esta ayuda mutua entre los integrantes de la entidad, cumpliendo con las órdenes que encomienda el superior jerárquico competente, ya sea que se esté siguiendo las formalidades del caso y tenga como intención la realización de actos de servicios relacionadas con las funciones que comprenda su cargo. Como penúltimo principio está la justicia y equidad, en que cada uno reciba sus funciones debidamente y actúe en equidad con el Estado, administrado, etc. Un último principio es la lealtad al Estado de derecho, es decir, el funcionario se compromete con la Constitución y Estado de derecho, pues se encuentra ejerciendo un cargo de confianza.

2. Configuración del acto de nepotismo en la función pública

2.1. Normativa nacional

El acto de nepotismo se constituye cuando el funcionario, directivo o servidor público del Sector Público Nacional realizan su poder de nombramiento y contratación de personal, o que inclusive tiene injerencia directa o indirecta en tal designación o contratación, ya sea que se trata de sus parientes y por razón de matrimonio o unión de hecho. Con respecto a la injerencia directa, se refiere a cuando el funcionario que comparte parentesco tiene una labor superior a quien tiene la potestad de nombramiento en dicha entidad. Y en relación a la injerencia indirecta, esta se da cuando el funcionario de dirección que no figura dentro de la entidad en que se realizó la contratación, y que en ejercicio de sus actividades tiene alguna intromisión en los sujetos, tiene la facultad de decisión en el nombramiento o contratación en la entidad.

La Contraloría General de la República del Perú (2019) señala al parentesco consanguíneo como aquella relación familiar entre las personas que descienden de un tronco en común, sea de primer grado (padres e hijos); segundo grado (abuelos, hermanos y nietos); tercer grado (bisabuelos, tíos, sobrinos y bisnietos) y cuarto grado (tatarabuelos, tataranietos, primos, hermanos, tíos abuelos y sobrinos nietos). También, el parentesco por afinidad, esta relación con los familiares consanguíneos de su pareja, sea por matrimonio o unión de hecho, tratándose del primer grado, siendo el suegro o suegra, yerno, nuera, hijo del cónyuge o conviviente.

La Ley N. 26771 no estima como nepotismo los siguientes casos: matrimonios, uniones de hecho y convivencias que se hayan realizado después del nombramiento, contratación, designación o alguna otra condición de relación laboral y tampoco configura como nepotismo, la renovación de contratos de servicios no personales preexistentes realizados conforme a la base legal sobre contrataciones y adquisiciones del Sector Público (La Contraloría General de la República del Perú, 2019).

2.2. Triple fundamento del acto nepótico

En primer lugar, se debe tomar en cuenta el nepotismo como conflicto de interés, pues el funcionario que realiza sus actividades se ve influenciado al tomar una decisión en cuanto a la selección de personal.

Según Savater (como se cita en Morón Urbina, 2004), “Todas las personas de actuación pública y los funcionarios lo son, tienen tres intereses o fines diferentes: los personales, los del partido y los de la Entidad a la cual sirven”. Lo cual señala que aquel

que se dedica al servicio al Estado puede confundir lo que es ventajoso para ellos o a su partido con lo que en realidad es el fin de la función pública, el de satisfacer a la sociedad en general. Por ello, se dice que no se pueden combinar estos tres fines con la excusa de que es un beneficio para el Estado, cuando realmente solo busca obtener provecho de esta para sus propios intereses.

Un segundo fundamento es el nepotismo como desvío del poder público, referido al uso de las funciones administrativas para objetivos diferentes de los que establece el ordenamiento jurídico. Se podría llamar vicio, en cuanto a un acto aparentemente válido en su forma y contenido, pero que busca un fin torcido o distinto al que se asigna en un primer momento el legislador a la autoridad administrativa. También, cuando el funcionario designa a un pariente para el desarrollo de una función pública, es clarísimo este desvío de poder de selección de personal con el objeto de un beneficio para una persona en particular.

Para terminar este triple fundamento, señalamos el nepotismo como vulneración al derecho de acceso igualitario a los cargos públicos, referente a la posibilidad u oportunidad justa para todo aquel ciudadano que decida postular en el cargo público, lo mismo que debe cumplirse con una evaluación exhaustiva en que cumpla con los requisitos necesarios que la ley exige, entonces, la labor del funcionario público está en realizar este examen para calificar si el aspirante tiene el mérito para el puesto.

2.3. Observación a la Ley N. 31299 que modifica la Ley N. 26771 y 30057

La Ley N. 31299 que fue publicada el 21 de julio de 2021 merece un correcto análisis dado a la ampliación en los supuestos de nepotismo en el Perú. Referido a la contratación de progenitores a los hijos, esto se puede comprobar en la modificación del artículo 1 de la Ley 26771, donde refiere que todo trabajador del sector público (funcionarios, directivos y servidores públicos, personal de confianza de las entidades públicas del Sector Público Nacional, y empresas del Estado) queda prohibido de utilizar su condición en aprovechamiento, sea directa o indirectamente en la contratación y nombramiento de personal, tratándose de una tarea que es parte de su cargo, como tampoco intervenir en ello mediante otro trabajador de la entidad. La norma señala especialmente a todo pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo por afinidad, por matrimonio, unión de hecho, convivencia o progenitores de sus hijos; inclusive puntualiza este impedimento en contratos de locación de servicios, de consultoría y otros de naturaleza similar. Así pues, se puede rescatar principios de gran trascendencia como la meritocracia, buena administración y correcto uso y asignación de los recursos públicos, esto dado a que se

debe reconocer el esfuerzo de los candidatos postulantes a un cargo público y evaluar con seriedad, acorde a los lineamientos establecidos. En esta misma línea, la ley también puntualiza al artículo 2 que modifica el artículo 83 de la Ley 30057, que repite la misma restricción pero adiciona que son nulos aquellos contratos que se realicen en vulneración de la presente norma.

2.4. Informe técnico N. 090-2018-SERVIR/GPGSC

El correspondiente Informe técnico N. 090-2018-SERVIR/GPGSC en Lima, con fecha 19 de enero del 2018, amerita se empiece por explicar brevemente para poder entender el tratamiento que se otorgó al caso en concreto al cual hace referencia, pues se abordó la problemática del nepotismo y su práctica inadecuada por distintas razones. En primer lugar, el nepotismo propicia el conflicto de intereses entre el interés personal y el servicio público al otorgar favores o privilegios a familiares en el ámbito laboral. Se crea así una situación en la que los funcionarios pueden verse influenciados por sus relaciones personales en lugar de actuar de manera imparcial y objetiva. Además, se restringe el acceso equitativo a las funciones públicas por esta ventaja en los procesos de contratación y ascenso, ya que imposibilita la igualdad de oportunidades para otros candidatos que podrían tener mejor potencial para la posición al debilitar el mérito en el servicio público. También, genera que las entidades públicas no puedan cumplir con sus funciones de forma objetiva, pues si el familiar o persona cercana ocupa una posición que es clave habrá mayores riesgos de que las decisiones que se tomen sean en función a intereses personales o familiares en lugar del interés público que es prioritario para la sociedad, en consecuencia se estaría afectando la transparencia y eficiencia en la gestión pública. Asimismo, el nepotismo altera la disciplina laboral al haber un ambiente de total parcialidad, pues quienes ostentan cargos superiores tendrán mayores conflictos en manejar su autoridad de manera imparcial a los trabajadores con quienes comparte un vínculo familiar, trayendo como efectos la destrucción de la moral del equipo de trabajo, resentimientos y rendimiento del personal.

Por último, el caso en concreto se trata de un Sindicato de Obreros de la Municipalidad Provincial de Huánuco (SITRAOMPGHCO) que consulta al SERVIR sobre el acto de rubricar y sellar del Gerente de Recursos Humanos (hijo) la planilla de remuneraciones del personal CAS del área de OMAPED donde aparece como trabajador CAS su padre. Ante esto surge la pregunta: ¿Se estaría configurando la falta o delito de nepotismo?

Según la Ley N. 26771 en su artículo 2 (como se cita en el Informe técnico N. 090-2018-SERVIR/GPGSC, 2018),

Podemos señalar que estamos frente a un acto de nepotismo en los siguientes casos:

- a) Un funcionario o servidor público con la facultad de nombramiento y/o contratación de personal, la ejerce respecto de un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.
- b) Cuando el funcionario o servidor, sin contar con la facultad de nombramiento y/o contratación de personal, ejerce injerencia directa o indirecta en dicho nombramiento y/o contratación.

Por lo tanto, para responder a la interrogante, conforme a lo que menciona la normativa, es que las actividades o funciones que se generan por la posición o cargo que posee no significa por sí mismo la configuración del nepotismo, en este caso, rubricar y firmar planillas por la naturaleza de su tarea como Gerente de Recursos Humanos.

3. Consecuencias jurídicas del nepotismo en la Administración Pública Peruana

3.1. Responsabilidad administrativa funcional

Según Arcia (como se cita en Guevara Pérez, 2022),

Obligación del funcionario de responder de los actos que ejecute. El servidor público tiene una serie de deberes que cumplir, ya sea, estipulado en el estatuto, en un reglamento, en la ley o la Constitución. Normativa que enmarca su actividad, incluso en su vida privada. Todo, para que la imagen de la actividad pública sea confiable y eficaz. (p. 33)

Esto quiere decir que la responsabilidad funcional tiene suma correspondencia para aquel que ejerce un cargo público, pues está aceptando no solo cumplir con los deberes o tareas como funcionario público, sino también a hacerse cargo de lo que su actuación pueda traer como consecuencia al estar en el ejercicio de una posición en la entidad. Como sustento está la propia Constitución Política del Perú, en el capítulo IV de Función Pública.

Entonces, se debe entender por responsabilidad funcional a todos los efectos que se ocasionen producto de los actos de un funcionario público en ejercicio de su puesto. Asimismo, la responsabilidad administrativa tiene que ver con la responsabilidad de los funcionarios que en desarrollo de sus funciones han quebrantado algún mandato o regla establecido en la ruta del particular régimen jurídico en que se encuentra.

De forma más precisa, la responsabilidad administrativa disciplinaria regula la conducta de los funcionarios públicos que tienen deberes y derechos con un régimen de faltas y sanciones con procedimientos para su exposición. Resulta clarísimo que la responsabilidad administrativa disciplinaria se da en el entorno de la potestad disciplinaria que tiene el Estado frente a los funcionarios.

Según Sánchez (citado en Guevara Pérez, 2022),

El funcionario, en virtud de su ingreso en el servicio, que es un acto voluntario, queda situado en una relación con el Estado distinta de la que tiene el ciudadano común. Esa relación faculta al Estado para imponer al funcionario vinculaciones jerárquicas y disciplinarias, necesarias para mantener la eficacia de la maquinaria administrativa. Pero no sólo eso, sino que le coloca en un «estado de libertad restringida», en virtud del cual una parte de sus derechos fundamentales quedan subordinados a las necesidades del servicio. (pp. 39-40)

Cabe señalar que esta teoría de las relaciones de especial sujeción nace de la doctrina alemana, desarrollada por Morón, que trata de una sumisión de los funcionarios para con el Estado, quienes se comprometen a realizar su deber con ética y así cumplir con esta obligación que tienen con la sociedad. Resulta necesario esclarecer que no se debe olvidar que los funcionarios también son ciudadanos, sin embargo, esta figura de la sujeción especial debe tener siempre base argumentativa que justifique de manera razonable, pues es así como persiste esta teoría de especial sujeción en el Perú.

Ahora bien, resulta indispensable realizar un recuento de manera breve sobre esta potestad sancionadora de la Contraloría General de la República en responsabilidad administrativa funcional, esto según la Ley 29622 que modificó la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. No obstante, se modifica la LOSNC, lo cual hace que la CGR con la potestad sancionadora pueda sancionar a quienes incluso no tengan alguna relación de sujeción con el Estado pero solo para conductas graves y muy graves, dejando en manos de las entidades las leves, además que para esta normativa no había el régimen disciplinario ni el Tribunal del Servicio Civil (TSC) ni las normas que reglamentaban los procedimientos disciplinarios en las entidades en virtud al régimen laboral general. En pocas palabras, lo que quiere decir es que los funcionarios públicos no serían sometidos solamente a la responsabilidad administrativa disciplinaria sino también por la responsabilidad administrativa funcional, originada de los informes de control pero que serán analizados, sancionados y cualquier apelación será a cargo de la CGR con diferentes reglas.

También se mencionó acerca de la sujeción especial, la cual podría servir como indicador diferenciador entre la potestad administrativa sancionadora y la potestad administrativa disciplinaria, pues la misma Contraloría no encuentra fundamento que distinga a la responsabilidad administrativa funcional, por lo que concluye que se trata de la potestad disciplinaria.

En relación a la competencia de la Contraloría para resolver casos graves y muy graves, y apartándose de los casos leves que serán materia de resolución por las propias entidades, de lo que se deduce es que no podrán aplicar a estos últimos la responsabilidad administrativa funcional sino que debería tomar en cuenta la responsabilidad disciplinaria, lo cual se encuentra contemplado en el artículo 46 de la Ley 29622 que modifica la LOSNC.

Entonces queda demostrado que las faltas leves serán sancionadas con la responsabilidad administrativa disciplinaria pero si son graves o muy graves lo serán por la responsabilidad administrativa funcional que realmente tiene el propósito de constituirse como sustento para sancionar por parte de la Contraloría cuando ocurre un incumplimiento de sus informes de control.

3.2. Comparación entre el Procedimiento Administrativo Disciplinario y el Procedimiento Administrativo Sancionador

El Procedimiento Administrativo Disciplinario se rige por la Ley 30057 que entró en vigencia el 14 de septiembre del 2014 por un Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos. En primera instancia corresponde a la Autoridad instructora, autoridad sancionadora, sea el jefe inmediato, Oficina de Recursos Humanos (ORH) o la máxima autoridad administrativa; en una segunda instancia está el Tribunal del servicio civil, por lo que se encarga de las infracciones leves, graves y muy graves, donde las consecuencias como sanción podrían ser una amonestación verbal o escrita, suspensión sin goce de remuneraciones desde el primer día hasta doce meses o inclusive la destitución. En cuanto al sujeto pasivo del procedimiento administrativo disciplinario, siendo los servidores civiles de todos los regímenes de vinculación con el Estado, a excepción de carreras especiales. Es importante destacar que no se aplica para funcionarios que estén bajo responsabilidad política y a procedimientos especiales prefijados en su creación o Constitución, tampoco para funcionarios elegidos en cargos públicos representativos, no incluidos en procedimientos de responsabilidad política como gobernadores regionales, consejeros regionales, alcaldes y concejales, como también se excluye a los trabajadores de las empresas que conforman la Fonafe.

La Ley N. 29622, que modifica la Ley 27785 (2010) expresa, acerca del Procedimiento Administrativo Sancionador, que en primera instancia está el Órgano instructor Contraloría General de la República o el Órgano sancionador de la Contraloría General de la República; mientras que la autoridad en segunda instancia se encuentra el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, está claro que se encargaba de aquellas faltas graves y muy graves, con la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno a cinco años o la suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, sin goce de remuneraciones, no menor de 30 días calendario ni mayor a 360 días calendario. En relación al sujeto pasivo de este procedimiento, esta potestad sancionadora de la Contraloría recae sobre aquel que ejerce funciones en entidades públicas, con prescindencia de la relación laboral, contractual, estatuario, administrativo o civil del infractor y del régimen en que se encuentre, o la vigencia de tal vínculo con estas entidades, además de que entran a tallar trabajadores de empresas del Estado y locadores en su ámbito de aplicación, como para funcionarios elegidos en cargos públicos representativos o autoridades elegidas por votación popular sean gobernadores regionales, consejeros regionales, alcaldes y concejales, donde se aparta a titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y autoridades que tienen la ventaja del antejuicio político, por lo que solo se exceptúa si se tratan de hechos al momento del ejercicio de sus funciones; además de excluirse a entidades privadas, no gubernamentales y entidades internacionales.

3.3. Potestad Disciplinaria en el Perú

Según Morón (como se cita en Guevara Pérez, 2022),

... la potestad disciplinaria constituye una competencia de gestión necesaria y complementaria a la potestad de mando y corrección que se debe tener, para el adecuado cumplimiento del ordenamiento administrativo establecido en procura del interés público y debe ser ejercida de manera democrática, previsible y no arbitraria. (pp. 24-25)

La potestad sancionadora del Estado que aplica a los funcionarios públicos es la llamada potestad disciplinaria, cuya finalidad es obtener el manejo adecuado de la Administración Pública. Por tanto, esta medida correctiva permite proteger un bien jurídico vital que es el funcionamiento organizado de la sociedad.

En la Constitución Política del Perú de 1993 se puede observar esta ampliación a las distintas modalidades de contratación de personal público en que reviste la aplicación de la potestad disciplinaria para cada tipo de régimen de empleo público.

Así pues, el personal de carrera administrativo (Decreto Legislativo N. 276) rige el régimen de responsabilidad disciplinaria; segundo, el personal sujeto al régimen laboral privado (Decreto Legislativo N. 728), tanto el primero como este es aplicable el Código de Ética de la Función Pública, el Régimen de las faltas administrativas que señala la Ley de Procedimiento Administrativo General N. 27444 (artículo 239 al 243), Infracciones establecidas en la Ley de Contrataciones Estatales, Régimen que otorga potestad disciplinaria directa a la Contraloría General de la República para determinar la responsabilidad administrativa funcional y el Régimen de Servicio Civil que es voluntario. En relación al personal sujeto al régimen de Contratación Administrativo de Servicios (CAS) también corresponde de aplicación lo mismo que el segundo, a excepción que el Régimen de Servicio Civil es obligatorio. Finalmente, con respecto al personal sujeto al Nuevo Régimen del Servicio Civil se le atribuye el Régimen del Servicio Civil de la Ley N. 30057, el Código de Ética de la Función Pública que es supletorio, lo demás es igual al segundo régimen de empleo pero no se menciona ningún régimen del Servicio Civil.

Además, es claro que el SERVIR, a partir del año 2008, por necesidad de un instrumento que ayudara a la eficiencia y manejo del sistema administrativo es que se crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, donde se encuentran todos los trabajadores o personal del Estado. En consecuencia, ha sido considerado como mecanismo de control de los recursos humanos del Estado, por lo que se encarga de lograr una mejora en la relación entre los derechos de los trabajadores con el interés de la comunidad. En pocas palabras, la reforma al Servicio Civil, en cuestión a su función, es ordenar este desorden que acarrea o arrastra la Administración Pública por medio de normativa y una buena gestión. Es así que entra a tallar la potestad disciplinaria como herramienta de sanción por responsabilidad administrativa a los funcionarios públicos; sin embargo, la problemática de la larga espera por su aplicación es motivo que se ha atribuido esta tarea a la Contraloría General de la República para el ejercicio de esta potestad.

Según Marina (como se cita en Guevara Pérez, 2022),

El principio de la buena administración incluye al poder disciplinario que tiene la administración pública para la corrección y/o sanción, si corresponde, para velar por su cumplimiento en sus funcionarios públicos, considerando que este poder también es intrínseco a ella y estaría orientado a tal fin. (p. 76)

Entonces, el principio de buena administración, el cual tiene como horizonte al ser humano, indica que la conducta del funcionario público debe ser consciente de que todo impacta en él, por lo que su función está ligada a una posible sanción si realiza algo que no está permitido o vulnera la normativa con el objetivo de corregir y así obtener el funcionamiento de la organización.

3.4. La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la no incorporación del nepotismo

El problema de la falta de regulación del nepotismo en LOGR está en que se deja vacío este campo, provocando que los funcionarios de los gobiernos regionales tengan una forma de contratar a sus familiares o amigos sin prohibición alguna, trayendo consigo consecuencias negativas, ya que se vulnera la igualdad de oportunidades y el mérito en el empleo público, alejándose de seguir el procedimiento para contratar a personas más idóneas o competentes y, sobre todo, capacitadas para el puesto. Se aparta de ello y se otorga de manera fácil cualquier posición en una entidad por la conexión familiar, siendo esto una falta de profesionalismo, un claro ejemplo de ausencia de ética y eficiencia de la administración pública. Igualmente, este tipo de infracción es motivo también de la creciente corrupción que existe en el Perú, ya que se trata de funcionarios públicos que en ejercicio y potestad que tienen por su posición favorecen o influyen en la contratación del pariente, pues esto genera que haya un abuso de recursos públicos, malversación de fondos y el clarísimo favoritismo a la hora de tomar decisiones. Ahora bien, surge la duda de porqué se ha dejado de lado la inclusión de regulaciones específicas en materia de nepotismo en LOGR y si existiera alguna justificación para que se permita la práctica en el sector público, también el hecho de que esto tiene un gran impacto en la sociedad, ya que envía el mensaje con un efecto, es decir, se estaría diciendo a las personas que, una vez más, no se puede confiar en el Estado, pues consiente esta práctica injusta.

Según Vásquez (2019):

Además, la incorporación del Nepotismo como causal de vacancia en la LOGR, resulta muy acertada y necesaria; para lograr la equiparación de esta ley frente a la LOM y en general frente a todas las normas legales sobre la materia, así como en los límites en el ejercicio del cargo; en tal orden de cosas se aplicará la sanción administrativa pertinente por la mala praxis. (p. 31)

Si bien es de conocimiento que el nepotismo se encuentra regulado a nivel de la Ley Orgánica de Municipalidades, por lo que no existe razón alguna para que no se

reglamente en LOGR, pues esto equipararía la protección y eliminaría el vacío a esta falta de regulación, ya que la finalidad es salvaguardar el interés público; no deja de ser indispensable controlar el sistema y en términos simples que puedan acceder mejores profesionales a puestos de trabajo en los Gobiernos Regionales. Cabe añadir que el nepotismo crea este conflicto de intereses privados y públicos, lo cual dificulta el logro de objetivos, debilitando el control interno y perturbando la disciplina laboral. Entonces, resulta factible que sea de suma necesidad que se incorpore un artículo en específico en la Ley 27867 con su respectiva sanción para que así se garantice el acceso meritocrático.

3.5. Procedimiento administrativo disciplinario según la Ley N. 30057 (Ley del Servicio Civil)

Según la Ley del Servicio Civil (2014), el procedimiento administrativo disciplinario tiene una fase instructora, que instruye la investigación y una fase sancionadora. Se decide en base a la instrucción previamente realizada, donde la autoridad competente, salvo en caso de la amonestación escrita donde es dirigida por autoridades distintas, con el propósito de evitar que quien investigue también sancione, ya que es muy recurrente que quien investiga pierde objetividad para decidir de manera imparcial. Por tal motivo, es mejor que interceda un tercero, el órgano sancionador que no haya tenido alcance en la fase instructora, que sobre ello y alegatos del imputado tome una decisión.

Además, es importante destacar una etapa que no está dentro del procedimiento y se da antes de que este comience, llamada etapa previa, la cual inicia con la denuncia de algún administrado que considere que un servidor público ha cometido una infracción administrativa, que se interpone ante la Secretaría Técnica de la entidad. Sin embargo, puede ocurrir que esta misma, de oficio, advierta la presunta comisión de una infracción de un servidor público o que la Contraloría le haya comunicado a través de un informe de control o algún reporte del jefe inmediato u otro servidor. Hay que recalcar que la Secretaría Técnica no es una autoridad del PAD, siendo solamente una autoridad de esta.

Asimismo, en la investigación previa, una vez que se toma conocimiento de la denuncia, informe de control, reporte o de oficio, se dedica a investigar la conducta del servidor, por lo que puede pedir documentación a las entidades, servidores y ex servidores. Producto de ello, emite el informe de precalificación con sustento que puntualiza una de las sanciones que puedan adjudicarse al sujeto, así también señala el respectivo órgano instructor, esto de acuerdo a la sanción que fue seleccionada. Si se toma la decisión de no haber sanción, deberá darse razones para el archivamiento, de ser el caso que se origine de una denuncia, debe hacerse de conocimiento al denunciante, así pues este informe se entrega al órgano instructor. Pero si ocurriera que la Secretaría Técnica considere una

sanción, el órgano instructor procedería a analizar y disponer que no existen motivos para comenzar el PAD con su debida justificación. Caso contrario, produce una resolución de inicio del PAD, la cual, conforme a la normativa, debe contener la identificación del servidor, descripción de los hechos y señalar la norma jurídica quebrantada, es decir, el fundamento jurídico que indique la infracción disciplinaria que se le imputa al servidor que solo puede estar en la Ley del Servicio Civil (LSC), el Reglamento de la Ley del Servicio Civil, la ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la Ley del Código de Ética de la Función Pública y el Reglamento interno de los Servidores Civiles (RIS), como la respectiva sanción, los derechos y obligaciones del servidor en marco del PAD y la autoridad competente para recibir descargos y plazo para realizarlo, esto último porque debe ser comunicada al servidor en los tres días hábiles para que en el término de cinco días hábiles pueda presentar sus descargos. Este puede extenderse por pedido del imputado, lo cual será evaluado por el órgano instructor que otorgará el plazo adicional necesario. Hay que tener en cuenta que si el órgano instructor no se manifiesta en dos días hábiles, de inmediato se produce la llamada “prórroga automática”, lo que equivale a cinco días más, lo cuales comienzan a correr a partir de vencido el plazo inicial. Con respecto a los descargos, se refiere a la forma en que el sujeto sustente con buenas razones que en realidad no merece ser imputado por tal infracción disciplinaria, que no es proporcional o de repente una prescripción de la potestad disciplinaria porque la resolución de inicio del PAD tiene consigo un vicio que es causal de nulidad, ya sea que no cumpla con algún elemento mencionado anteriormente, además de adjuntar los medios probatorios si considere necesarias. Ahora, una vez que el órgano instructor recibe los descargos y pruebas, debe analizar el expediente completo y en 15 días hábiles emite el informe del órgano instructor.

Según la Ley del Servicio Civil (2014), en el informe del órgano instructor debe contemplarse los antecedentes, identificación de la falta, norma jurídica vulnerada, los hechos, el pronunciamiento del servidor, en otras palabras lo que se ha establecido en los descargos, una recomendación de sanción, pues el instructor no sanciona, y adjuntar un Proyecto de Resolución, lo cual se entrega al órgano sancionador. Además, el órgano sancionador tiene la tarea de notificar en dos días hábiles al servidor imputado y emitir la Resolución de Sanción Disciplinaria en un plazo de diez días hábiles prorrogables por otros diez días hábiles más. Cabe precisar que puede darse la situación en que el servidor, una vez notificado con el informe del órgano instructor pida al órgano sancionador informar oralmente sobre sus alegatos de defensa con el tiempo de tres días hábiles y que el órgano sancionador tendrá dos días hábiles para fijar el lugar, fecha y hora en que se desarrolle el informe oral. Luego de ello, podrá emitir la “Resolución de Sanción Disciplinaria” donde deberá aparecer los antecedentes y documentos, la falta a la que se ha incurrido,

descripción de los hechos y normas transgredidas, la responsabilidad del servidor y la sanción específica que se le impone. Después de la emisión de esta resolución, en cinco días hábiles deberá notificarse al servidor y si este está en desacuerdo con la decisión, entonces tiene quince días hábiles para presentar un recurso de apelación, la autoridad que resolverlo dependerá del tipo de sanción, por lo que quien tenga competencia se le otorgará treinta días hábiles para resolver el recurso y dentro de ese plazo, emite la resolución que confirme, revoque o declare nula la sanción correspondiente y con todo se da por agotada la vía administrativa.

3.6. Tipos de sanciones en el PAD conforme a la Ley N. 30057 - SERVIR

En primer lugar, la amonestación verbal es un regaño o reprimenda al trabajador, la única en que no entra a tallar un procedimiento administrativo disciplinario previa, que es de manera personal y reservada por el jefe inmediato, pues son faltas leves que no se consignan en el registro de sanciones. Cabe añadir que no se puede usar para graduar futuras sanciones al no haber prueba alguna ni se materializa en un documento, por lo tanto no deja huella, ya que la finalidad es evitar la comisión de faltas futuras, lo cual termina siendo algo privado entre el servidor y su jefe inmediato.

En segundo lugar, la amonestación escrita, que al colocarse en el legajo del servidor, se necesita previamente de un procedimiento administrativo disciplinario, por lo que este tiene derecho a defenderse y presentar todas las pruebas necesarias e impugnar la sanción.

En tercer lugar, la suspensión sin goce de remuneraciones que es la detención de las labores del servidor y de su contraprestación por un tiempo determinado, ya sea desde primero a los trescientos sesenta y cinco días, por lo que el trabajador se encuentra sin realizar sus deberes ni percibe ninguna remuneración, llamándole suspensión perfecta. Así entonces, quien tiene este estado de sancionado no puede postular a ningún empleo público, menos contratar con el Estado y tampoco ser designado en un cargo de responsabilidad directiva o confianza, pues el vínculo laboral continúa vigente a pesar de haber sido suspendido. Ahora, en el caso que luego la sanción se declare nula, no quiere decir que la entidad tenga el deber de cubrir los pagos que fueron dejados de percibir. Esto podría resultar injusto pero la remuneración solo cabe con la contraprestación por trabajo pero si se podría plantear una demanda de indemnización por daños y perjuicios, en que se analiza el lucro cesante, es decir, se hace una calificación a partir de la situación y estado de la persona.

Por último, la destitución viene a ser la ruptura del vínculo de trabajo que sostiene el empleador y el colaborador, pero este tipo de sanción trae consigo otra sanción accesoria, llamada inhabilitación para el ejercicio de la función pública por cinco años. En esta misma línea, toda sanción es eficaz a partir del día siguiente de su notificación pero únicamente en la inhabilitación se lleva a cabo cuando la destitución quede firme o haya finalizado la vía administrativa.

En referencia al registro de sanciones, en el legajo personal se consigna la amonestación escrita, suspensión y destitución; mientras que en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles (RNSS) se registran la suspensión y destitución, derivadas de un procedimiento administrativo disciplinario. Cabe señalar que también se registran las sanciones por responsabilidad administrativa funcional, pero que proviene del procedimiento administrativo sancionador (PAS) impuesta por la Contraloría. Del mismo modo, se registran las inhabilitaciones ordenadas por el Poder Judicial; además, sobre las sanciones de suspensión y destitución, la autoridad del PAD puede modificar la sanción propuesta y variarla por una menos grave.

Según la Ley N. 30057 en su artículo 87 (Gaceta Jurídica, 2013),

La sanción aplicable debe ser proporcional a la falta cometida y se determina evaluando la existencia de las condiciones siguientes:

- a. Grave afectación a los intereses generales o a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado.
- b. Ocultar la falta o impedir su descubrimiento.
- c. El grado de jerarquía y especialidad del servidor que comete la falta, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía de la autoridad y más especializadas sus funciones, en relación con las faltas, mayor es su deber de conocerlas y apreciarlas debidamente.
- d. Las circunstancias en las que se comete la infracción.
- e. La concurrencia de varias faltas
- f. La participación de uno o más servidores en la comisión de la falta o faltas.
- g. La reincidencia en la comisión de la falta.
- h. La continuidad en la comisión de la falta
- i. El beneficio ilícitamente obtenido, de ser el caso.

Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

La destitución acarrea la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública. El servidor civil que se encuentre en este supuesto, no puede reingresar a prestar servicios a favor del Estado por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de que la resolución administrativa que causa estado es eficaz.

Si un servidor civil es declarado responsable de un delito doloso, mediante sentencia que cause estado, o que haya quedado consentida, o ejecutoriada, culmina su relación con la entidad.

3.7. Potestad Sancionadora Administrativa

En primer lugar, se tiene que tener presente que la Administración Pública actúa como garante ante los intereses de la ciudadanía, por tanto, tiene la tarea de organización según las competencias y recursos que posee para conseguir objetivos públicos; a ello se debe la existencia de este órgano dirigido a administrar de forma ordenada e inspeccionar la ejecución del presupuesto, deuda pública y los actos de instituciones públicas con el propósito de proteger los bienes que tiene en su poder el Estado para que efectivamente se pueda cumplir con las obligaciones que tiene con la colectividad, se trata de la Contraloría General de la República. Este órgano tiene un deber de control con la Administración Pública, pues la CGR sanciona por alguna vulneración de cierta gravedad que pudieran haber cometido los servidores públicos de cualquier entidad. Siendo que el país reacciona controlando, inclusive con el fin de que exista una buena administración de los recursos públicos, no existe relevancia en cuanto al vínculo laboral que el sujeto comparta con el Estado, ya que si no es laboral, podría ser civil, además de ser sujeto de control, entonces es posible establecer un procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad funcional.

El poder punitivo estatal está en el derecho administrativo disciplinario que se da en la relación laboral en que el Estado actúa como empleador y tiene la potestad disciplinaria sobre sus trabajadores, constandingo como titular la propia entidad donde desempeña sus labores el servidor y también suele ser el propio SERVIR, como ente rector de los RR. HH en el sector público.

En tanto que el derecho administrativo sancionador por responsabilidad funcional que brinda protección al buen uso de los recursos públicos, por tanto, hay un órgano de control encargado de colocar sanciones a las personas que se dediquen a la función pública, siendo la Contraloría General de la República.

4. Propuestas para contrarrestar el nepotismo en la función pública peruana

4.1. Sistema de contratación pública peruana y la necesidad del principio de integridad pública

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) precisa que “la contratación pública es una de las actividades gubernamentales con más riesgo de corrupción” (Davis, 2019, p. 36).

Este mecanismo permite que el proceso de la contratación sea más transparente, ya que podrá conocerse las decisiones de los funcionarios de manera pública. Se trata de un espacio que recolecta información de procesos de contratación bajo la Ley de Contrataciones del Estado.

El nepotismo es una práctica contraria a la integridad pública porque supone la prevalencia de un interés personal para favorecer a un pariente afectando la igualdad de oportunidades. Es una situación que mella directamente a la integridad pública que la OCDE define precisamente como el conjunto de valores éticos, principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados. (Davis, 2019, p. 60)

Este sistema de contratación pública mediante el principio de integridad en la Ley de Contrataciones agrega la obligación de que se denuncie estas malas prácticas, por lo que quienes participan de la contratación pública deben conocer quiénes son las autoridades a las cuales acudir si observan esta actuación y que sepan que cuentan con todo el respaldo del Estado para realizarlo.

4.2. Importancia de la declaración jurada de las parejas sentimentales de funcionarios públicos

La implementación de este requisito está enfocada en constatar que no existe vínculo sentimental entre las partes al momento del proceso de contratación y la falta de las más óptimas sanciones, todo ello con miras a mejorar la administración pública y conseguir el objetivo de cambiar la imagen del país.

Soto (2022) propone la aplicación de la declaración jurada de la pareja sentimental de todo aquel que ejerce la función pública, pudiendo fijarse que no hay algún tipo de relación sentimental y, en consecuencia, se pueda ordenar la correspondiente sanción a quienes actúen transgrediendo la norma.

Entonces, la finalidad de incorporar esta herramienta ayudaría a contrarrestar esta mala práctica que no permite a otros tener la oportunidad de ingresar a la función pública.

Además, brinda información en cuanto al parentesco por afinidad con el propósito de conocer si el funcionario guarda algún grado de relación con el colaborador.

Por ello, con la declaración jurada de soltería, una persona demuestra que evidentemente se encuentra en estado de soltero(a) y que no mantiene ningún vínculo sentimental con otra persona, así como también valida el estado civil de la persona para que se tenga cerciorado con el documento.

Al respecto, Soto (2022) expresa:

En el Perú, el nepotismo se encuentra regulado en la Ley N.º 26771, la misma que establece prohibiciones para contratar personal que tenga parentesco con algún funcionario público. Asimismo, se modificó dicha norma por ley N.º 31299 prohíbe al funcionario público el contrato para la madre o padre de sus hijos. En razón a ello existen, responsabilidades y sanciones, las sanciones administrativas que se pudieran acarrear contra los infractores de la Ley N.º 26771, será suspendido sin goce de haberes. El período dependerá de la gravedad de la falta que se haya cometido y no podrá ser menor a treinta días calendario. En caso de reiteración, la sanción será la destitución o resolución del contrato e inhabilitación del funcionario para trabajar en cualquiera de las entidades públicas. (D.S. N. 021-2000-PCM)

Así pues, la declaración jurada de soltería vendría a tallar muy bien como un documento que acredita que evidentemente el declarante, bajo juramento, afirmó claramente los datos personales y acciones que brindó con su sola palabra. En lo que respecta a la declaración jurada notarial es un documento al cual se le otorga la fe del notario público de que el postulante redactó correctamente y con veracidad.

Entonces, la declaración jurada de pareja sentimental incide en el nepotismo de forma significativa, ya que puede prevenirse esa figura a la vista pero siempre que la ley lo tenga por establecido por el que una persona bajo promesa o juramento declara la veracidad de la información sobre la presunción *Iuris Tantum*, es decir, la presunción solo de derecho que acepta como probado un hecho, mientras no exista prueba de lo contrario.

4.3. La relevancia del registro de parentesco

El RENIEC, como Entidad recaudadora de información del Registro Único de Identificación de Personas Naturales, proporcionada por el ciudadano, tiene esta ardua misión, de llevar a cabo el Registro de Parentesco y otras vinculaciones

en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1279. Este reto asignado, ha hecho que RENIEC implemente diversos mecanismos que proporcione seguridad jurídica y conserve la integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información, facilitando con ello la entrega de los reportes de parentesco, de manera oportuna a las diferentes autoridades que lo solicitan, en el marco de investigaciones por delitos de corrupción, he ahí su importancia. (Meza, 2022)

Se debe tener en consideración que todo reporte de vínculos es información dada por el propio ciudadano declarante al registrar una inscripción, actualización o rectificación de los datos ya asentados. Entonces el mencionado decreto solo cumple su tarea de proteger esa información que refiere todo vínculo de parentesco y vinculación de los ciudadanos, todo con gran confidencialidad. También, la RENIEC ha señalado que en cuanto a la modificación de los datos sea solo una vez a través de la página web de la Institución, ya sea que se trate de un cambio de domicilio, lo cual se dirigirá directamente al registro de vínculo de parentesco entregada a las autoridades competentes cuando así lo requieran.

Este mecanismo busca que por medio de la información personal del postulante a la entidad pública manifieste su estado civil en las declaraciones juradas, así esto pueda quedar registrado y la RENIEC pueda intervenir como apoyo con otras entidades que lo soliciten y realicen el registro con personas naturales para así tener pleno conocimiento del registro de parentesco, tratándose de uniones de hecho y en consecuencia obtener un adecuado y eficaz control en la contratación o nombramiento de personal al Estado.

4.4. Análisis a la norma ISO 37001 antisoborno

Se trata de un sistema de control enfocado en mejorar la gestión pública en caso de corrupción, cuyo objetivo destacable, en cuanto al Estado está en la creación de una cultura ética para que con previsión se pueda encontrar y fijar medidas frente al soborno y corrupción, en consecuencia se pueda prever grandes daños y quede constatado este arduo trabajo de la gestión antisoborno.

Al igual que otros sistemas de gestión ISO, la ISO 37001 se adapta al ciclo planificar-hacer-verificar-actuar (PHVA) y legitima el papel del órgano de gobierno y de la alta dirección como gestores de cambio, ya que transmitir la cultura contra el soborno a través de la organización depende en gran medida de su gestión. (Lizarzaburu et al., 2019, p. 116)

Por consiguiente, la puesta en práctica y relevancia a una cultura ética será la única manera de luchar contra estos actos nepóticos que, si bien se ha considerado como un factor que atrae corrupción, precisamente lo que busca es combatirlo.

“La corrupción implica el comportamiento de agentes del sector público y privado por el que ellos o sus familiares se enriquecen ilegalmente, aprovechando la situación en la que se encuentran” (Lizarzaburu et al., 2019, p. 120). Siendo así que los funcionarios públicos en posición de un gran poder otorgado por el Estado abusan para obtener beneficios o beneficiar a sus parientes perjudicando al país. Asimismo, este acto corrupto llamado nepotismo suele estar avalado por otras actividades como los sobornos a las autoridades y malversación de los fondos públicos. Esta corrupción a la que se hace mención se refiere a dos sujetos. El primero es el sobornador entrega regalos o dinero para que el funcionario tome una decisión que le beneficie al que dio este incentivo prohibido. El segundo es el funcionario que acciona según lo solicitado por el sobornador.

Este procedimiento de la norma ISO 37001 sigue un orden secuencial en que primero debe planearse, es decir, llevar a cabo una organización, tareas y deberes, en referencia a la toma de decisión, una revisión al contexto interno como externo, política antisoborno, una valoración a los peligros del soborno, definir el Plan de Acción, precisar las acciones de apoyo como los sistemas disciplinarios; lo segundo de dicha secuencia está en el hacer, en otras palabras, llevar a cabo el plan de acción con cautela, denuncia de irregularidades, indagación y ciertos controles financieros como no financieros; como tercero está verificar, que se supervise y revise lo necesario en todo el proceso y finalmente se debe actuar para un desarrollo progresivo. Dentro de las ventajas se observa que la organización podrá contar con una guía de apoyo para agregar un sistema de gestión antisoborno, brindará seguridad a la administración, personal y otros miembros de la organización como prevención del soborno y corrupción, por tanto, esta medida busca detectar y gestionar cualquier acto de corrupción.

Según el Comité de Evaluación y Certificación Profesional (como se cita en Lizarzaburu et al., 2019),

Los beneficios de ISO 37000 incluyen la capacidad de prevenir, detectar y gestionar los riesgos de corrupción, aumentar el reconocimiento internacional, promover la confiabilidad y la confianza, reducir costos y prevenir conflictos de intereses, y promover una cultura de lucha contra la corrupción.

Además de que se convierte una promesa con los ciudadanos, a que confíen en la Administración Pública y se afiance este lazo; también está en desarrollar una

concientización ante el delicado tema de la corrupción. Si bien el Perú fue el primer país en haber adoptado esta medida en 2017, se necesita de un impulso para notar un progreso en el Estado ante el nepotismo.

“El modelo de prevención mencionado se basa en once principios: accesibilidad, adaptabilidad, compromiso y liderazgo, continuidad, documentación, eficiencia, evaluación continua del riesgo, independencia, proporcionalidad, publicidad y comunicación preventiva y razonabilidad” (Lizarzaburu et al., 2019, p. 142). Así pues, el código de ética formaría parte importante para la organización como un elemento para la gestión de riesgo, ya que restringe ciertas facultades e impone una cultura en base a principios y valores. A fin de cuentas, la norma ISO 37001 es una estrategia de precaución para no lidiar en adelante con posibles escenarios nada beneficiosos para el propio Estado y entonces alcanzar su misión accionando en correspondencia a sus objetivos trazados en un principio.

5. Conclusiones

El nepotismo es una figura muy conocida en el país, se trata de esta facultad otorgada al funcionario público que hace uso de ella en beneficio de un familiar o pariente suyo y para su configuración debe cumplir con dos condiciones: a) que el funcionario tenga la potestad de contratar personal o tenga injerencia en este proceso de contratación y b) que utilice su influencia en el proceso para que contraten a un familiar. A consecuencia de esto, es castigado a través de un procedimiento administrativo disciplinario a cargo de la Entidad empleadora y SERVIR, el cual resulta ser un instrumento que permite corregir esta mala práctica.

El PAD resulta ser el mecanismo más adecuado de sanción para los funcionarios públicos en casos de nepotismo pero no puede actuar solo, pues necesita de mejoras. En vista de ello, es necesario que se apoye de la RENIEC u otras entidades que poseen un listado de trabajadores a nivel nacional, aparte de solicitar la declaración jurada en que el postulante señale si tiene algún pariente, esposo(a) que labore en la entidad, luego ello será revisado por el Órgano de Control de Institucionalidad de la entidad pública para detectar si existe nepotismo en la contratación como también el registro de parentesco es elemento sustancial para prevenir o identificar la relación entre los sujetos. Además de otorgar protección a todo aquel que denuncie la presencia de esta figura ante el Órgano de Control de Institucionalidad de la Entidad Pública o la Contraloría General de la República de Lima o Contraloría Regional del departamento en que se encuentre el denunciante.

Finalmente, es claro que aquello debe reforzarse con los principios y valores en la sociedad, pues se busca concientizar a los funcionarios públicos para que realicen un

esmerado trabajo en pro de la sociedad, siempre con ética como profesionales que sirven al país, al velar por su desarrollo. Esto solo será posible si la sociedad se lleva un claro mensaje con estas sanciones hacia todo aquel que infringe la normativa, lo cual permitirá fortalecer la relación entre el Estado y los ciudadanos.

Referencias

- Boyer Carrera, J. (2019). *El derecho de la función pública y el servicio civil*. Fondo Editorial PUCP.
- Congreso de la República del Perú. (2021). Ley que modifica la Ley 26771, que establece la Prohibición de Ejercer la Facultad de Nombramiento y Contratación de Personal en el Sector Público en casos de Parentesco; y la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, Para Ampliar los Supuestos de Nepotismo a la Contratación de Progenitores de los Hijos, Velando por los Principios de Meritocracia, Buena Administración y Correcto Uso y Asignación de los Recursos Públicos. (Ley N. 31299). Diario oficial *El Peruano*. Lima. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-la-ley-26771-que-establece-la-prohibicion-ley-n-31299-1974972-1/>
- Davis, C. C. (2019). Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 35-65.
- Escuela Nacional de Administración Pública. (2021). *Procedimiento Administrativo Disciplinario en el marco de la Ley del Servicio Civil*. Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2679203/Procedimiento%20Administrativo%20Disciplinario%20en%20el%20marco%20de%20la%20Ley%20del%20Servicio%20Civil.pdf>
- García Calderón, J. M. (2021). Respuestas jurídicas frente a la corrupción política. *El nepotismo como forma de prevaricación y ejemplo de administración desleal* (pp. 549-554). Editorial Dykinson.
- Guevara Pérez, S. F. (2022). *La ruptura de la unidad de la responsabilidad administrativa disciplinaria en la regulación peruana* [Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado]. Universidad de Lima. Repositorio Institucional. <https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/15850/GUEVARA%20PEREZ%20%20SILVIA%20FLOR.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Guzmán Napurí, C. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. *El Régimen del Personal de la Administración Pública y la Responsabilidad del mismo* (1.ª ed.) (pp. 233-264). Instituto Pacífico.

- La Contraloría General de la República del Perú. (2019). *Normas a tener en cuenta para evitar el nepotismo*. https://doc.contraloria.gob.pe/PACK_anticorrupcion/documentos/8_PROHIBICION_DEL_NEPOTISMO_2019.pdf
- Lizarzaburu, E., Burneo, K., Barriga, G., Noriega, L. E. y Cisneros, J. (2019). Gestión empresarial: una revisión a la norma ISO 37001 antisoborno. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (73), 111-150. <https://clad.org/wp-content/uploads/2021/04/073-04-LBBNC.pdf>
- Meza Zarate, R. C. (2022). *Importancia del Registro de Parentesco y otras Vinculaciones en Casos de Corrupción en la Administración Pública Perú 2022* [Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado]. Universidad Peruana de las Américas. Repositorio Institucional. <http://190.119.244.198/bitstream/handle/upa/2152/1.Roxana%20Meza%20-%20Parentesco%20y%20corrupcion%20-%202015%20Marzo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Morón Urbina, J. C. y Danós Ordoñez, J. (2022) A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Advocatus*, 15-27. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5646>
- Morón Urbina, J. C. (2004). Nepotismo, la visión patrimonialista del Estado. *Advocatus*, (10), 334-346.
- Patiño Salgado, R. M. y Gonzales Carnero, M. C. (2021). *La No Consideración Del Nepotismo En La Ley Orgánica De Los Gobiernos Regionales Y Su Contradicción Con La Ley N° 26771* [Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado]. Universidad César Vallejo. Repositorio Institucional. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/82906/Gonzales_CMC-Pati%c3%b1o_SRM-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Presidencia del Consejo de ministros. (2014). Ley del Servicio Civil (Ley N. 30057). Diario Oficial *El Peruano*. Lima. <http://www.minedu.gob.pe/politicas/pdf/ley-30057/ds-n040-2014-pcm.pdf>
- Salazar Chávez, R. (2004). La Contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato. *Derecho & Sociedad*, (23), 36-42.
- Sánchez Morón, M. (2020). «Libre» designación y «libre» cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad. *Revista de Administración Pública*, (211), 11-35.
- Secretaría de Integridad Pública. (2021). *Integridad Pública Guía de Conceptos y Aplicaciones*. Presidencia del Consejo de Ministros y Cooperación Alemana implementada por GIZ – Programa Reforma del Estado orientado a la ciudadanía

(Buena Gobernanza). <https://www.minedu.gob.pe/denunciaanticorrupcion/pdf/guia-de-integridad-publica.pdf>

Soto Landeo, V. (2022). *La declaración jurada de pareja sentimental y el nepotismo en los funcionarios públicos en lima metropolitana 2020* [Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado]. Universidad César Vallejo. Repositorio Institucional. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/98701/Soto_LV-SD.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Sú Lay, C. (2018). Informe Técnico N. 090 -2018-SERVIR/GPGSC. *Gaceta Jurídica*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1369936/Informe%20T%C3%A9cnico%20090-2018-SERVIR-GPGSC.pdf?v=1602690912>

Vázquez Roa, L. E. (2019). *Incorporación de la causal de vacancia por nepotismo, de las Autoridades Regionales en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales* [Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado]. Universidad César Vallejo. Repositorio Institucional. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/43198/Vasquez_RLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y



EL HORIZONTE DE LA COSMOVISIÓN ANDINA EN LA ESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO FEDERAL EN LA CONSTITUCIÓN MUNDIAL PLANETARIA

*David Quispe Salsavilca**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
dquispe@ucss.edu.pe

RESUMEN: La presencia de problemas comunes a la humanidad entera del planeta lleva el desafío de la construcción de un sistema internacional capaz de dar respuestas globales satisfactorias a los problemas comunes. El riesgo armamentista y ecológico es creciente. A consecuencia de ello, se vuelve una necesidad urgente la sobrevivencia de la especie humana, por lo que la propuesta de un Estado Federal Mundial elaborado por la World Constitution Parliament Association (WCPA) resulta ser una alternativa necesaria y vital. En ese contexto, recogiendo la práctica de la convivencia de la diversidad de la civilización andina, que constituyó el Cay Pacha del hombre sudamericano del siglo XV, se identifican cinco prácticas sociales propias de la civilización andina orientadas a estructurar la convivencia en diversidad, a partir de las cuales vinculadas al contexto de los desafíos de la circunstancia contemporánea son exploradas en torno a tres propuestas de leyes mundiales elaboradas por el autor y que son parte del proyecto denominado “Macchu Picchu” de la Sección Perú de la WCPA.

PALABRAS CLAVE: Constitución Mundial, civilización andina, Chaupi, Capacocha, derecho a la paz, unidad en la diversidad, Eutanasia.

THE HORIZON OF ANDEAN COSMOVISION IN THE STRUCTURING OF THE FEDERAL STATE IN THE EARTH CONSTITUTION

ABSTRACT: The presence of common problems to the entire humanity of the planet leads to the challenge of building an international system capable of giving satisfactory global responses to common problems. The arms and ecological risk is growing. As a result, the survival of the human species becomes an urgent need, which is why the proposal

* El autor es doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima desde el año 2003. Actualmente se desempeña como juez superior responsable de la Unidad de Sanción y Apelación de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial.

of a World Federal State elaborated by the World Constitution Parliament Association (WCPA) turns out to be a necessary and vital alternative. In this context, collecting the practice of coexistence of the diversity of the Andean civilization, which constituted the Cay Pacha of the South American man of the fifteenth century; Five social practices typical of the Andean civilization are identified, aimed at structuring coexistence in diversity, from which, linked to the context of the challenges of contemporary circumstances, are explored around three proposals for world laws elaborated by the author and that are part of the project called “Macchu Picchu” of the Peru Section of the WCPA.

KEYWORDS: World Constitution, andean civilization, Chaupi, Capacocha, righth of peace, unity in diversity, euthanasia.

Conscientes del abuso del hombre de ciencia y tecnología que ha llevado a la Humanidad al borde del desastre a través de la producción de armamentos horribles de destrucción masiva y al borde también de la catástrofe ecológica y social; ... Conscientes que la Humanidad es UNA a pesar de la existencia de diversidad de naciones, razas, credos, ideologías y culturas y que el principio de unidad en diversidad es la base para una nueva era en el que la guerra será contra la ley y la paz prevalecerá; en el cual los recursos totales de la Tierra se usarán equitativamente para el bienestar humano; y en el que los derechos y responsabilidades humanos básicos serán compartidos por todos sin discriminación;/ Conscientes de la realidad inescapable de que la gran esperanza para la supervivencia de la vida en la Tierra es el establecimiento de un gobierno democrático mundial.

Preámbulo de La Constitución para la
Federación de la Tierra de la WCPA

Esta fue una civilización, la civilización andina, que se caracterizó, si hubiera que elegir alguna característica esencial, absolutamente esencial, esta: se caracterizó por propiciar la diversidad, por un cultivo deliberado de la diversidad, yo diría gozoso de la diversidad. Por eso, por ejemplo, es que tenemos más de tres mil variedades de papa contadas hasta el momento y siguen apareciendo. Fuera ustedes solo encuentran una y es que claro esto es resultado de trajinar un mundo muy peculiar. Yo vengo de Chaclacayo y allí el clima es distinto y subo un

poco más y el clima es distinto, pronto el hombre que anduvo por acá comprendió que eso podría ser fuente de una gran riqueza y la tradujo en diversidad biológica y en diversidad cultural. Alardes de esto están en todas las manifestaciones de la cultura andina. Por ejemplo pensemos en los muros incas, no hay dos piedras iguales; en el muro más elaborado, piensen en el Hatun Rumilloq, donde está la piedra de los doce ángulos y ¿por qué no lo hicieron así, si era más fácil cuadrar, de tallar y todo? Porque era una cultura que valora en extremo la diversidad.

Zenón Depaz Toledo

Es hora de declarar que los hombres de buena voluntad no deben matarse entre sí que por el contrario debemos unirnos hasta experimentar la realidad de la frase del coro de los ángeles de la primera navidad: “paz a los hombres de buena voluntad”, paz aún en la circunstancia de diferencias de patria, clase, religión, credo, género, etc. como efectivamente ocurrió en la primera navidad de la historia, cuando alrededor de un pesebre se unieron los diferentes: aquellos sabios incircuncisos de países lejanos de oriente con los israelitas pastores y la familia de Nazareth.

Carta a los Hijos de Prat

1. Introducción

Los retos vitales contemporáneos exigen apertura, creatividad y realismo. Para hablar de la Cosmovisión andina como horizonte fontanal originario en la estructuración del Estado Federal a constituirse para afrontar los desafiantes temas globales; es menester primero describir el contexto de la estructuración del Estado Federal Mundial, comprendido por la circunstancia apocalíptica y la propuesta de la World Constitution Parliament Association (WCPA) quien tiene un texto acabado de una Constitución Mundial lista para ser ratificada por los seres humanos del planeta desde 1991; así como simultáneamente identificar algunos elementos del horizonte de la Cosmovisión andina, para finalmente explorar la amalgama entre ambos. Es en esta ruta donde hacemos expresas algunas prácticas sociales de la civilización andina que, concebidas de modo potentes para la convivencia vital en diversidad, son identificadas en este artículo como fuentes

inspiradoras de propuestas concretas de leyes mundiales de la Sección Perú de la WCPA y, por consiguiente, funcionales a la estructuración de un Estado Federal Planetario capaz de hacer frente a los retos vitales globales contemporáneos que estamos llamados a dar respuesta.

2. El Contexto de la Constitución Mundial

2.1. El Cay Pacha Contemporáneo

Después de la pandemia del COVID-19, en plena presencia de la guerra de Ucrania, la situación en Gaza, el conflicto Israel-Palestina y el uso planetario del internet que permite la comunicación instantánea virtual y de mensajes, la consciencia de problemas comunes que exigen ser afrontados globalmente no puede soslayarse. Nuestro mundo de aquí y ahora, nuestro “Cay Pacha”,¹ puede sintetizarse como la circunstancia de alta tecnología, globalidad y riesgo apocalíptico². En Estados Unidos de América la Universidad de Chicago, año tras año, desde 1947 publica en el Boletín *Atomic Scientist* el denominado *doomsday clock* (‘reloj del apocalipsis’), que desde sus inicios post experiencia de dos bombas atómicas y el inicio de la Guerra Fría tras dos grandes guerras del siglo XX, colocó sus manecillas a 7 minutos de la medianoche (momento símbolo de la catástrofe mundial). En la actualidad, para el año 2024, el reloj ha sido colocado, como nunca antes lo había sido, a solo 90 segundos³ de la medianoche, lo cual simboliza la proximidad de la real amenaza a una catástrofe global.

Entonces la necesidad de constituir una estructura institucional mundial, que aborde efectivamente los problemas comunes de la humanidad, nos lleva a la necesidad de construir y hacer efectiva una Constitución Mundial. Recientemente, el jurista italiano Luigi Ferrajoli ha publicado el libro *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*⁴. Empero, la suya no es una propuesta nueva, los antecedentes de la consciencia de una renovación radical en la institucionalidad internacional se remontan con suma claridad al momento inmediato posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la consciencia de sus atrocidades, el holocausto en Auschwitz, las dos bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki, con los subsecuentes procesos de Nüremberg, el establecimiento de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y poco después ante la temprana constatación de la insuficiencia de todo ello, con el inicio desde 1958 de la elaboración del texto de una Constitución Mundial consensuado por ciudadanos asociados en la WCPA.

¹ Depaz Toledo define “Pacha” señalando que “es de notar que entre la gama semántica del término pacha en el idioma aru priman la orientación temporal —que afecta aun la espacialidad en cuanto ésta se concibe ante todo como lugar— y la remisión a la totalidad. Se trata, por tanto, siempre, de alguna totalidad —es decir, un ámbito con orden y sentido— que se despliega en el horizonte del tiempo” (2018, pp. 43-44).

² Sobre esto, véase nuestro artículo en Quispe Salsavilca (2021, pp. 23-45).

³ Véase Mecklin (2024).

⁴ Véase Ferrajoli (2022).

A nuestro entender, la circunstancia contemporánea comprende, además de su alto nivel tecnológico, carácter de globalidad e interdependencia, dos componentes objetivos que constituyen su naturaleza de problema común apocalíptico y que pueden ser descritas sucintamente de la siguiente manera: a) La presencia de armas nucleares (por 9 países con 15,000 armas nucleares aproximadamente), más otras armas de destrucción masiva incluida las armas biológicas⁵; b) La presencia del riesgo ecológico, consecuencia de un desarrollo acelerado de las fuerzas productivas que no es capaz de reproducir el mismo ciclo vital al producir residuos industriales no degradables, así como el efecto invernadero, el calentamiento global, el cambio climático, etc.

Como componente subjetivo de la circunstancia contemporánea en cuanto a su contenido apocalíptico percibimos: a) La corrupción en funcionarios públicos (Kakistocracia); b) El bajo promedio de la moral global ciudadana (percepción de la situación de riesgo de la especie como inmodificable); c) El refugio del ciudadano común en actividades de ocio al alcance en una sociedad de bienestar, que va desde el “rebaño desconcertado” simultáneo a una “ingeniería del consenso” hacia la constitución del poder *smart* que llega a presentarse como la nueva realidad no condicionada que no hace sino sustituir la realidad del mundo fáctico por el mundo de la infoesfera empoderando a las grandes corporaciones, donde el ciudadano medio es convertido en sujeto sometido en el mismo momento de su libertad⁶; se abre con ello la posibilidad de vivir no como un ser corpóreo sino una realidad fantasmal compuesta por un mundo fáctico exterminado (por el *doomsday clock*) en medio de una realidad virtual, transmudana y transhumana meramente espectral y sin libertad real. Esta posibilidad, alternativa o dilema ha llevado a Byung Chul Han expresar la siguiente sospecha: “Probablemente sea un error creer que

⁵ La posibilidad real de alteraciones genéticas en vegetales, animales, microorganismos como bacterias y virus, ha incrementado exponencialmente la posibilidad de fabricación de armas biológicas en la actualidad al punto que la presencia de la pandemia del COVID-19, por el que murieron millones de personas a nivel planetario y afectó fuertemente la economía de todos los Estados, ha dado origen a una serie de “teorías de conspiración” alrededor del origen y fines de esta enfermedad. Esto ha motivado una de las propuestas de Leyes Mundiales de la Sección Perú del MANIFIESTO MUNDIAL POR LA VERDAD que exige la conformación de un grupo de notables de respetabilidad mundial que investiguen el origen de la pandemia del COVID-19. El grupo estaría integrado por tres expertos en biología molecular, dos expertos en virología, dos expertos en derecho y dos expertos en criminalística. Este grupo de investigadores deberían gozar de la libertad de acceso a toda información relacionada con el tema así como a imponer medidas coercitivas a las empresas privadas, corporaciones, Estados, personas naturales, que se nieguen a dar información, declaración, etc.

⁶ Byung-Chul Han (2021) describe un panorama subjetivo egoico que, al negar al Otro, es indiferente al exterminio del mundo fáctico sustituido por la infoesfera donde reina el poder invisible de las grandes corporaciones y donde el ciudadano común es capturado sin ser consciente de su sometimiento en su adicción y permisividad. Literalmente expresa: “El régimen neoliberal es en sí mismo *smart*. El poder *smart* no funciona con mandamientos y prohibiciones. No nos hace dóciles, sino dependientes y adictos. En lugar de quebrantar nuestra voluntad, sirve a nuestras necesidades. Quiere complacernos. Es permisivo no represivo. No nos impone el silencio. Más bien nos incita y anima continuamente a comunicar y compartir nuestras opiniones, preferencias, necesidades y deseos. Y hasta contar nuestras vidas, al ser tan amistoso, es decir, *smart*, hace invisible su intención de dominio. El sujeto sometido ni siquiera es consciente de su sometimiento. Se imagina que es libre. El capitalismo consumado es el capitalismo del “Me gusta”. Gracias a su permisividad no tiene que temer ninguna resistencia, ninguna revolución” (2021, pp.40-41).

la materia no está viva. Me fascina la materia. La desmaterialización digital del mundo es dolorosa para el amante de la materia” (2021, p. 118) y del mismo modo añade que “La ecología debe ir precedida por una nueva ontología de la materia que la experimente como algo vivo” (2021, p. 119).

Estas amenazas son permanentes y crecientes, más allá de toda diferencia cultural, nacional e ideológica. Las comunicaciones nos hacen percibir el espacio planetario como un ámbito territorial más estrecho, similar a una aldea, que permite además de la comunicación lingüística y virtual instantánea, el transporte y tráfico de mercancías a velocidad, y la presencia de enfermedades susceptibles de convertirse en breve plazo como el caso del COVID-19 en pandemias planetarias. Hay entonces un conjunto de problemas y desafíos globales de primer orden vital, que requieren, por sobrevivencia, ser afrontados de forma mundial, más allá de toda diversidad cultural por los 193 Estados Nacionales o Federales existentes. Es entonces cuando la convivencia con la diversidad se convierte en una necesidad de la especie.

2.2. La Propuesta de una Constitución Mundial

Como antecedente podríamos mencionar la idea de Emanuel Kant cuando habló de una “ciudadanía mundial” en la “Paz Perpetua”, o la Liga de las Naciones después de la denominada Primera Guerra Mundial o más aún cuando posterior a la Segunda Gran Guerra, con la consciencia del holocausto de Auschwitz, y la potencia destructiva atómica se renovó la institucionalidad mundial con el establecimiento de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Entonces no pocos percibieron con claridad la necesidad de un Gobierno Mundial, como Einstein, cuando poco después en 1948 diría: “Defiendo la idea de un gobierno mundial porque estoy convencido de que no hay otro camino para eliminar el más terrible de los peligros que hoy enfrenta el hombre. Antes que ningún otro el objetivo de evitar la destrucción total debe tener prioridad” (2000, p. 84). Empero, la idea más lograda de un Estado Federal del planeta, que a diferencia de la ONU no tiene un Consejo de Seguridad con derecho de veto de los Estados privilegiados, sino configura un Estado Federal democrático, lo encontramos en la Constitución Mundial elaborada por la WCPA fundada en 1958. Lo singular de esta propuesta es que además de tener un texto de Constitución ya redactado realizado en 4 asambleas de 1968, 1977, 1979 y 1991, encontrándose desde 1991 listo para ser ratificado por los seres humanos del planeta; conforme a sus propios términos permite que, sin que ningún Estado aún lo haya suscrito, se constituya un Parlamento Provisional Mundial.⁷ Su redacción inaugura un proceso de

⁷ Véase el artículo XIX de la Constitución Mundial que prevé el establecimiento de un Gobierno Mundial Provisional, regulando su Sección A: las Acciones que debe tomar la Asamblea Constituyente Mundial; su Sección B: El trabajo de las comisiones preparatorias; y su Sección C: Composición del Parlamento Mundial Provisional (World Constitution Parliament Association, 2003).

la consensualidad creciente de ciudadanos mundiales que se expande crecientemente a la positividad mundial, en la que la formación de leyes mundiales emitidas inauguran un similar proceso, donde no solo se cuestiona la legitimidad del orden mundial vigente, sino que simultáneamente, a medida que su divulgación atraviesa la conciencia de mayores seres humanos, se construye el Estado Mundial democrático con una institucionalidad formativa creciente; de una manera más lenta pero no menos efectiva de cómo el Tercer Estado ante los Estados Generales de Francia en 1789 finalmente se convirtió en la Asamblea Nacional.

La presencia de problemas comunes a la humanidad entera del planeta lleva el desafío de la construcción de un sistema internacional capaz de dar respuestas globales satisfactorias. El riesgo armamentista y ecológico, al ser creciente, convierte ello cada vez más en una necesidad urgente. Glen Martín encuentra en el sistema de los Estados Nación establecida desde el siglo XVII un sistema de guerra:

Los pensadores occidentales han señalado que el sistema de estado-nación es inherentemente un sistema de guerra. No son las naciones las que a veces van a la guerra para promover sus intereses. Más bien, el sistema está estructurado para hacer que la manipulación estratégica, el engaño, la rivalidad económica, las luchas por el poder y, en última instancia, la guerra, sean inevitables en las relaciones entre las naciones. (Glen, 2016, p. 76)⁸

Esto, ciertamente, en el momento tecnológico actual de la energía destructiva atómica, se hace inviable para la conservación de vida de la especie humana.

Al día de hoy se podrá cuestionar la legitimidad de la Constitución Mundial, o del Parlamento Provisional Mundial y de sus subsecuentes leyes mundiales, hasta concebirlas como simples reglas morales. Empero, la circunstancia actual que ha acercado a 90 segundos de la medianoche del *doomsday clock*, ha hecho estallar en pedazos el contenido esencial del concepto de ciudadanía en torno a los Estados Nación del planeta. Si la ciudadanía es participación en la vida política de un país para asegurar en primer lugar la vida y salud de sus ciudadanos; ello, en las circunstancias de armas de destrucción masiva poseídas por 9 países, ya no puede ser asegurada por ningún Estado y menos por los ciudadanos de los otros 184 Estados restantes. En definitiva, las estructuras jurídicas políticas de los Estados Nación no son capaces de afrontar la silenciosa amenaza del uso de las armas de destrucción masiva que tienen alcance global y que pertenecen al otro Estado

⁸ La cita en inglés es la siguiente: “Western thinkers have pointed out that the nation-state system is inherently a war system. It is not the nations sometimes go to war to promote their interests. Rather, the system is structured to make strategic manipulation, deception, economic rivalry, power struggles, and ultimately war inevitable in the relations between nations” (Glen, 2016, p. 76).

Nación que los detenta. Tenemos derechos políticos en torno a nuestro territorio, pero también en nuestro territorio recae la amenaza silenciosa y permanente de aquellas armas de destrucción que detentan cualquiera de los otros nueve u ocho⁹ Estados del Planeta, sin que gocemos de participación en ello, en la decisión de la autorización, fabricación o desmantelamiento de las armas nucleares. No hay en esto autorregulación ciudadana, por lo que el ideal de asociación de hombres libres que se autorregulan, ideal político de la modernidad, es socavada en su contenido más esencial; y ello es cada vez más manifiesto a medida que el reloj del apocalipsis se acerca a la medianoche. Esta afectación al carácter de ciudadano, no puede ser superada ni por el poder político ni económico o proyecto de vida exitoso que tenga el ciudadano al interior de su Estado Nación. La amenaza permanente es creciente y en este momento de desarrollo tecnológico ya nada asegura que en cualquier momento nuestro Estado va poder verse inmerso en un problema que lo lleve a una crisis de beligerancia nuclear. Por eso, el actual desarrollo tecnológico con armas de destrucción masiva lleva a la necesidad de reconstruir el concepto de ciudadanía y la única manera de conservar su contenido esencial en las actuales circunstancias es transformar su sentido a uno de carácter global.

3. Elementos del Horizonte de la Cosmovisión Andina

Puede parecer insólito que, para la reflexión de la necesidad de un Estado Federal planetario, acudamos a reflexionar sobre la civilización andina. No obstante, si precisamente la formación de un mundo universal ha de significar el diálogo intercultural, el abrirse a la escucha de una de las seis civilizaciones matrices de la humanidad¹⁰ no debería parecernos extraña, más aún cuando los desafiantes momentos contemporáneos lo exigen a efectos de realizar aportes en la estructuración de Estado Federal Mundial a construirse y afrontar satisfactoriamente los retos globales contemporáneos. La orientación del presente artículo navega así en contra de la corriente prevaleciente en la intelectualidad nacional¹¹, donde se anida un radical prejuicio de subestimación de la cultura sometida desde el acto de conquista hispánica y colonialidad occidental. Empero, como nos permitimos explorar con este artículo, precisamente la civilización andina, por sus características más esenciales, se presenta como inspiradora en la exploración de alternativas de vivir en paz ante la dura circunstancia de convivencia con los diferentes o los Otros¹². Quizás

⁹ Ocho si nuestro Estado fuera uno de los nueve que posee armas nucleares. La amenaza no se supera con detentar las armas nucleares. A medida que más países detentan armas nucleares, la amenaza crece y la hora final *doomsday clock* parece inevitable.

¹⁰ Así lo concibe Arnold Toynbe (1980). La civilización andina es una de las civilizaciones matrices de la humanidad junto a la egipcia, sumeria, índica, minoica, sínica y maya.

¹¹ Como lo dice Churata (2007) y resalta Depaz Toledo (2021, 1:35), nuestro problema no es económico sino ontológico.

¹² No es casual que Caral, según el reportaje de la BBC, sea la civilización madre no violenta, de 2,600 años antes de Cristo, que refuta la tesis de la guerra como origen de las ciudades. Al menos el origen de la

esta habilidad cultural haya sido la causa de un temprano “sincretismo”, al momento del encuentro entre la civilización andina y la occidental, que diera lugar a un Guamán Poma de Ayala escribir su *Nueva Crónica y Buen Gobierno* como una “Carta al Rey de España”, actitud que en cierto sentido emulamos con el presente artículo.

3.1. El Tahuantinsuyo de Hoy como el Planeta Entero

Así como el mundo conocido en el siglo XV para el mundo prehispánico sudamericano se reducía al espacio occidental sudamericano, nuestro mundo de hoy se reduce al planeta entero. Desde luego que sabemos de la existencia de la Luna, otros planetas del sistema solar y galaxias pero todos estos ambientes, que para el hombre andino formaba parte del *hanan pacha*, se encuentran humanamente deshabitados y aún no forman parte de nuestro mundo. De modo similar las tierras del espacio sudamericano occidental tenían el límite de los andes y el mar del Pacífico, con lo que se presentaba el desafío tecnológico de una transcontinental navegación, que motivó empresas como las de exploración en ciertas islas de Oceanía, de las que ha quedado huella arqueológica; y por el lado oriental el límite de una exuberante selva hostil, de la cual su exploración aún está por descubrirse¹³. La extensión territorial del Tahuantinsuyo representa así el mundo conocido para el runa de los andes en el siglo XV y en medio de una amplia diversidad de microclimas en un espacio territorial representativo de todos los climas del mundo, hizo presente también una diversidad cultural, que exigía como desafío la construcción de una formación cultural pacífica para ese mundo, que llevó a la organización política del Tahuantinsuyo. El Tahuantinsuyo de ahora es el planeta entero y la actual necesidad de responder al desafío de cómo construir una organización capaz de afrontar exitosamente los problemas globales con una paz social en medio de la diversidad cultural para el mundo de hoy tiene en el horizonte cultural andino un modo de referencia y fuente de inspiración.

3.2. El Estado como Chaupi

¿Cómo construir en este *cay pacha* apocalíptico una sociedad de Paz en medio de la diversidad? Como lo ha resaltado Zenón Depaz, la Cosmovisión andina se alegra con la diversidad¹⁴ y es en esto donde intuimos que la etnia cusqueña en la última etapa

civilización andina se encuentra en el intercambio a gran escala y no en la guerra (Caral Perú Oficial, 2018, 40:00).

¹³ Véase Vilcapoma (2023).

¹⁴ De acuerdo con Depaz Toledo, “En el ámbito andino se desarrolló un sentimiento de lo sagrado que parece haberse llamado waka, es decir una sacralidad, que fue soporte de una civilización caracterizada por el cultivo gozoso de la vida y de su diversidad ... un grave problema que ahora tenemos en el mundo es la pérdida de la diversidad de todo tipo cultural, genética, paisajística, sigan ustedes ampliando la lista. Nosotros somos herederos de una gran cosa. Esta fue una civilización, la civilización andina, que se

prehispanica ejemplificó esta actitud de la cosmovisión andina en la hegemonía del poder, que posibilita afrontar con éxito la actual difícil convivencia mundial.

La etnia cusqueña se auto comprendió como “hijos del sol”. El Sol simboliza en el cosmos la representación viviente de un centro relacional Chaupi en medio de los plurales seres vivientes de nuestro *cay pacha*. El astro luminoso se oculta en la noche e ilumina en el día, su luminosidad relaciona a los plurales seres vivientes que ante la presencia de la luz son conocidos o re-conocidos, por eso personifica la relación que hace posible que esta se lleve a cabo, pero también se oculta hasta pasar por desapercibido en la mitad del tiempo diario. De este modo la etnia cuzqueña, como etnia coordinadora se constituiría como centro relacional, *prima interparis* configurando una forma de Estado. Por ello en cuanto Estado, la etnia cusqueña antes que el detentador de un violento *ius imperium* se presentaba como un ente coordinador de etnias de diversos ayllus.

El Cusco es el quinto que se oculta entre los cuatro suyos, su construcción aprehende como organización política una observación simple de la naturaleza. Los cuatro puntos cardinales ocultan al punto quinto que es el sujeto de referencia y el quinto dedo de la mano humana es el pulgar que permite coger las cosas y manipular activando la potencia para su despliegue de los demás dedos. De este modo el quinto, es el Chaupi que como dedo coordinador alcanza a constituir una nueva entidad: la mano.

De este modo en el mundo de Hoy no ha aparecido o surgido el quinto dedo que permita formar una mano que pudiera coestructurar el mundo global para dar respuesta a los desafíos contemporáneos. La ONU no alcanza a constituirse en un Chaupi, quinto dedo coordinador efectivo real de los cuatro dedos de la mano o de los 193 países que lo conforman.

3.3. El contexto de la diversidad y la necesidad de convivir con el diferente

¿Cómo logró el Tahuantinsuyo esa Paz estimada en medio de la diversidad cultural originada por la pluralidad de los microclimas donde se confunde la zona tropical, con

caracterizó, si hubiera que elegir alguna característica esencial, absolutamente esencial, esta: se caracterizó por propiciar la diversidad, por un cultivo deliberado de la diversidad, yo diría gozoso de la diversidad. Por eso por ejemplo es que tenemos más de tres mil variedades de papa contadas hasta el momento y siguen apareciendo. Fuera ustedes solo encuentran una y es que claro esto es resultado de trajinar un mundo muy peculiar; Yo vengo de Chaclacayo y allí el clima es distinto y subo un poco más y el clima es distinto, pronto el hombre que anduvo por acá comprendió que eso podría ser fuente de una gran riqueza y la tradujo en diversidad biológica y en diversidad cultural. Alardes de esto están en todas las manifestaciones de la cultura andina. Por ejemplo pensemos en los muros incas, no hay dos piedras iguales. En el muro más elaborado piensen en el Hatun Rumilloq, donde está la piedra de los doce ángulos y ¿por qué no lo hicieron así si era más fácil cuadrar, de tallar y todo? Porque era una cultura que valora en extremo la diversidad”. Véase Genaro Aaron Caparó Rodríguez (2021, 30:51-32:53).

la corriente de Humboldt de agua fría del mar, los Andes, etc.? Como exploraremos a continuación, hubo diversas prácticas sociales orientadas a esa estabilidad, en la que habitaría la común actitud de reconocimiento de la otra etnia diferente. Enumeramos algunas de ellas: a) La reciprocidad instantánea y diferida en el ayni, la minka y la mita, b) La fiesta alrededor de una huaca o un momento del calendario agrícola, o como de todo los runas del mundo conocido (Inti Raymi), c) El Chaupi como articulador de las etnias opuestas, d) El sacrificio del inocente amado por las dos etnias (Capacocha), e) Empoderación de la capacidad de juzgar como control al poder arbitrario y abusivo (Urpayhuachak).

3.4. El mito de Cuniraya y Cahuillaca y una teoría simbólica del conflicto

En el *Manuscrito de Huarochiri* aparece un conflicto interétnico expresado de modo simbólico¹⁵ entre dos Huacas: Cuniraya y Cahuillaca. El relato mítico explora simbólicamente diversas respuestas al desafío de establecer una convivencia pacífica en medio de la permanente alternativa de la exclusión del Otro. Cuniraya masculino autocomprendiéndose excluido realiza su ataque a la fémina Cahuillaca tomando la forma de un colibrí y mediando la inseminación en un fruto de lúcuma la generación de un embarazo no deseado en Cahuillaca. Para identificar al padre de su hija, Cahuillaca “hizo llamar a las huacas de todas partes” incluido al piojoso Cuniraya. En la reunión, después de tener la certeza de la paternidad de Cuniraya, le inspiró asco y vergüenza, al percibir en Cuniraya sus parásitos en un cabeza, siendo imposible la convivencia, realizaría una peregrinación, distanciándose de él y abandonando la reunión de 3,800 msnm al frente del templo de Pachacamac y al mar, allí se arrojaría convirtiéndose con la hija común en dos islotes. Ante la imposibilidad de formar una familia con la amada Cahuillaca y su hija, advirtiéndole que lejos de recibirlo en el Templo como exigiría su poder, la suma sacerdotisa del Templo de Pachacamac Urpayhuachak visita a las dos islas, Cuniraya interpreta ello como una afrenta y ataca al templo donde destroza la pecera, viola a una de las hijas de Urpayhuachak y la otra se convierte en paloma para evitar ser violada. Al retorno de Urpayhuachak al Templo tiene la opción de enfrentarse a muerte con Cuniraya pero conociendo su poder, le ofrece despiojarlo y Cuniraya acepta. El acto de despiojo retrata el momento del equilibrio.

¹⁵ En un trabajo aún inédito y por concluir denominado: “Hoy” es aún. Una teoría andina del conflicto a partir del manuscrito de Huarochiri; con glosas simbólicas tardomodernas de Gianmarco identificamos ocho niveles del conflicto representados simbólicamente. En el presente trabajo nos abocamos únicamente a identificar y explorar el nivel Cahuillaca, Capacocha y Urpayhuachak.

4. Elementos andinos en la estructuración del Estado Federal Planeta o Nuevo Tahuantinsuyo

El presente artículo no solo pretende la difusión de la Constitución Mundial, sino también la divulgación de las propuestas que desde el Perú se han hecho como leyes mundiales en el Parlamento Provisional Mundial de la WCPA, haciendo expresa y resaltando el hecho que pensar acerca de la estructuración de una institucionalidad mundial en la posición que nos encontramos como peruanos (asumiendo al Perú como centro de la civilización andina, una de las seis civilizaciones matrices de la humanidad) explorar algunos elementos propios de la civilización andina de las cuales identificamos como sustentadores de algunas propuestas de leyes mundiales, elaboradas al interior de la Sección Perú de la WCPA.

Exploremos las diversas prácticas sociales identificadas, resaltando desde el mito tres de las siete propuestas¹⁶ de la sección Perú de la WCPA de leyes Mundiales que forman el “Proyecto Macchu Picchu”. Macchu Picchu corresponde a las siglas: **M**edidas **A**sertivas de **C**ontrol **C**iudadano **H**umano, al **P**oder **I**legítimo; y promotor de la **C**onciencia **C**ívica **H**umana **U**niversal. La exploración que aquí desarrollamos tiene el propósito de resaltar el aporte de estas instituciones que estuvieron presentes en el mundo andino, vinculándolas con tres de las siete propuestas del “Proyecto Macchu Picchu”, concibiéndolas como su versión renovada en la actual circunstancia de un Tahuantinsuyo Planetario, como Cay pacha.

4.1. La reciprocidad como práctica social

Una sociedad basada en el intercambio personal, que no conoció la moneda, pero que articuló una sociedad compleja a partir de lazos de reciprocidad sustentados en el reconocimiento mutuo, prácticas extendidas a bienes y servicios, prestaciones instantáneas y diferidas, verbalizados y registrados en los quipus. El sustento ontológico del intercambio se presentaba por el reconocimiento del *camac* en el Otro, su ánimo, su sacralidad. Este punto de partida de la organización social, concebida paralelamente como organización cósmica; es así que el contemporáneo llamado de Byung Chul Han, a la necesidad de la construcción de una nueva ontología de la materia como ser viviente

¹⁶ Las siete propuestas son las siguientes: “Declaración Universal de la Espiritualidad como derecho fundamental y política pública”; “Ley Universal de Extinción de Dominio de bienes relacionados con actividades ilícitas en Armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares a favor de la Comunidad Humana”; “Ley Marco de Monitorización democrática para el acto de elección de representantes”; “Ley que promueve la lucha por la Paz mundial en todos sus niveles, fomentando una Cultura mundial, y la “Carta a los Hijos de Prat”; “Ley de Instauración de un Ejecutivo Mundial Provisional Designando a un Ministro Mundial De Vida Saludable y Deporte”; “Ley de Manifiesto Mundial por La Verdad”; y “Ley de La Ciudadanía Global”. Véase Sección Perú de la WCPA Facebook.

fue alcanzada en el mundo andino. “Todo tiene *camac*”, todo está viviente: el cerro, el río, el lago y también la piedra. Esta cosmovisión explica la ofrenda a los Apus, su panteísmo, pero también sus construcciones arquitectónicas en piedras que parecen desplegarse a la vida, al igual que sus ciudades tomando forma de un Puma o de un Cóndor. Una sutil apreciación de los Quipus¹⁷ resalta su aparente coincidencia con la estructura del ADN y las raíces de las leguminosas, lo que correspondería a una visión fractal del universo en expansión de una figura arquetípica pequeña reproducida en cadena, con lo que el quipu constituiría algo así como el ADN del lenguaje en base a números pero que en expansión podría reproducir símbolos, conceptos, palabras, ideas como una escritura no alfabética sino tridimensional. El reconocimiento no solo movilizó intercambios entre seres humanos vivos, sino con entes de la naturaleza (lagos, ríos, montañas, nevados, etc.) así como seres humanos muertos, hasta estructurar un Estado, construido a partir de una enorme cadena de intercambios.

4.2. De la Fiesta andina prehispánica (Inti Raymi) a la propuesta de Ley Mundial de Promoción de la Cultura de Paz y Carta a los Hijos de Prat

El momento de la fiesta es un momento de reconocimiento, que motiva alegría y goce. En la modernidad la fiesta emblemática es el *happy birthday*, que se centra en el reconocimiento del sujeto personal por los homenajeados (su familia y amistades). En el mundo andino, el reconocimiento personal es sustituido por uno comunitario, donde pueda que se establezca un diálogo con las entidades del Hanan Pacha: el Sol, las estrellas, los apus, etc. O pueda que simultáneamente el reconociente se autocomprenda como homenajeador y parte homenajead. La fiesta es un acto de formación de comunidad con reconocimiento, una comunidad que es inclusiva, y por consiguiente tiende a la universalización cósmica, porque una fiesta con exclusión pierde su carácter esencial. En el mito de Cuniraya y Cahuillaca el momento de encuentro de todas las huacas en Anchicocha por invitación de Cahuillaca, se realiza con el objeto de suscitar el reconocimiento del lazo filiatorio paterno a la hija de Cahuillaca, Cahuillaca, aun cuando sienta asco por Cuniraya, lo invita a la reunión de búsqueda de la verdad –que tiene carácter festivo- participan todos los involucrados y no hay ningún excluido. En el Tahuantinsuyo la Fiesta más extensa y mundial fue la del Inti Raymi (en el solsticio de junio), desarrollando así un diálogo en comunidad universal con el Sol. Todos los pueblos se reconocían e integraban acogiendo en procesión a todas las huacas de su territorio reconocidas ritual y simbólicamente en la plaza mayor del Cusco.

¹⁷ El quipu ha sido interpretado como un registro numérico, empero se le ha señalado también como una enigmática escritura de cuerdas con nudos con diversidad de tamaños y colores. La visión fractal ha sido una intuición de Abraham Quispe (2023: 27:30).

La fiesta universal, con reconocimiento de todos sus partícipes, de todas sus huacas, de todas las diversidades, es el elemento central de una Cultura de Paz. No puede haber paz sin fiesta ni reconocimiento. La diversidad podría ser motivo de conflictos, pero precisamente el espacio de la fiesta posibilita el encuentro con reconocimiento, condición de posibilidad de la paz pública.

Explorando esta práctica social, hemos propuesto la Ley mundial de promoción de la lucha por una Cultura mundial de Paz, que permita una lectura común en medio de controversias históricas, entre etnias, religiones, naciones, etc. Lecturas de eventos históricos que permitan cristalizar acuerdos mutuos que permitan interiorizar prácticas festivas de encuentro y reconocimiento entre Pueblos históricamente enfrentados o excluidos. En tal sentido, hemos elaborado la “Carta a los Hijos de Prat” como acto destinado a tener una repercusión expansiva de paz, entre y más allá de Perú y Chile; a partir de lo cual proponemos con la ley mundial divulgarlo así como convocar a otros pueblos para el desarrollo de Fiestas en similar sentido de celebración pacífica de la diversidad y expansiva a nivel global.

Enumeremos y describamos brevemente las fiestas más significativas propuestas a ser desarrolladas:

- ***Celebración de la “Carta a los Hijos de Prat”*** como desarrollo del encuentro entre Grau y la Viuda de Prat, Carmela Carvajal. La idea es celebrar como momento festivo, más que el Combate de Angamos, el reconocimiento mutuo en medio del conflicto. La devolución de las pertenencias de Prat a la Viuda Carmela Carvajal así como la acción en el combate de Iquique, donde lejos de disparar los combatientes peruanos a los chilenos vencidos les enviaron botes de rescate al punto de escuchar el grito común: “Viva el Perú generoso”. Es por parte de Grau la renuncia al trofeo de Guerra y a la continuación de la acción militar, para abrirse al reconocimiento del Otro. Es iniciar la construcción de un puente festivo entre Perú y Chile, que con la “Carta a los Hijos de Prat” pretendemos desarrollar hasta mutar al Huáscar de trofeo de guerra a trofeo de paz, adicionando a la percepción de Grau como héroe militar y congresista, la de padre de los jueces probos al renunciar al trofeo de guerra y preferir una decisión justa que nace del reconocimiento de la dignidad del Otro inclusive cuando es enemigo en guerra.
- ***Otras potenciales fiestas en la diversidad propia de cada lucha interétnica:***

- ***El Thanksgiving.*** La fiesta de acción de gracias estadounidense nacida por el encuentro entre las poblaciones originarias americanas con los colonos europeos es la Fiesta Nacional. Aunque no tiene el sentido originario del encuentro con el culturalmente diferente, no obstante, podría ser potenciado en esa dirección.
- ***El encuentro de Francisco de Asís con el sultán Malek Al Kamil.*** Rememoración festiva del encuentro acontecido en 1219 de dos figuras emblemáticas del mundo cristiano y musulmán, que se hicieron amigos. Habría que promover la instauración de una fiesta de hermandad entre el mundo musulmán y cristiano a partir de este encuentro.
- ***Tregua de la Navidad de 1914 de la Primera Guerra Mundial.*** Rememoración del compartir entre alemanes y franceses, en medio de la trinchera de la Primera Gran Guerra.
- ***Fiesta de la Virgen María triunfante frente al dragón de siete cabezas (representación del armamentismo nuclear y de armas de destrucción masiva)***

Una percepción real como simbólica de alcance global que consensuadamente puede tener plurisignificación para el mundo ateo, agnóstico, andino no cristianizado o chamanista. La fiesta de la fragilidad del bien contra la violenta fortaleza que lleva a la autodestrucción de la especie. Esta fiesta celebra lo que relata Gandhi sobre la verdad y el amor ante el poder tiránico: “Cuando desespero recuerdo que en toda la historia humana el camino de la verdad y del amor siempre ha ganado. Ha habido tiranos y asesinos y por un tiempo ellos pueden parecer invencibles, pero al final ellos siempre caen”. Prepara los corazones para el único camino capaz de asegurar la paz en un mundo que mantiene y continúa construyendo miles de bombas atómicas o misiles nucleares, armas biológicas. Celebra el inicio y continuación de la formación del tejido de coordinación de hombres y mujeres de buena voluntad global. Es la de Urpayhuachak que enfrenta a Cuniraya en un paciente e inacabado despiojo en el Templo, concebido en la propuesta de Ley Mundial de “La Declaración Universal de la Espiritualidad como derecho fundamental y política pública” que desarrollaremos en el acápite 4.3.1 siguiente. En términos seculares o espirituales no cristianos es la fiesta de la pureza y humildad de la humanidad como representación femenina del alma humana (mama pacha) que anida el

verbo encarnado y es capaz de controlar victoriosa el gigantesco orgullo de una élite que cosifica su violenta actitud en la permanente amenaza de destrucción de las armas nucleares y de destrucción masiva.

4.3. El Chaupi como articulador universal de las etnias de un universo

Cahuillaca, en el mito prehispánico del *Manuscrito de Huarochiri*, convoca a las huacas para conocer algo trascendental y todas acuden, su carácter atractivo simboliza su poder de coordinación. Es una etnia Chaupi en posibilidad de desarrollar un Estado, no al modo Occidental moderno de violencia monopólica. Para esta coordinación, Cahuillaca realiza una convocatoria universal e inclusiva comprendiendo también al extraño y diferente Cuniraya. De algún modo podría parecer que la ONU cumpliría esta función articuladora en las actuales circunstancias; empero, su composición aristocrática de origen, visible en el derecho de veto, lo limita estructuralmente a desarrollar esta misión. En ese sentido la WCPA, que promociona con su Constitucional Mundial la formación de un Estado Federal democrático planetario, capaz de afrontar los retos comunes planetarios, inicia con el texto concluido de la Constitución Mundial desde el año 1991, un horizonte potente a ser divulgado, debatido y ratificado.

4.3.1. Propuesta de Ley Mundial de “La Declaración Universal de la Espiritualidad como derecho fundamental y política pública”

El Estado como articulador, como coordinador de acciones, respetando y alegrándose de la diversidad y no ignorándolas dejándolas al ámbito privado de tolerancia, se ha desarrollado en la denominada “Declaración Universal de la Espiritualidad como derecho fundamental y política pública”¹⁸. En donde la espiritualidad concebida de modo aconfesional es promovida por el estado de modo “neutral” y plural en su diversidad. Espiritualidad es todo aquello que nos mueve más allá de nuestro espontáneo centro egoico hacia el Otro, la humanidad, el cosmos, Dios. Espiritualidad no es el monopolio de una Iglesia sino aquello íntimamente valioso que requiere ser promovido por los Estados y es concebido como un derecho fundamental. Se postula el retiro espiritual obligatorio para los funcionarios públicos.

¹⁸ Véase Quispe (2018, pp.184-186).

4.4. El Capacocha en el horizonte andino de reconocimiento en medio del conflicto

La práctica del gran sacrificio “*capacocha*”, muerte del inocente, ha sido concebida como la vergüenza del mundo andino, negada por el Inca Garcilaso y afirmada por los Hispanistas para justificar la Conquista. Actualmente documentada arqueológicamente (Ampato en Arequipa, Lluyayllaco en Argentina, Cerro El plomo en Chile), exploramos a continuación una interpretación de ella¹⁹. Toda guerra interétnica es precedida por una agitación emocional de exclusión del Otro. Así *Como diagnóstico* la “Capacocha” alude al estadio doloroso del conflicto social de muerte de los inocentes. Nadie quiere la muerte del inocente, pero parece que nuestro ego es tan fuerte, irracional e indolente que actuamos para provocarla sin hacer nada para evitarla, es lo que relata Shakespeare sobre la muerte de los inocentes Romeo y Julieta, que sin proponérselo detiene la muerte entre Montescos y Capuletos, o en nuestro país la muerte de Inti y Bryan que da como resultado la salida política a un nuevo Gobierno y el cese de violencia. *Como estrategia*, la Capacocha significaría que el resultado querido de la Paz se alcanza cuando los inocentes son amados por las dos etnias que están en conflicto, esa sería la razón por la cual la Capacocha de las Marchas aún no alcanzaron el resultado querido, pues los 60 sacrificados no son amados por las dos etnias en conflicto. En el mito de Cuniraya y Cahuillaca se esboza simbólicamente una práctica ritual programada para evitar el desencadenamiento violento comprensible cuando se tiene presente el Capacocha arqueológico. Cuniraya pretendería vincularse con Cahuillaca teniendo un hijo en común aún sin su consentimiento. Cahuillaca y su hija en peregrinación desde las alturas a 3,800 msnm al mar representaría la peregrinación de la Capacocha del Cuzco al lugar del dios de la etnia del Padre vinculada al mar Kon-iraya, la muerte de Cahuillaca y su hija tendría el propósito de establecer un nuevo equilibrio de Paz. Dirían algo así como: “Pensábamos que los Incas eran nuestros enemigos pero ahora vemos como ofrecen a nuestros dioses una de sus hijas más queridas”. El sentido del

¹⁹ Schroedl (2008) ha hecho una interpretación de carácter político: “El análisis básico de este ritual se debe a Pierre Duviols (1976) quien describió la *Capacocha* usando la metáfora convincente del sistema circulatorio del cuerpo humano —en el sentido de que la *Capacocha* como sistema circulatorio aseguraba el intercambio existencial entre las provincias y la capital de Cuzco, así como lo desempeña el sistema circulatorio del cuerpo humano entre los miembros y el corazón—. Cristóbal de Molina de Cuzco (1988 [1575]: 120-128) nos da una descripción muy detallada del ritual: al celebrar la *Capacocha* se ponían en camino delegaciones desde todas las provincias del imperio con ofrendas (tales como coca, oro, plata, *cumbi*/tejido fino, llamas etc. y también niños escogidos) y con objetos de culto de sus *huacas* más importantes. Una vez llegados a la plaza central de Cuzco, los escogidos para los sacrificios tenían que rodear los ídolos incaicos en presencia del Inca —un acto mediante el cual todas las ofrendas adquirirían un aura sagrada (Bravo Guerreira, 1985: 290)—. Luego el Inca mandaba repartir las ofrendas entre los sacerdotes con orden de sacrificarlas in situ a las *huacas* locales. No obstante, los primeros sacrificios ya se habían realizado en Cuzco mismo, dedicados a los principales ídolos incaicos, a saber al Creador, al Sol, al Trueno y a la Luna. Después de los actos solemnes en Cuzco, las delegaciones regresaban a sus provincias llevando sus objetos de culto y las ofrendas. De este modo difundían la *Capacocha* por todo el imperio” (párr. 13).

sacrificio del inocente sería ese... el de impedir un espiral de exclusión y ola de violencia mayor.

4.4.1. *Un Ejemplo concreto de pensar la Diversidad desde el horizonte Andino.
Nuestro Voto en el Caso de Ana Estrada*

El año pasado 2022, en mi posición de juez supremo provisional y presidente la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, conocí el caso Consulta Expediente N.14442-2021 Lima del pedido de eutanasia de la ciudadana con enfermedad autoinmune Ana Estrada. El caso tuvo un pronunciamiento favorable de un juez constitucional en amparo y como se trataba de inaplicar el artículo 112.º del Código Penal bajo argumentos constitucionales sin impugnación alguna, subió “en Consulta a la suprema” sin pasar por la sala superior.

El Voto ganador fue por aprobar la Consulta, el voto minoritario por negarla. Mi voto (alineado en lo principal al ganador) fue por aprobarlo pero agregando en lo sustancial el denominado “derecho de visita” al “protocolo de actuación”. Voy a resaltar el aspecto distintivo de mi voto que sustentó el “derecho de visita”. Me limito a ello porque voy a vincularlo a la práctica andina de la Capacocha.

En torno a la eutanasia es visible la división de dos grandes posiciones: una pro derecho a decidir que es moderna, occidental y ciudadana y otra pro vida: tradicional, andina y/o religiosa y más rural. Mi voto, resaltando las aporías de la eutanasia que se presenta como un acto de mayor libertad al mismo tiempo se presenta como el acto de mayor vulneración de la libertad al atacar a la vida que es la condición de posibilidad de todo acto de libertad; consideramos pertinente agregar al protocolo de actuación la necesaria aceptación por parte de la ciudadana de abrir sus puertas a la visita de los representantes de la etnia “provida”. Sin esta aceptación su acto no puede contar con el apoyo del Estado y la razón es la siguiente: su muerte en los términos que se solicita terminaría cerrando el círculo en su propia etnia, su cosmovisión se presentaría como triunfadora extendiendo los logros del “derecho a decidir”, pero del otro lado su acción al no abrirse a la etnia diversa, significaría el robustecimiento de estereotipos “tradicionalistas”, “fanáticos”, “religiosos”, dividiendo más la comunidad, sirviendo a su fractura sin llegar por ello a ser mínimamente digna. Por el contrario, aceptar el derecho de visita antes de la decisión final transformaría la acción ensimismada en una de la Comunidad. Abrir ese espacio de interacción entre las dos etnias recoge la idea del Estado como Chaupi y convierte el sacrificio de la ciudadana concebido como heroísmo de grupo particular, en un sacrificio Capacocha compatible con los derechos humanos, que no acrecienta el espiral de violencia entre las dos etnias sino que, en cambio, la detiene y posibilita su encuentro, su dialogo.

Este derecho de visita no pretende cambiar la decisión de la ciudadana sino evitar el espiral de exclusión, desarrollar de algún modo, un mínimo lugar de acompañamiento, haciendo copartícipe a los miembros de la etnia diversa con la persona que decide su eutanasia. Literalmente, incluido un par de citas como notas a pie de página que igualmente reproducimos, nuestro voto decía:

Sobre esto último debe tenerse presente la tradición del pensamiento andino, en cuya pretensión de convivencia en la diversidad de grupos étnicos estableció el fortalecimiento de lazos sociales precisamente con el que piensa diferente²⁰ y que en situaciones como la del presente caso resultan inspiradores para encontrar la solución más óptima para una convivencia pacífica en una sociedad pluricultural, desarrollando el espacio de encuentro que nos reconoce como miembros de una familia universal.²¹ (Corte Suprema de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, 2022, pp. 101-102)

²⁰ En la cosmovisión andina interpretada por Zenón Depaz, desde el Manuscrito de Huarochirí (Dioses y Hombres de Huarochirí, escrito por Francisco de Ávila en quechua y traducida por primera vez al castellano por José María Arguedas), el tema del encuentro con el otro en cuanto otro, con el diferente es constitutivo del orden social; así llega a expresar ello con lo siguiente: “El escenario así abierto se compone de las dos partes del mundo de donde vienen esos dos zorros a dar cuenta de su marcha, dos mitades que pueden aparecer ante todo como complementarias o como contrapuestas, según la actitud de quienes hacen parte de ellas. En este caso, el zorro que viene de arriba se dirige hacia abajo y el que viene de abajo se está trasladando arriba, lo cual es, simbólicamente, un “ponerse en el lugar del otro”, condición de posibilidad del diálogo. Igualmente, el tenor de la pregunta planteada ya proyecta una voluntad de hacerse cargo del mundo del otro. Ciertamente, el simbolismo del arriba y el abajo, remite también a jerarquías, pero la dirección que siguen los zorros caminantes apunta a una inversión de posiciones, instalando así la contingencia en posicionamientos que podrían aparecer de otro modo como necesarios, ineluctables e inapelables, inmunes al diálogo. Se trata pues de un escenario cambiante, en movimiento, sobre la base de una topología estrictamente referencial. / Ese escenario se constituye sobre la base de una apertura hacia el otro como un hermano. Dadas las connotaciones de jerarquía y aún de dominación que tiene la topología arriba-abajo en el imaginario colectivo, el hecho de que sea el zorro de abajo el que abre el diálogo, dirigiéndose al de arriba como a un hermano, define con mayor claridad los roles que asumen los interlocutores, los cuales en este caso se constituyen sobre la base de la equidad que hace posible el diálogo entre quienes son diferentes” (Depaz 2015, pp. 297-298). El Manuscrito de Huarochirí ha sido considerado por Pierre Duvoils y Angel Rama como un Popol Vuh de la cultura andina, es decir, en definitiva un texto sagrado: “Ángel Rama de México dijo: Andado, es decir, se ha conservado junto a la versión española del manuscrito, y de los suplementos, los prólogos de José María Arguedas, con las redes supresiones impuestas por la eliminación del original quechua, y de los estudios académicos, y el apéndice francés, el apéndice del investigador francés sobre la vida y la obra de Francisco de Avila, que aporta inestimables datos sobre los orígenes del manuscrito quechua que ya ha pasado a hacer el de dioses hombres’ de Huarochirí una especie de Popol Vuh de la antigüedad peruana”. (Biblioteca Nacional del Perú, 2015, 58:05-59:09). Esta cita pertenece al texto de la nota a pie de página de mi voto citado, donde lleva la numeración 84 y no 20).

²¹ En esto seguimos el texto del primer párrafo del Preámbulo la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. No lo concebimos como un texto lírico sino como un texto que alude al carácter originario de la dignidad humana común en cada miembro de la especie humana y que encuentra su materialización en el caso específico de la autodeterminación en el momento terminal de la vida en el derecho de visita que se desarrolla en el Protocolo de actuación. (Esta cita pertenece al texto de la nota a pie de página de mi voto citado, donde lleva la numeración 85 y no 21).

Esta práctica social de acompañamiento no es totalmente nueva, sino que está ya presente. Mi voto citaba al grupo evangélico Doctores Marabrisas (Canal IPe, 2018) y también la película *Patch Adams*. En el film, un estudiante de medicina va a visitar gente moribunda a darle acompañamiento pretendiendo hacerle reír; y en una de esas se encuentra con un enfermo que no lo quiere recibir, porque siendo muy moderno, no quiere recibir limosnas, ni quiere despertar compasión, sino se autocomprende autónomo. Y así el enfermo lo rechaza, pero en una de esas el visitante inesperadamente se le aparece disfrazado de ángel y diciéndole “un anticipo del futuro”, le hace reír, a pesar de su situación de moribundo, formándose entre ambos un lazo, que los hace abrirse hacia el misterio, despertándose una empatía muy humana muy digna. Esto resume el propósito del convertir el sacrificio cerrado de una etnia (la moderna) en el sacrificio abierto, de encuentro, integrando al diferente, posibilitando la Comunidad y por lo tanto constituyendo un momento sagrado y de fiesta.

4.5. Empoderación de la capacidad de juzgar como control al poder arbitrario y abusivo (Urpayhuachak)

Ley Universal de Extinción de Dominio de bienes relacionados con actividades ilícitas en Armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares a favor de la Comunidad Humana.

Cuando es insuficiente la muerte del inocente, el mito nos muestra que después de la conversión de Cahuillaca y su hija en Islas (metáfora simbólica del sacrificio) aparece en el mito la escena del ataque al Templo y el subsecuente retorno de Urpayhuachak, que le propone a Cuniraya despiojarlo. La escena del despiojo, la limpieza prolija, matando al parásito (el que solo recibe y nunca da desnaturalizando las relaciones andinas de reciprocidad), es símbolo de la práctica social de juzgar. El “despiojo”, representa la instauración de un sistema de control de los actos abusivos y arbitrarios. Entonces en la era de presencia global de armas de destrucción masiva que constituye la principal amenaza creciente de la sobrevivencia de la especie humana, debe despertar la presencia de una fortalecida Urpayhuachak, sistema de justicia global capaz de detener la locura de la amenaza. En esto se desarrolla la propuesta, más allá de lo que digan las leyes estatales, y con vocación de aplicación pronta cuando sea asumida por la mayoría de operadores del sistema de justicia, como preceptos de derecho natural a la sobrevivencia de la especie de manera similar a la lucha contra el narcotráfico, toda ganancia, inversión, sueldo, pensión, etc. de actividades vinculadas a la creación, fabricación, almacenamiento, transporte, utilización, etc. de armas de destrucción masiva pasan a ser confiscadas y a formar parte

de las propiedades de la Comunidad Humana Universal para ser utilizadas en la lucha contra la pobreza extrema global.

5. Palabras finales

Asumiendo y alegrándonos de la diversidad, hemos recorrido con este artículo la ruta de repensar las instituciones, su naturaleza y funciones con la capacidad de afrontar los actuales problemas globales, no solo sin soslayar la matriz de la Cosmovisión andina, sino haciéndola expresa como fuente inspiradora de propuestas cruciales en la nueva institucionalidad mundial. Estas propuestas desarrollan una articulación en la diversidad como *Chaupis* pretendiendo fortalecer los lazos comunes, sin renunciar a promover el despliegue de la vida en su diversidad con la confianza de la plural relación de los centros vitales, que se entretelen en contexto de la circunstancia apocalíptica del *cay pacha* contemporáneo.

Referencias

- Asociación Constitución y el Parlamento Mundial. Sección Perú. (s. f.). *Inicio* [Página de Facebook]. <https://www.facebook.com/people/Asociaci%C3%B3n-Constituci%C3%B3n-y-el-Parlamento-Mundial-Secci%C3%B3n-Per%C3%BA/100064734160977/>
- Canal IPe. (2018). *I. Acción Voluntaria - Doctores Marabarisas - Segunda Temporada* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=8ZAJyNDZT_Y
- Caral Perú Oficial. (2018). *Pirámides Pérdidas de Caral. Documental de la BBC* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=xLdI0R3A3o0>
- Corte Suprema de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente: (2022). Consulta Expediente N. 14442-2021- Lima, 22 de julio de 2022. Plataforma del Estado Peruano. chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/83898c004807022a9ab8db6b50288fa1/EXPEДИENTE+14442-2021_220805_094927.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=83898c004807022a9ab8db6b50288fa1
- Depaz Toledo, Zenón (2015). *La Cosmo-visión andina en el Manuscrito de Huarochiri*. Ediciones Vicio Perpetuo.
- Einstein, A. (2000). *Mis Creencias*. Editado por elaleph.com. chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/http://www.vinolas.cat/webs/biblioteca digital/libresdigitals/EINSTEIN._Mis_Creencias.pdf

- Ferrajoli, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. Editorial Trotta.
- Genaro Aaron Caparó Rodríguez (2021). *Sacralidad y Religión en la Matriz Civilizatoria Andina, Dr. Zenon Depaz*. (Video). Lima Perú. UNMSM Facultad de Letras y Ciencias Humanas. <https://www.youtube.com/watch?v=LDOyhAcj5ZE>
- Grupo Emancipador Perú. (2021). *El Aporte de la Civilización Andina Dr. Zenon Depaz*. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=ySNmdxcK4P0>
- Han, B. (2021). *No-cosas. Quiebres del mundo de Hoy*. Penguin Random House.
- Martin, G. T. (2016). *One World Renaissance. Holistic Planetary Transformation Through a Global Social Contract*. Institute for Economic Democracy.
- Mecklin, John. (2024). A time of unprecedented danger: It is 90 seconds to midnight. Doomsday Clock Statement. Science and Security Board. Bulletin of the Atomic Scientists. January 23, 2024. <https://thebulletin.org/doomsday-clock/current-time/>
- Quispe Salsavilca, D. (2018). *Dos Ensayos sobre la destinación existencial mestiza y la espiritualidad en el mundo de hoy*. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Quispe Salsavilca, D. (2021): Iusnaturalismo Post Positivista y Propuesta de Ley Universal de Extinción de Dominio de Bienes Relacionados con Actividades en Armas Nucleares y De Destrucción Masiva. *Revista Sapientia & Iustitia*, 1(2), 23-45.
- Schroedl, A. (2008). La Capacocha como ritual político. Negociaciones en torno al poder entre Cuzco y los curacas. *Bulletin de l'Institut Francais d'Études Andines*, 37(1), 19-27. <https://journals.openedition.org/bifea/3218>
- Toynbee, A. J. (1980). *Estudios de la Historia*. Alianza Editorial.
- Vasquez Carrillo, F. (2023, 12 de agosto). II TUPAY: DISCUTIENDO LAS BASES DE NUESTRA CONVIVENCIA [Video]. Facebook. https://guiastematicas.biblioteca.pucp.edu.pe/apa_7aedicion/recursos_web
- Vilcapoma, J. C. (2023). *En la Ruta del Antisuyo y el Atlántico*. Instituto de Investigaciones y Desarrollo Andino.
- World Constitution Parliament Association (WCPA). Asociación por la Constitución y el Parlamento Mundial. (2003). “Una Constitución para la Federación de la Tierra”. <https://constitucionmundial.com/texto-completo>



DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN EL PERÚ. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LAS PLATAFORMAS ITINERANTES DE ACCIÓN SOCIAL (PIAS)

*Jainor Avellaneda-Vásquez**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
javellaneda@ucss.edu.pe

RESUMEN: En este artículo se busca analizar los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios, a partir del trabajo interinstitucional con enfoque intercultural que realizan las Plataformas Itinerantes de Acción Social (PIAS) en la actualidad. Así, se inicia describiendo la diversidad lingüística peruana, para luego desarrollar el contenido teórico y la regulación jurídica de los derechos lingüísticos, y especialmente, para explicar cómo son promovidos y garantizados por el Estado peruano a través de los servicios básicos que proporcionan las Plataformas Itinerantes de Acción Social (PIAS).

PALABRAS CLAVE: Diversidad lingüística, derechos lingüísticos, interculturalidad y Plataformas Itinerantes de Acción Social.

LINGUISTIC RIGHTS OF INDIGENOUS AND NATIVE PEOPLE IN PERU. AN ANALYSIS FROM THE ROVING SOCIAL ACTION PLATFORMS (PIAS)

ABSTRACT: This article seeks to analyze the linguistic rights of indigenous or native peoples, based on the inter-institutional work with an intercultural approach carried out by the Itinerant Social Action Platforms (PIAS) today. Thus, it begins by describing the Peruvian linguistic diversity, and then develops the theoretical content and legal regulation of linguistic rights and, above all, explains how they are promoted and guaranteed by the Peruvian State through the basic services provided by the Itinerant Platforms of Social Action (PIAS).

KEYWORDS: Linguistic diversity, linguistic rights, Interculturality and Itinerant Platforms for Social Action.

* Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Católica Sedes Sapientiae, Perú, donde obtuvo el 1.º puesto de su promoción. Investigador a tiempo completo por su misma casa de estudios. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-1948-7503>.

1. Introducción

Los derechos lingüísticos son esenciales para la vida y desarrollo de los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, desempeñan un papel fundamental en la preservación y la vitalidad de sus lenguas maternas, las cuales, al ser empleadas en los ámbitos público y privado, fomentan la continuidad cultural, histórica, social e identitaria de estas comunidades. Por tales motivos, el Estado peruano mediante sus instituciones viene aprobando leyes e implementando políticas públicas y programas a fin de reconocer y garantizar los derechos lingüísticos de los hablantes de lenguas indígenas u originarias vastamente comprendidos en el territorio nacional.

Desde el año 2015, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), en coordinación con otros sectores y organismos públicos, ha venido implementando en el marco del Programa Plataformas de Acción para la Inclusión Social (PAIS), las Plataformas Itinerantes de Acción Social (en adelante, PIAS) (Ayala Ramos, 2020). Así, las PIAS son embarcaciones y aeronaves orientadas a acercar y proporcionar servicios sociales básicos a comunidades indígenas ubicadas en las cuencas de la Amazonía peruana y el departamento de Puno.

La principal misión de las PIAS, mediante los servicios sociales que brindan, consiste en acortar las distancias geográficas que dificultan a los pueblos indígenas u originarios ejercitar plenamente sus derechos fundamentales; en otros términos, extender la presencia del Estado peruano hacia las comunidades más alejadas del país, donde subyacen no pocas situaciones de vulnerabilidad jurídica. Ahora, en este artículo se pretende explicar el modo de cómo las PIAS a través de los servicios que ofrecen garantizan los derechos lingüísticos en tanto derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios en el Perú.

En este sentido, se inicia el artículo realizando un análisis descriptivo acerca de la diversidad lingüística peruana, señalando a través de datos estadísticos, las características centrales de los pueblos indígenas u originarios como la cantidad de lenguas, de familias, de lenguas en peligro de extinción, población actual etc. Luego se realiza un análisis de los derechos lingüísticos, explicando sus principales postulados teóricos, y examinando sus postulados normativos nacionales desde la historia, la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los dispositivos legales e infralegales. Finalmente, se aborda el significado de las PIAS, y se exponen los avances y la garantía que los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios están teniendo a través de ellas.

2. Perú: ¿un país para la diversidad lingüística?

El Perú es uno de los países más íntegros en diversidad. Sus múltiples realidades, cuyas formas de expresión encuentran asidero en términos de interculturalidad, multiculturalidad y plurilingüismo, le son inherentes desde tiempos inmemoriales. Ya el escritor y antropólogo José María Arguedas en su diario personal que se incluyó en la primera edición de *El zorro de arriba y el zorro de abajo* (1971), escribió, que, como el Perú, “no, no hay país más diverso, más múltiple en variedad terrena y humana; todos los grados de calor y color, de amor y odio, de urdimbres y sutilezas de símbolos utilizados e inspiradores” (2006, p. 13).

No obstante, la diversidad que describe el amauta y, en específico, la diversidad lingüística, “puede ser vivida de muy diferentes formas, como una riqueza, por supuesto, pero también como una maldición” (Calvet, 2001, p. 100). Así, la problemática en la que sucumbe la diversidad lingüística peruana, tiende a iniciarse en las primeras décadas del siglo XVI, con la llegada de los españoles. Desde aquella época, el fenómeno de la castellanización acompañó al imperio en su aventura colonizadora, y fue impuesta como una política estatal permanente en detrimento de las lenguas indígenas, de las lenguas indígenas andinas, para denotar exactitud (Valer Bellota, 2020; Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2023).

La lengua indígena es uno de los lugares del conocimiento, es sinónimo de trascendencia, de memoria; “y si entendemos que la lengua es un elemento central en la vida de un pueblo indígena, entenderemos que la vitalidad de la lengua es también la fuerza del pueblo” (Panizo, 2022, p. 67). Las lenguas indígenas que preexisten a la idea de Estado, muy anteriores al castellano, son las filosofías que remiten a diversos espacios y temporalidades, expresan un modelo de mundo, una cultura, un tipo de sociedad asediada por generaciones de hombres, de costumbres, usos y hábitos (Bentivegna, 2017; Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2023).

Según la base de datos oficial del Ministerio de Cultura y el Censo Nacional, en el Perú existen 55 pueblos indígenas u originarios, 4 andinos y 51 amazónicos, que hablan 48 lenguas indígenas u originarias, 4 andinas y 44 amazónicas, las cuales se encuentran divididas en 19 familias, 17 amazónicas y 2 andinas. Los departamentos con mayor diversidad lingüística son Loreto y Ucayali, con 29 y 15 lenguas indígenas respectivamente (Ministerio de Cultura, 2019; Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017). Las 48 lenguas que conforman tal diversidad lingüística peruana cada día pierden hablantes, lo que representa un serio peligro para la vitalidad de las mismas. En la Tabla 1, nótese los niveles de vitalidad de ciertas lenguas indígenas u originarias.

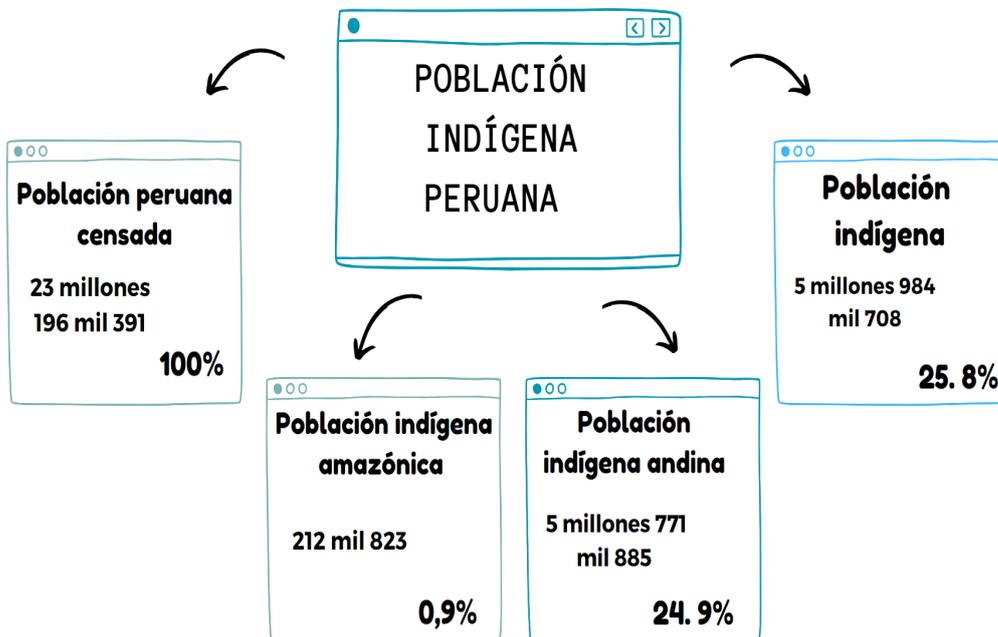
Tabla 1

Niveles de vitalidad de las lenguas indígenas u originarias en el Perú

Lenguas indígenas más habladas		Lenguas indígenas menos habladas	
Lengua	Hablantes	Lengua	Hablantes
Quechua	3 805 531	Muniche	8
Aimara	450 010	Iñapari	5
Ashaninka	73 567	Omagua	3
Awajun	56 584	Resígaro	3
Shipibo-konibo	34 152	Taushiro	1

Nota. Adaptado de “¿Cómo somos?”, por Ministerio de Cultura, 2019, pp. 11-14.

La prioridad del Estado por una lengua, por la lengua mayoritaria, el castellano, no solo ocasiona la muerte de muchas lenguas indígenas sino la estigmatización y discriminación de sus hablantes (Valer Bellota, 2020). Tal es la suerte de la lengua indígena amazónica Taushiro, cuya vitalidad depende de la existencia de una sola persona, el señor Amadeo García García (Panizo, García y Howard, 2020). No obstante, el Censo peruano de 2017 informa que la población indígena peruana continúa siendo ampliamente fecunda, cuyas lenguas indígenas con mayor vitalidad, como bien se detalla en la Tabla 1, alcanzan y superan los cinco millones de hablantes.

Figura 1*Población indígena u originaria en el Perú según el Censo del 2017*

Nota. Adaptado de “Censo Nacional 2017. XII de población, VII de vivienda y III de comunidades indígenas”, por Instituto Nacional de Estadística, 2017, p. 45.

Los habitantes de los 55 pueblos indígenas y originarios que existen en el Perú ocupan la cuarta parte de la población nacional en la actualidad. A nivel de ubicación territorial, en el departamento de Lima viven la mayor parte de población indígena u originaria del país, superando a 1 346 399 personas; después de Lima se encuentra Puno con 857 469 hablantes (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017; Ministerio de Cultura, 2019).

3. Derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios en el Perú

3.1. Concepto y naturaleza de los derechos lingüísticos

Según Lovón-Cueva y Quispe-Lacma (2020), “se discrimina al Otro por poseer una cultura, una lengua, una educación diferente. Los grupos minorizados son considerados porta-dores de deficiencias” (p. 747). El Otro es el ser indígena, su familia, su pueblo y todas las generaciones precedentes. El Otro emplea una lengua originaria para comunicar pensamientos, sentimientos, y afianzar la supervivencia del milenar sistema cultural al cual pertenece (Flores, Córdoba y Cru, 2020).

La apremiante necesidad de proteger y garantizar la fecundidad lingüística de los hablantes de lenguas indígenas u originarias ante fenómenos discriminatorios, ha provocado el surgimiento de una legislación especial en materia lingüística, un reconocimiento constitucional y legal de los derechos lingüísticos (Hamel, 1995; Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2024). Estos derechos, que buscan instaurar una cultura de respeto por el ser humano hablante de una lengua distinta a la lengua occidental, están comprendidos originariamente dentro de una concepción tripartita: se les puede concebir como derechos naturales, derechos fundamentales y derechos humanos.

Visto lo anterior, como primera derivación se tiene que los derechos lingüísticos son derechos naturales. Si los pueblos indígenas u originarios identificados su diversidad lingüística preexisten a la idea de Estado, de Constitución Política e Instrumentos Internacionales de DD. HH., entonces no resulta precipitado hablar de derechos lingüísticos como derechos de la naturaleza, dado que existen o “están ahí” sin necesidad de una regulación jurídica local o internacional.

La segunda derivación promueve la categoría de derechos lingüísticos como derechos fundamentales. ¿Qué significa que los derechos lingüísticos sean fundamentales? Deben ser destacados en función de su rango comprensivo, es decir, a la esfera básica o mínima de las personas indígenas, una esfera ineludible de la dignidad humana supeditada únicamente a procesos históricos-culturales y motivaciones valorativas propias de cada sociedad (Huerta, 2010). En otros términos, son derechos fundamentales en mérito a la función de esencialidad y utilidad que ejercen para el desarrollo humano, lo cual, al mismo tiempo, coincide con los fines de la sociedad y el Estado (Landa Arroyo, 2017, p. 11).

De otra parte, respecto de la tercera derivación, los derechos lingüísticos son derechos humanos individuales y colectivos, amparándose sobre la base de dos principios de validez universal: la dignidad humana de todas las personas y la igualdad formal (igualdad ante la ley) de todas las lenguas. Asimismo, la voluntad de los destinatarios para ejercer estos derechos exclusivos es muy importante en la adopción y actualización de leyes, políticas públicas y programas, destinados a garantizarlos (Hamel, 1995; Bermúdez-Tapia, 2001).

Pero en sí, ¿cómo se explica que los derechos lingüísticos son derechos humanos individuales y colectivos? Hamel (1995) realiza una diferenciación entre derechos lingüísticos individuales y colectivos en el marco de los derechos humanos, poniendo de manifiesto dos componentes:

1. El principio de igualdad en el trato de miembros de las minorías y de las mayorías; y la igualdad formal de las comunidades lingüísticas.

2. La adopción de medidas especiales para garantizar el mantenimiento de las características específicas del grupo. (p. 16)

La necesidad de garantizar los derechos lingüísticos individuales se ha visto frecuentemente reflejada en contextos de desigualdad de oportunidades o capacidades, donde las personas indígenas, al ejercer sus derechos fundamentales, son constantemente discriminadas debido a que se expresan en una lengua indígena. Por otro lado, las comunidades y minorías lingüísticas marginadas requieren un trato exclusivo y diferenciado, así como una protección institucional inmediata para asegurar su supervivencia como colectividad, lo que implica también la supervivencia de sus lenguas y las oportunidades reales de utilizarlas en contextos públicos y privados. Este concepto ilustra claramente el significado de los derechos lingüísticos colectivos, como se menciona en Hamel (1995).

Los derechos lingüísticos como derechos humanos realmente son de utilidad en la praxis, solo si existe voluntad política local. Debiéndose entender que esta voluntad política debe provenir de una democracia oscilante entre la distribución equitativa de los bienes primarios y las capacidades o libertades, como es el caso de la libertad de asociación de los individuos históricamente marginados (May, 2010; Flores-Farfán, 2011). La voluntad política de respetar, promover, garantizar y proteger los derechos humanos, en este caso los derechos lingüísticos, apoyada en el derecho y la moral, debe ser efectiva, de lo contrario el Estado incurriría en violación de derechos humanos de carácter omisivo (Pollmann, 2008).

Una violación omisiva de derechos humanos en tanto derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios estaría abocada al silencio institucional respecto de la protección jurídica en el uso de sus lenguas maternas como puentes de acceso a derechos fundamentales como la salud, la educación, la identidad, etc. Sin embargo, si existe voluntad política, mediante programas interinstitucionales es posible garantizar los derechos lingüísticos y acercarlos, incluso a comunidades indígenas de difícil acceso geográfico. Tal es el trabajo que realizan las PIAS en la actualidad como únicos garantes de los derechos lingüísticos en las comunidades indígenas ubicadas en la Amazonía peruana y el departamento de Puno, cuya importancia radica en la promoción del desarrollo humano mediante la satisfacción de sus necesidades y aspiraciones básicas bajo un enfoque intercultural y de derechos humanos.

3.2. Breves postulados históricos de los derechos lingüísticos en el Perú

Desde la llegada de los españoles, el fenómeno de la castellanización (un arma de guerra) cuyo objetivo fue invisibilizar las lenguas indígenas, no ha dejado de extenderse. Esto se ha visto reflejado a través del débil reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por el Estado peruano, traducido en la carestía de antecedentes jurídicos sólidos que den parte de su existencia, durante el periodo colonial y gran parte de la era republicana (Chuecas Cabrera, 2006; Valer Bellota, 2020; Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2024).

La primera norma fundamental que reconoció ciertos derechos a la población indígena, como el desarrollo cultural colectivo, la tutela de sus necesidades básicas y exclusivas, fue la Constitución Política peruana de 1920. Luego, con la Constitución de 1936, se reconoció la personería jurídica y el derecho a la propiedad de sus comunidades, de sus tierras. Asimismo, la Constitución Política de 1979 extendió significativamente esta protección jurídica, aquí se reconoció la diversidad e identidad cultural y lingüística sin discriminación, así como el derecho a la educación intercultural, la autonomía e independencia en el uso de la tierra y la administración comunal (Chuecas Cabrera, 2006; Seminario-Hurtado, 2021).

Si bien la Carta fundamental de 1979 fue una de las primeras constituciones a nivel mundial, en oficializar las lenguas indígenas, como el quechua y el aimara (Huañahui Sillocca, 2021), los proyectos de oficialidad se gestaron algunos años antes de su promulgación. En la etapa final de la gestión del expresidente Velasco Alvarado, se adoptó el Decreto Ley N° 21156, que oficializó el quechua, una lengua indígena por primera vez en la historia nacional (Seminario-Hurtado, Castillo-Gamarra y Buendía-Casafranca, 2020), aunque su finalidad haya sido “elevar políticamente el perfil de esta lengua, mas no implementar una educación bilingüe” (Lovón-Cueva y Quispe-Lacma, 2020, p. 736).

3.3. Constitucionalidad de los derechos lingüísticos

Ahora bien, la Constitución Política de 1993 (vigente), en sus artículos 2 inciso 2¹, 19²; 17³ y 48⁴ protege la diversidad e identidad cultural y lingüística, fomenta la educación intercultural y reconoce la oficialidad de las lenguas indígenas. Por esto, es ineludible otorgar rango constitucional a los derechos de los pueblos indígenas u originarios, esencialmente a los derechos lingüísticos, puesto que son la base para ejercer otros derechos fundamentales en el marco del desarrollo humano (Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2024)

En los últimos años, la entidad nacional con mayor autoridad para interpretar la Constitución, el Tribunal Constitucional (TC), ha venido publicando diversas sentencias en materia de derechos lingüísticos, sobre la naturaleza de la oficialidad de las lenguas indígenas u originarias, identidad cultural y lingüística, personería jurídica, exclusividad jurídica y promoción de la justicia a partir de la gestión pública (Seminario-Hurtado, 2022; Seminario-Hurtado y García-Chinchay, 2023). Véase en la Tabla 2 los pronunciamientos del TC a favor de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios.

Tabla 2

Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios

Sentencia	Fundamento jurídico	Derechos reconocidos
Sentencia Expediente N° 0006-2008-PI/TC (2008)	Fundamento 21.- El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios.	Identidad cultural Promoción de las prácticas culturales

¹ Constitución Política del Perú (1993). Artículo 2, inciso 2: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

² Constitución Política del Perú (1993). Artículo 2, inciso 19: “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

³ Constitución Política del Perú (1993). Artículo 17: “El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”.

⁴ Constitución Política del Perú (1993). Artículo 48: “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

Fundamento 5.- La facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros.

Sentencia 0022-2009-PI/TC (2010)

Identidad cultural
Igualdad ante la Ley
Participación en la vida cultural
Práctica y revitalización de tradiciones y costumbres culturales
No ser discriminado por su origen o identidad indígena

Fundamento 3.- La Constitución de 1993 reconoce de manera expresa el pluralismo cultural existente en nuestra sociedad, el derecho individual a la identidad diversa, el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir protección por parte del Estado y la sociedad en general, consagrando una serie de disposiciones.

Sentencia Expediente N° 02196-2014-PA/TC (2019)

Identidad cultural: individual y colectiva
Práctica y revitalización de tradiciones y costumbres culturales
Derechos culturales y lingüísticos

Fundamento jurídico 34.- ... El uso de los idiomas originarios en todo nivel administrativo y judicial, es de obligatorio cumplimiento normativo,

Sentencia Expediente N.° 00367-2016-HC/TC (2020)

Uso del idioma propio
Derecho al intérprete
Promoción lingüística

	Fundamento 9.- La virtualidad máxima de la dimensión colectiva	
Sentencia	del derecho al uso de una lengua originaria, se alcanza cuando ella es predominante en una zona geográfica del país (entendiéndose como zona de predomino la unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la ley de lenguas), pues en ese caso, dicha lengua, debe ser oficial en la referida zona.	Uso del idioma propio Derecho al intérprete Promoción lingüística Identidad cultural: individual y colectiva
Expediente N° 00889-2017-PA/TC (2018)		
Sentencia	Fundamento 6.- Lo establecido en los fundamentos precedentes sobre el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido.	Debido proceso Garantías judiciales Defensa adecuada Derecho al intérprete Promoción lingüística Identidad cultural: individual y colectiva
Expediente N° 03085-2019-PHC/TC (2021)		
Sentencia	Fundamento jurídico 22.- ... Toda vez que ha sido juzgado sin contar con un intérprete o traductor pese a que su idioma original y predominante es el quechua.	Debido proceso Defensa adecuada Uso del idioma propio Identidad étnico-cultural Derechos culturales Derecho al intérprete
Expediente N° 03703-2019-PHC/TC (2023)		

Nota. Adaptado de “Las lenguas indígenas u originarias y el himno nacional del Perú: una mirada constitucional”, por Seminario-Hurtado y García-Chinchay, 2023, pp. 233-235.

3.4. Protección legal e infralegal de los derechos lingüísticos

El reconocimiento legal e infralegal de los derechos lingüísticos de los grupos indígenas en el Perú, ha ocurrido de manera pasiva y poco entusiasta. No obstante, el 2011 es un año para recordar siempre, ya que fue allí donde las agrupaciones políticas del país unieron esfuerzos y aprobaron una Ley destinada a promover los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios, a nivel interinstitucional. El instrumento jurídico al que nos referimos es la Ley N. 29735⁵, “Ley que regula el uso, la preservación, el desarrollo, la recuperación, el fomento y la difusión de las lenguas originarias del Perú”, también denominada “Ley de Lenguas”.

La Ley de lenguas, luego de la Ley fundamental, es el instrumento jurídico rector más importante para la protección de la diversidad lingüística peruana y todo lo en ella está comprendido. Esta Ley toma como antecedente la Ley N. 28106, “Ley de reconocimiento, preservación, fomento y difusión de las lenguas aborígenes”⁶, publicada en 2003, y busca garantizar a los pueblos indígenas del país, sus derechos lingüísticos en los ámbitos públicos y privados, promoviendo la igualdad de oportunidades, así como suprimiendo las barreras discriminatorias institucionales. Además, ofrece una definición relevante de lenguas indígenas u originarias⁷.

Cinco años después, gracias al vasto trabajo del Ministerio de Cultura (en adelante, MINCUL) a través de la Dirección General de Lenguas Indígenas, se promulga el Decreto Supremo N. 004-2016-MC⁸, que aprueba el Reglamento de la referida Ley de lenguas. Esta normativa además de delimitar magistralmente los alcances de los derechos lingüísticos⁹, se encarga de definirlos, y tal como se lee en su artículo 3.4: los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios “son derechos fundamentales, individuales y colectivos, que reconocen la libertad a usar lenguas indígenas u originarias en todos los espacios sociales y a desarrollarse en estas lenguas en la vida personal, social, ciudadana, educativa, política y profesional”.

El MINCUL, principal responsable de asegurar la garantía de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios que viven en el territorio peruano, se vale de la Dirección General de Lenguas Indígenas, un órgano de línea, a fin de promover e implementar acciones para el desarrollo y uso de las lenguas indígenas y originarias de los pueblos indígenas del país, fomentando su aprendizaje. Desde su creación en

⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 5 de julio de 2011.

⁶ Ley derogada.

⁷ Ley N. 29735. (2011). Artículo 3: “Para los efectos de la aplicación de la presente Ley, se entiende por lenguas originarias del Perú a todas aquellas que son anteriores a la difusión del idioma español y que se preservan y emplean en el ámbito del territorio nacional”.

⁸ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2016.

⁹ Decreto Supremo N. 004-2016-MC. Artículo 6.

el 2010, mediante la Ley N. 29565, “Ley de creación del Ministerio de Cultura”, ha venido trabajando arduamente en la elaboración y ejecución de políticas y herramientas lingüísticas, así como en la promoción de las actuaciones multisectoriales con el único fin de facilitar y satisfacer los derechos lingüísticos de los hablantes de lenguas indígenas u originarias.

A continuación, en la Tabla 3 se mencionan los instrumentos jurídicos en materia de derechos lingüísticos aprobados y publicados desde la creación e implementación del MINCUL:

Tabla 3

Normas legales e infralegales que regulan los derechos lingüísticos en el Perú

Normativa	Denominación	Fecha de publicación oficial
Ley N. 29735	Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú	5 de julio de 2011
Ley N. 29785	Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios	7 de septiembre de 2011
Decreto Supremo N. 001-2012-MC	Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios	3 de abril de 2012
Decreto Supremo N. 002-2015-MC	Creación del Registro Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígena u Originarias (ReNITLI)	21 de agosto de 2015
Decreto Supremo N. 004-2016-MC	Reglamento de la Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú	22 de julio de 2016
Decreto Supremo N. 012-2020-MC	Creación del “Servicio de Interpretación y Traducción en Lenguas Indígenas u Originarias para situaciones de emergencia”, como servicio exclusivo del Ministerio de Cultura a través de la Central de Interpretación y Traducción en Lenguas Indígenas u Originarias – CIT	4 de septiembre de 2020

Decreto Supremo N. 009-2021-MC	Aprobación de la actualización del Mapa Etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú - Mapa Etnolingüístico del Perú	21 de abril de 2021
Decreto Supremo N. 012-2021-MC	Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040 (PNLOTI)	16 de julio de 2021
Decreto Supremo N.006-2022-MC	Decreto Supremo que oficializa la interpretación del Himno Nacional en idioma castellano y en lengua indígena u originaria predominante, según lo establece el Registro Nacional de Lenguas Indígenas u originarias y dicta otra disposición.	10 de junio de 2022
Decreto Supremo N.001-2023-MC	Decreto Supremo que aprueba los Lineamientos para incorporar el enfoque intercultural en la prestación de los servicios públicos	03 de febrero de 2023
Resolución Ministerial N. 000208-2023-MC	Disposiciones para la implementación del Registro Nacional de Lenguas Indígenas u Originarias – RENALIO	24 de mayo de 2023

Nota. Tomado de Diario Oficial *El Peruano*.

Se enfatiza en el Decreto Supremo N°001-2023-MC que orienta la prestación de servicios públicos sobre la base de un enfoque intercultural. Esta normativa supone una actuación primaria de los derechos lingüísticos, dado que toda necesidad, en primer término, debe ser satisfecha a partir de la comprensión.

Se finaliza esta parte reiterando la necesidad de un compromiso afectuoso de todos los ciudadanos con el multilingüismo peruano, apostar por una justicia lingüística de cara al silencio institucional; reconstruir una sociedad donde a ningún individuo, como requisito para progresar y obtener lo que desea se le exija “pagar el duro peaje del abandono de la propia cultura y lengua, del abandono de sí mismo, de la renuncia a las enseñanzas amorosas de su infancia, del desarraigo cultural y de la muerte de su pueblo” (Panizo, 2022, p. 150).

4. ¿Qué son las Plataformas Itinerantes de Acción Social (PIAS)?

Las Plataformas Itinerantes de Acción Social (PIAS), son embarcaciones y aeronaves operadas por la Marina de Guerra, la Aviación del Ejército y la Fuerza Aérea peruanas a fin de acercar y satisfacer de manera móvil y temporal, servicios fundamentales dispuestos por el Estado para un total de 68 670 personas que viven en 235 comunidades ubicadas

en los departamentos de Loreto, Ucayali y Puno¹⁰. Así, las PIAS, en tanto mecanismos que buscan el desarrollo sostenible promoviendo la igualdad y no discriminación hacia de los pueblos rurales, indígenas u originarios de la Amazonía y Puno, ponen en práctica una política multisectorial, interinstitucional (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2014) e intercultural.

Hacia el año 2010, la Marina de Guerra del Perú se convirtió en el primer organismo estatal en diseñar estrategias de apoyo social en la zona de la Amazonía partiendo de un análisis situacional sobre las injusticias y delitos reiterativos. En ese entonces, la Estrategia de Acción Social con Sostenibilidad (EASS), posteriormente aprobada mediante Decreto Supremo N. 003-2016-MIDIS y publicada en el Diario Oficial *El Peruano* en mayo de 2016, tuvo sus primeros orígenes; en esta estrategia, las PIAS, ubicadas conjuntamente con la Plataforma de Soporte a las Telecomunicaciones y la Plataforma Local, no dejaban de constituirse como un elemento esencial y de soporte (Teixeira Salas, 2018; Lazo Luna, 2022).

En relación a los postulados que anteceden, “las PIAS funcionan en el marco del Programa Plataformas de Acción para la Inclusión Social (en adelante, PAIS), cuya coordinación y diseño está a cargo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social desde el año 2015” (Ayala Ramos, 2020, p. 16). De este modo, hurgando a profundidad en la normatividad de las PIAS, el 20 de octubre de 2011, se publica en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley N. 29792, mediante la cual se crea el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (en adelante, MIDIS), sector que tiene por finalidad formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de desarrollo e inclusión social, encaminadas a reducir la pobreza, las desigualdades, las vulnerabilidades y los riesgos sociales.

El MIDIS tiene a su cargo 07 programas nacionales; uno de estos, es el programa nacional Plataforma de Acción para la Inclusión Social (PAIS), aprobado mediante Decreto Supremo N. 013-2017-MIDIS sobre la base del Programa Nacional Tambos, que tiene como objetivo mejorar la calidad de vida de la población pobre y extremadamente pobre, especialmente la asentada en los centros poblados rurales o rurales dispersos. Dentro de esta esta normativa de rango infralegal, se dispone el funcionamiento de las PIAS como mecanismo de desarrollo y protección de estas poblaciones, conforme al artículo 3-A, a través de la modalidad móvil, fluvial y terrestre.

¹⁰ Información remitida mediante Acceso a la Información Pública (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social). Informe N. D000031-2023-MIDIS/PNPAIS-UAGS-HM, correspondiente al Expediente N. 43933-2023 de fecha 8 de agosto de 2023.

En este sentido, las embarcaciones o buques de la Marina de Guerra que originariamente toman el nombre de PIAS y que navegan por distintos ríos de la Amazonía y el Lago Titicaca, encarnan a un Estado peruano debidamente equipado y estructurado, propenso a satisfacer las demandas de justicia y equidad de los ciudadanos más alejados. Así pues, los servicios que brinda este Estado itinerante, desde una metodología interinstitucional e intercultural, son los que se detallan en la Tabla 4.

Tabla 4

Servicios básicos que acercan las PIAS en las comunidades indígenas u originarias de la Amazonía y el Altiplano

Instituciones intervinientes	Servicios básicos
Ministerio de Salud (MINSA)	Salud integral
Ministerio de Cultura (MINCUL)	Interpretación de lenguas indígenas e interculturalidad
Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)	Identificación y registro: trámites y obtención del DNI, actas de nacimiento, etc.
Ministerio de Educación (MINEDU)	Capacitaciones, supervisión de la calidad educativa y promoción del hábito por la lectura
Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)	Padrones de clasificación socioeconómica
Banco de la Nación (BN)	Operaciones financieras, pago de bonos y subvenciones del Estado
Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS)	Servicios de desarrollo social, programa Juntos, Pensión 65, etc.
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP)	Defensa y orientación legal contra la violencia hacia la mujer e integrantes del grupo familiar
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables: CONADIS	Certificaciones de personas con discapacidad

Nota. Adaptado de “¿Qué son las PIAS?”, por Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, 2021.

El catálogo de servicios básicos que da cuenta la tabla es una sólida muestra de éxito social, producto del trabajo coordinado y con escaso nivel burocrático, de las diversas instituciones del Estado que participan. Estos servicios son asequibles a las poblaciones indígenas u originarias rurales y rurales dispersas gracias al enfoque intercultural, puesto que “cada cuenca tiene una idiosincrasia y necesidades diferentes, por lo que las estrategias y los servicios deben estar acordes a estas necesidades” (García Fernández et al., 2020, p. 18).

5. Avances en los derechos lingüísticos a través de las PIAS

“Los principales desafíos del Estado es conocer la realidad social, económica y cultural” (García Fernández et al., 2020, p. 8), y encontrar el modo de intervenir para transformarlas o conservarlas. Así, el trabajo que desempeñan las PIAS en el marco del Programa Nacional PAIS del MIDIS, incorpora la intervención del Ministerio de Cultura en tanto componente técnico destinado a orientar y adecuar la pertinencia intercultural y lingüística para la prestación de servicios, habiéndose implementado actualmente las siguientes medidas:

- a. El MINCUL despliega un equipo de “avanzada”, integrado por personal de campo que procede de la cuenca que se visita, conoce las costumbres y habla el idioma de la localidad, con el objetivo de brindar información sobre las PIAS, socializar su cronograma, publicitar la cartera de servicios gratuitos y difundir su ruta en cada comunidad.
- b. Durante la prestación de servicios se cuenta con un gestor intercultural, quien facilita los servicios de mediación e interpretación, y acompaña la prestación de los mismos.
- c. Los diferentes ambientes en el interior de las PIAS están señalizados y nominados en el idioma de la comunidad, o en el idioma predominante de la cuenca.
- d. Se promueven reuniones con los líderes y autoridades comunales para organizar la prestación de servicios e identificar las necesidades, prioridades y/o reclamos, durante la avanzada, así como en la subsecuente prestación de servicios¹¹.

Habida cuenta la práctica de estas medidas, de acuerdo con la información actualizada hasta junio de este año, 36,670 personas hablantes de una lengua indígena u originaria distribuidas en los departamentos de Loreto, Ucayali y Puno han sido atendidas en las PIAS, recibiendo un total de 259,498 atenciones. El departamento con mayor cantidad de personas atendidas, 25285 personas para ser exactos, es Loreto¹².

En este marco de ideas, se han reportado 31 lenguas indígenas u originarias habladas por las 36,670 personas atendidas. Tal diversidad lingüística se detalla en la siguiente Tabla 5:

¹¹ Información remitida mediante Acceso a la Información Pública (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social). Informe N° D000031-2023-MIDIS/PNPAIS-UAGS-HM, correspondiente al Expediente N° 43933-2023, de fecha 8 de agosto de 2023.

¹² Sobre datos de la fuente, ver nota anterior.

Tabla 5

*Lenguas indígenas u originarias habladas por el total de personas atendidas en las PIAS
-2023*

Número	Lengua indígena u originaria
1	Achuar
2	Aimara
3	Amahuaca
4	Arabela
5	Ashaninka
6	Asheninka
7	Awajún
8	Bora
9	Iñapari
10	Kakataibo
11	Kandozi-Chapra
12	Kichwa (ámbito Amazónico)
13	Kukama Kukamiria
14	Majíki
15	Matsés
16	Murui-Muinan
17	Nahua
18	Ocaina
19	Omagua
20	Quechua (ámbito Andino)
21	Secoya
22	Shawi
23	Shipibo-Konibo
24	Taushiro
25	Ticuna
26	Urarina
27	Wampis
28	Yagua
29	Yaminahua
30	Yanesha
31	Yine

Nota. Adaptado de “Informe N. D000031-2023-MIDIS/PNPAIS-UAGS-HM”, por Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, 2023.

Loreto es el departamento que alberga mayor cantidad de personas usuarias de los servicios que brinda el Estado peruano a través de las PIAS, pero, además, conforme lo muestra la Tabla 5, es la región intervenida que alberga con mayor diversidad lingüística.

De otro lado, también se advierte un avance en materia de derechos lingüísticos mediante las PIAS, a partir de la ejecución e implementación de la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040 (Decreto Supremo N. 012-2021-MC). Dando cumplimiento a este instrumento local y multisectorial, igualmente con el Programa Nacional PAIS, en el ámbito de las PIAS se cuenta con intérpretes del MINCUL en 11 de las 12 plataformas itinerantes (10 embarcaciones y 2 aeronaves), que dan soporte a la prestación de los diversos servicios a ciudadanos que hablan lenguas indígenas u originarias. Solo una de las plataformas, la embarcación BTH Raumis de Loreto, por razones de capacidad y habitabilidad, no incorpora al intérprete de MINCUL¹³.

Por consiguiente, se ha llegado a comprender que los derechos lingüísticos son esenciales para el funcionamiento de las PIAS, así pues, de cara a lo anterior, al facilitar y legitimar el acceso de los grupos indígenas u originarios a otros derechos básicos se tornan vitales para aquellos que los ejercitan, individual y colectivamente, llegándose a rescatar como resultado el siguiente enunciado: la libertad real y positiva para usar la lengua materna asegura el desarrollo humano individual y colectivo, un desarrollo inclinado a alcanzar el modelo de vida deseable.

6. Conclusiones

Se insiste en que los pueblos indígenas u originarios peruanos deben ser considerados de manera exclusiva e inmediata en la agenda del Estado peruano, a fin de priorizar la garantía de sus derechos fundamentales. Con la implementación y funcionamiento de las PIAS, embarcaciones y aeronaves, que acercan servicios básicos a las comunidades indígenas más alejadas y aisladas del país, muchos de sus derechos fundamentales, entre ellos sus derechos lingüísticos, están siendo garantizados.

Las intervenciones del Ministerio de Cultura en el despliegue y funcionamiento de las PIAS, han permitido comprender la forma en que los derechos lingüísticos son garantizados entre las comunidades indígenas visitadas. Por un lado, a la fecha que se escribe este artículo, las PIAS han atendido a 36,670 personas y se han reportado 31 lenguas indígenas u originarias habladas por esas personas; asimismo, se ha brindado

¹³ Información remitida mediante Acceso a la Información Pública (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social). Informe N. D000128-2023-MIDIS-DCMG correspondiente al Expediente N. 30098-2023 de fecha 9 de junio de 2023.

los servicios básicos como la salud, educación, identificación entre otros, en las lenguas maternas de las personas atendidas, gracias al apoyo de intérpretes.

Por último, se enfatiza en que los derechos lingüísticos demandan una atención primaria o prioritaria, ya que de su garantía depende el funcionamiento exitoso de las PIAS. Esto significa que los derechos lingüísticos aseguran la promoción efectiva de los servicios sociales básicos que se brinda.

Referencias

- Arguedas, J. M. (2006). *El zorro de arriba y el zorro de abajo*. El perro y la rana. <https://bitly.ws/3fNf7>
- Ayala Ramos, D. (2020). *Gestión de las Plataformas Itinerantes de Acción Social y la mejora de la calidad de vida de la población rural de la Amazonía del Perú* [Tesis de grado, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Renati. <https://hdl.handle.net/20.500.13084/4103>
- Bentivegna, D. (2017). Antonio Gramsci: Praxis y glotopolítica. En D. Bentivegna, J. Valle, M. Niro y L. Villa (Eds.), *Glotopolítica y teoría del lenguaje pensamiento glotopolítico* (pp. 41-69). Anuario de Glotopolítica.
- Bermúdez-Tapia, M. (2001). *Los derechos lingüísticos*. Ediciones Legales.
- Calvet, L. (2001). *Identidades y plurilingüismo. Tres espacios lingüísticos ante los desafíos de la mundialización, Actas del Coloquio Internacional, París, 20 y 21 de marzo de 200*, (pp. 93-104). Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Servicio de Publicaciones. <https://bitly.ws/3fNfb>
- Chuecas Cabrera, A. (2006). *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica. <https://bitly.ws/3fNff>
- Congreso de la República del Perú. (2011). Ley N. 29735. Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Diario Oficial *El Peruano*. Lima. <https://bitly.ws/3fNfm>
- Flores Farfán, J. A., Córdova Hernández, L. y Cru, J. (2020). *Guía de revitalización lingüística: para una gestión formada e informada*. Universidad Autónoma Benito Juárez. <https://bitly.ws/3fNfv>
- Flores-Farfán, J. (2011). En torno a la política y planeación lingüísticas en el contexto latinoamericano. *Linguapax Review*, 6, 76-87. <https://bitly.ws/3fNfD>

- García Fernández, M., Ascencios Balbín, K., Velarde Bazán, C. M., y Herrera Salazar, R. (2020). Plataformas Itinerantes de Acción Social – PIAS: una buena práctica de articulación en gestión pública. *Saber Servir: Revista De La Escuela Nacional De Administración Pública*, (4), 6–31. <https://doi.org/10.54774/ss.2020.04.01>
- Hamel, E. (1995). Derechos lingüísticos como derechos humanos: debates y perspectivas. *Alteridades*, (10), 11-23. <https://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/view/560>
- Huañahui Sillocca, A. (2021). El ejercicio de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios en el Perú. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UNSAAC*, 4(12), 75-96. <https://doi.org/10.51343/rfdcp.v4i12.647>
- Huerta, C. (2010). Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. *Derechos Humanos México*, 5(14), 69-86. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/63652>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). Censo Nacional 2017. XII de población, VII de vivienda y III de comunidades indígenas. <https://bitly.ws/3fNg3>
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial PUCP. <https://doi.org/10.18800/9786123172312>
- Lazo Luna. M. (2022). *Plataformas Itinerantes de Acción Social (PIAS) en el Perú: una Marina de Guerra comprometida con el desarrollo e inclusión social del país en la Amazonía* [Tesis de grado, Universidad Naval]. Renati. <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3227191>
- Lovón-Cueva, M. A., & Quispe-Lacma, A. P. (2020). Who Has the Right to Comment on Language Policy in Peru?: A Critical Discourse Analysis. *Íkala, Revista de Lenguaje y Cultura*, 25(3), 733–751. <https://doi.org/10.17533/udea.ikala.v25n03a12>
- May, S. (2010). Derechos lingüísticos como derechos humanos. *Revista de Antropología Social*, (19), 131–159. <https://www.redalyc.org/pdf/838/83817227006.pdf>
- Ministerio de Cultura del Perú. (2016). Decreto Supremo N. 004-2016-MC. Reglamento del Reglamento de la Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Diario Oficial *El Peruano*. Lima. <https://bitly.ws/3fNgh>
- Ministerio de Cultura. (2019). ¿Cómo somos? [cartilla]. <https://bitly.ws/3fNgp>

- Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. (2021). ¿Qué son las PIAS? <https://www.pais.gob.pe/pias/>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2014). Proceso de implementación de la Plataforma Itinerante de Acción Social – PIAS que forma parte de la estrategia de acción social con sostenibilidad en la cuenca del río Napo. <https://bitly.ws/3fNgu>
- Panizo, A. (2022). *Contra el silencio. Lenguas originarias y justicia lingüística* (1.ª ed.). Ministerio de Cultura
- Panizo, A., García, G. y Howard, R. (2020). Entre el último hablante y el Estado: el caso de la lengua amazónica Taushiro (Perú). En M. Haboud, C. Sánchez y F. Garcés (Eds.), *Desplazamiento lingüístico y revitalización: reflexiones y metodologías emergentes*, (pp. 249-271). AbyaYala. <http://doi.org/10.7476/9789978105726.0011>
- Pollmann, A. (2008). *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://bitly.ws/38xST>
- Seminario-Hurtado, N. y Avellaneda-Vásquez, J. (2023). Derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios en el Perú y su protección desde el hogar. *Revista de Derecho Procesal de Familia*, (2). <https://bitly.ws/392fn>
- Seminario-Hurtado, N. y Avellaneda-Vásquez, J. (2024). Lenguas indígenas u originarias y su oficialidad en la Constitución Política Peruana vigente. *YachaQ: Revista De Derecho*, (16), 117 - 132. <https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/1273>
- Seminario-Hurtado, N. (2021). La institucionalidad de los pueblos indígenas en el Perú. *Revista Jurídica Exegesis*, 8(66), 275-292.
- Seminario-Hurtado, N. (2022). El reconocimiento constitucional de las lenguas originarias en el Perú. En Torres Manrique, J. I., Calgaro, C. y Moreira Domingos, I. (Dirs.), *Tratado Analítico de la Agenda Social Pendiente en los Ordenamientos Jurídicos y Políticas Públicas* (pp. 183-192). Olejnik.
- Seminario-Hurtado, N. Castillo-Gamarra, W. y Buendía-Casafranca, R. (2020). Los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas en el Perú: avances y desafíos. *Revista IURA*, 5(1), 165–188. <http://doi.org/10.22497/IURA.51.5109>
- Seminario-Hurtado, N. y Garcia-Chinchay, G. M. (2023). Las lenguas indígenas u originarias y el himno nacional del Perú: una mirada constitucional. En M. Cássia de Rocha, R. Mello, T. Aroeira y V. Amaral (Eds.), *Coletânea do VII*

Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (pp. 219- 238). Editora Dialética.

Teixeira Salas, A. (2018). *La función de las Plataformas Itinerantes de Acción Social en el marco de la seguridad multidimensional en la cuenca del río Putumayo, 2016* [Tesis de grado, Centro de Altos Estudios Nacionales]. Repositorio Institucional. <https://hdl.handle.net/20.500.13097/104>

Valer Bellota, P. (2020). Derechos lingüísticos y políticas públicas. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UNSAAC*, 4(12), 11-25. <https://doi.org/10.51343/rfdcp.v4i12.643>



EL USO DE PERROS GUÍA POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

*Nuccia Seminario-Hurtado**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
Filial Lima
nseminario@ucss.edu.pe

*Jainor Avellaneda-Vásquez***
Universidad Católica Sedes Sapientiae
Filial Nueva Cajamarca
2020101209@ucss.pe

*Valeria Alesy Bejarano-Cuadrao****
Universidad Católica Sedes Sapientiae
Filial Lima
2018100778@ucss.pe

*Andrea Doris Alarcón-López*****
Universidad Católica Sedes Sapientiae
Filial Lima
2018100221@ucss.pe

* Investigadora Renacyt del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec) del Gobierno Peruano. Magíster en Defensa de los Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Chiapas. Realizó una estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor investigador en la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Profesora de posgrado en la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Sus líneas de investigación se centran en Derechos de la Persona con Discapacidad, Pueblos Indígenas y Política Pública con enfoque de derechos humanos. Scopus ID: 57658214500. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1805-7780>

** Escritor, investigador multidisciplinario y estudiante del último ciclo de la carrera de Derecho en la Universidad Católica Sedes Sapientiae donde ocupa el 1.º puesto de su promoción. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-1948-7503>

*** Estudiante del último año de la carrera de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. En la actualidad desempeña el cargo de vicepresidente de la Asociación Derecho y Realidad – Ius Et Re, conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7304-8285>

**** Estudiante del último año de la carrera de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-7591-0098>

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar el marco jurídico y jurisprudencial del derecho a la accesibilidad y su interrelación con el uso de los perros guía por personas con discapacidad visual, lo que permite el pleno desarrollo de una vida libre, independiente y autónoma. Asimismo, se mencionan las acciones que viene implementado el Estado peruano, a efectos de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. También se exponen las principales brechas que impiden el goce, disfrute y ejercicio del derecho antes mencionado.

PALABRAS CLAVE: Accesibilidad, dignidad, discapacidad, perros guía.

THE USE OF GUIDE DOGS BY PEOPLE WITH VISUAL DISABILITIES IN PERU: A LEGAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal and jurisprudential framework of the right to accessibility and its interrelation with the use of guide dogs by people with visual disabilities, which allows the full development of a free, independent, and autonomous life. They mention the actions that the Peruvian State has been implementing, in order to comply with its obligations regarding human rights. Also, it mentions the main gaps that prevent the enjoyment and exercise of the right above are also exposed.

KEYWORDS: Accessibility, Dignity, Disability, Guide Dogs.

1. Introducción

Al comienzo del presente artículo se realizará un análisis teórico acerca de las personas con discapacidad y discapacidad visual, para luego conceptualizarlo con el modelo social que establece que son seres libres e independientes, capaces de realizar todas sus actividades diarias, laborales, familiares, entre otros; para así lograr su bienestar como individuos. Posteriormente, se analiza el enfoque de las capacidades en el uso de perros guía que le permiten una mayor autonomía en su desplazamiento de sus quehaceres cotidianos.

Seguidamente, se expone la regulación jurídica desde un marco nacional e internacional, el cual representa un tema de gran relevancia en el ámbito de la dignidad humana, la accesibilidad y la inclusión. Aunado a ello, se desarrollan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual sobre la materia.

Finalmente, se detallan los avances significativos en la legislación peruana relacionada con la utilización de perros guía como herramienta vital para la movilidad

y la independencia de las personas con discapacidad visual en el Perú, pero también se mencionan los desafíos pendientes que impiden el ejercicio del derecho a la accesibilidad.

2. Personas con discapacidad visual: nociones preliminares

El concepto de personas con discapacidad visual, para efectos de una amplia ubicación contextual, requiere ser abordado previo esclarecimiento de lo que significa “persona humana” y “personas con discapacidad”. De una parte, la persona humana, es un individuo de naturaleza sociocultural en completo desarrollo, y, aunque su principal modo de ser, *el estar aquí en el mundo*, sea la forma física y visible que toma su cuerpo, lo fundamental de su existencia no es sino la biografía de sí misma y su inexorable inclinación hacia el futuro (Sánchez García, 2015; Zavala Olalde, 2010).

Por otra parte, persona con discapacidad visual, de acuerdo con Díaz Dumont (2019) y tal como se aprecia en la Ley N. 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad (art. 2), las personas con discapacidad son personas que poseen ciertas limitaciones, deficiencias o imperfecciones físicas, intelectuales, sensoriales o mentales imperecederas que impiden su desarrollo en igualdad con las demás personas debido a las brechas sociales del entorno que interfieren en el ejercicio pleno de sus derechos.

La discapacidad de las personas no es sinónimo de enfermedad. Si bien se desprende de aspectos biológicos, congénitos o adquiridos, llega sin duda a consolidarse a partir de las disonancias que existen entre las características propias de un ser humano con discapacidad y aquellas características de la mayoría de personas que conforman la sociedad, dando lugar a un escenario desfavorable, de limitaciones, obstáculos y, sobre todo, de desarraigo social, para las personas con discapacidad. Estas circunstancias hacen que la discapacidad sea vista muy a menudo como un fenómeno social, exactamente, como una construcción de la sociedad (Bergamino Varillas, 2018; Cuenca, 2011).

Las personas con discapacidad visual presentan deficiencias o limitaciones para ver: baja visión o ceguera, las cuales habrían sido congénitas o adquiridas al pasar de los años (Gómez, 2005; Yataco Marín, 2022); algunos de ellos pueden ver borrosamente e incluso desempeñar sus actividades diarias con normalidad apoyados por lentes especiales, mientras que otros, solo pueden distinguir escasos colores o formas. Tal fue el caso del famoso escritor argentino Jorge Luis Borges, quien adquirió la ceguera a la edad de 56 años. Y, así, tentado por la ironía de tener todos o casi todos los libros y no poderlos leer y disfrutar debido a su discapacidad, en *El hacedor* (1960), Borges (1998) escribe el siguiente cuarteto:

Nadie rebaje a lágrima o reproche,
Esta declaración de la maestría
De Dios, que con magnífica ironía
Me dio a la vez los libros y la noche. (p. 19)

La ironía entre la noche (la ceguera) y los libros, metáfora que Borges propone fervorosamente, trasladada a otros ámbitos y realidades, hace derivar las tantas barreras, brechas y desigualdades estructurales que en la actualidad impiden a una persona con discapacidad visual desarrollarse con plenitud en dignidad y derechos inalienables, complicando negativamente su condición humana en la que se encuentra.

Entre las principales barreras se distinguen aquellas que impiden el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la educación inclusiva, la calidad y prioridad en los servicios de salud, las barreras físicas que obstaculizan que una persona con esta discapacidad pueda trasladarse libremente en los espacios públicos debido a las carencias en cuanto a la implementación del sistema braille y el uso de perros guía. Por último, están las barreras en el acceso al trabajo donde se registra una limitada tasa de empleabilidad basada en la histórica y apócrifa creencia de que las personas con discapacidad visual y, en general, todas las personas con discapacidad no contribuyen en el desarrollo socioeconómico público y privado (Pacheco y Sánchez, 2020; Bergamino Varillas, 2018).

La problemática que acompaña a las personas con discapacidad visual es algo que acontece en la actualidad, pero esencialmente continúa siendo un fenómeno histórico. De hecho, parece razonable afirmar que estas personas, sin ni siquiera intervenir activamente en los procesos históricos, han sido los seres humanos que más han sufrido la historia, aunque pocas veces se cuente con fidelidad el relato de quienes la sufren. En la antigüedad, la persona que tenía discapacidad era perseguida, desterrada o en muchos casos, asesinada; en Egipto y Grecia se cometían infanticidios. La discapacidad visual era vista como incapacidad, mal diabólico y enfermedad, y las personas que lo poseían eran llamados desvalidos, incapaces y poseídos de mal. Por estas razones, junto con los judíos, sufrieron los fatales estragos del holocausto nazi (Valencia, 2018; Díaz Dumont, 2019).

Ahora, desde una perspectiva numérica, en el Perú, según el Censo Nacional 2017, realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), las personas con discapacidad visual conforman el grupo más numeroso entre todas las personas que poseen alguna discapacidad. Así, dicho Censo informa la existencia de 1 550 196 personas con discapacidad visual que representa el 48,3 % de la población total con discapacidad,

la cual asciende a 3 209 261 personas. De estas cifras, dos terceras partes de personas con dificultad para ver residen en zonas urbanas, mientras que el resto, en zonas rurales (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017). Por otro lado, a febrero de 2022, tan solo 45 039 personas con discapacidad visual se encontraban inscritas en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad (RNPCD) (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2022).

3. Personas con discapacidad visual: del modelo médico al modelo social

La discapacidad visual en el Perú es una realidad usualmente desconocida para cualquier individuo. Esto debido a una escasa cultura de la diversidad humana y las nociones de igualdad con algo totalmente enriquecedor (Hernández Ríos, 2015; Cuenca, 2012). Dicho en otras palabras, a esa comunidad de personas llamada sociedad homogénea donde todo se cree que es igual, que las necesidades de uno son iguales a las necesidades de todos, soslayando aquellas que son exclusivas de los que viven situaciones de vulnerabilidad, quienes requieren, por tanto, un empuje sustancial en la progresividad de sus derechos humanos, involucrando una agenda de prevención e inclusión social (Bermúdez-Tapia y Seminario-Hurtado, 2022; Díaz Dumont, 2019).

Las cifras estadísticas recrean un relato desfavorable para las personas con discapacidad visual que viven en el territorio peruano, ya que las respuestas positivas del Estado y la sociedad son débiles y de ninguna manera se corresponden en plenitud con los ideales de igualdad, justicia, inclusión y desarrollo humano (Bermúdez-Tapia, 2023). Surgida la incertidumbre sobre cómo responder efectivamente ante el escaso acercamiento del Estado y la sociedad a la realidad de las personas con discapacidad visual, desde algún tiempo se han venido proponiendo y ejecutado algunos modelos de la discapacidad con la finalidad de mejorar su vulnerable condición, siendo uno de los más importantes, el modelo social de la discapacidad que surgió hacia la primera mitad del siglo pasado, llegando a consolidarse a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) (Victoria Maldonado, 2013; Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2023).

El modelo social de la discapacidad surge como respuesta crítica al modelo médico o rehabilitador, ya que este modelo, desde un enfoque reduccionista sostiene que la discapacidad es sinónimo de una enfermedad pasible de tratamiento médico y científico a fin de normalizar a la persona que lo padece, integrarlo a la sociedad y hacerlo participar en las metas comunes en condiciones de igualdad (Cuenca, 2011). En otros términos, lo que busca el modelo médico es eliminar un problema individual que genera desigualdad,

tratar a una persona con discapacidad como un paciente, no autónomo y con mínima consideración y respeto por su dignidad humana y su estatus jurídico inherente de sujeto de derechos (Hernández Ríos, 2015; Bermúdez-Tapia y Seminario-Hurtado, 2021).

Este modelo establece, por tanto, un enfoque diferencial, de justicia social y derechos humanos, y considera que la discapacidad, si bien podría ser provocada por alguna enfermedad, no es ninguna enfermedad dado que sus causas son eminentemente sociales. El fenómeno de la discapacidad va más allá de la persona que posee cierta limitación o deficiencia ya sea congénita o adquirida, la discapacidad surge a partir de la relación del individuo que la posee con los entornos sociales circundantes, haciendo derivar determinadas barreras que frustran el desarrollo humano con dignidad (Victoria Maldonado, 2013; Hernández Ríos, 2015).

Para este modelo, las personas con discapacidad poseen plena capacidad jurídica de goce y ejercicio, son sujetos de derechos y obligaciones, libres e independientes para desarrollar una vida social, económica y cultural digna. Por ende, es la sociedad la que tiene la enorme responsabilidad de adaptarse a la diversa realidad humana de la discapacidad, mediando en ello, si cabe, un ejercicio intersubjetivo de comprensión; en suma, la sociedad es la que debe recibir un tratamiento y no las discapacidades recaídas en ciertas personas (Victoria Maldonado, 2013; Cuenca, 2011).

Habida cuenta de que el modelo social de la discapacidad implementado a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), significó la asunción de nuevas responsabilidades para el Estado peruano, ¿cómo está respondiendo actualmente ante la problemática de las personas con discapacidad visual? De acuerdo con Bermúdez-Tapia (2023), el Estado peruano aún sigue un criterio utilitarista de justicia social, consolidado a partir de la desgastada gestión pública al no asumir prioritariamente las necesidades de la población más vulnerable, acercando como resultado general el no dar a cada quien lo que por derecho le corresponde. Aparte del sistema utilitarista que resulta severamente criticable, otras teorías de justicia social como el modelo de justicia distributiva de Rawls y la justicia relacional, son únicamente valoradas a un nivel teórico porque no resultan aplicables a la realidad peruana, debido a razones sociales, económicas y políticas que impiden su implementación.

4. Enfoque de las capacidades en el uso de perros guía por las personas con discapacidad visual

Dado que la teoría de Rawls sobre la justicia y la teoría de la justicia relacional, tal como lo sostiene Bermúdez-Tapia (2023) resultan inaplicables en el Perú por razones de diversidad, el enfoque de las capacidades correspondiente a la doctrina del bienestar y desarrollo humano que propone Amartya Kumar Sen a inicios de 1980, es un recurso muy importante que permite profundizar en los estudios sobre las personas con discapacidad visual y las problemáticas a las cuales se enfrentan diariamente. El enfoque de capacidades de Sen es una propuesta de libertad orientada a conseguir el mayor número de funcionamientos en la vida de las personas para hacerla más valiosa con razones para serlo, sobre la base del desarrollo humano como la libertad de ser o hacer (Reyes Morela, 2008; Urquijo Angarita, 2014).

El desarrollo de un país a menudo es confundido con el crecimiento económico que se mide a través del PNB (producto nacional bruto) (Sen, 2000). Sin embargo, Sen sostiene que un país puede tener un crecimiento económico exuberante y, al mismo tiempo, carecer de rendimiento social satisfactorio, esto es, impedir el desarrollo de capacidades humanas y funcionamientos que hacen más digna y valiosa a la vida de las diversas personas (Fundación Princesa de Asturias, 2021). Es así como, a partir del enfoque de las capacidades, se empieza a tomar considerable distancia de las doctrinas económicas liberales, la idea de bienes primarios y recursos, para centrarse prioritariamente en las capacidades que poseen las diversas personas para alcanzar los funcionamientos, en aquello que son capaces de hacer y ser para vivir una vida que valoran con razones suficientes para hacerlo (Fernando León, 2018; Colmenarejo, 2016).

El enfoque de las capacidades se ocupa exclusivamente de la persona humana como un fin en sí mismo, en aquello que puede llegar a ser y hacer solo si cuenta con las oportunidades y posibilidades reales y necesarias para hacerlo. La finalidad de Sen es ofrecer un sistema universal que haga posible la valoración de la calidad de vida en cada caso concreto, permitiendo la inclusión y participación oficial de cada persona y el desarrollo de sus libertades plenas como modo de rechazar injusticias (Colmenarejo, 2016). Sen recurre a las capacidades como garantías para el logro de funcionamientos a fin de evaluar el bienestar y desarrollo de cada persona en contextos como la pobreza, las desigualdades, la ausencia de calidad de vida, etc. (Urquijo Angarita, 2014). El enfoque que propone Sen es un enfoque de la libertad entendida como el conjunto de capacidades para lograr el desarrollo a través de diversos funcionamientos que aseguran la calidad de vida.

Pero, ¿qué se entiende por funcionamientos y capacidades? Los funcionamientos son un llamado de la libertad a ser o hacer, son estados reales elegidos, logros, condiciones de vida o actividades de bienestar personal, que pueden ser simples como gozar de buena salud y nutrición, pero también complejos como sentirse feliz, sentir que se tiene dignidad, participar en los asuntos públicos, entre otros (Urquijo Angarita, 2014). Un funcionamiento puede surgir del buen uso de un bien para reflejar el bienestar individual de un ser humano (Toboso y Arnau, 2008). Por su parte, las capacidades “son diversas combinaciones de funcionamientos que se pueden conseguir, como es la habilidad para estar bien nutrido, tener buena salud y la posibilidad de escapar de la mortalidad evitable y prematura” (Urquijo Angarita, 2014, p. 72).

Las capacidades son entonces las libertades, posibilidades, habilidades y oportunidades reales que desarrolla cada individuo para alcanzar cierto número de funcionamientos que permitan llevar un determinado estilo de vida, una vida con razones para ser valorada, por supuesto. De esta manera, reiterando que el enfoque de capacidades se basa en la persona humana y parte de cada caso concreto tomando entera cuenta de los factores contextuales, Toboso y Arnau (2008) consideran que las personas con discapacidad visual podrían alcanzar un elevado nivel de bienestar y el estilo de vida que desean en función al libre desarrollo que sus capacidades o habilidades les permitan. De hecho, los funcionamientos que logre una persona con discapacidad visual no serán distintos a los funcionamientos de las otras personas, lo único que ha de variar es el modo para llegar a ellos bajo las dificultades a los que se ha de enfrentar la libertad de ser o hacer.

Desde el enfoque de las capacidades de Sen, la discapacidad visual no somete libertades ni limita funcionamientos. Muy al contrario, exhorta la implementación de políticas públicas que tengan por finalidad equipar las capacidades de estos individuos, de modo que les permitan obtener el mayor número de funcionamientos en igual o similar manera que los demás, eliminando las barreras sociales propias de cada contexto (Toboso y Arnau, 2008). Por ejemplo, “trasladarse” es un funcionamiento que realizan todas las personas de manera continua, dicha actividad en esencia es lo mismo para cualquiera. Sin embargo, llegar (habilidad o libertad) a trasladarse de un lugar a otro representa más riesgos, esfuerzo y superior demora para una persona con discapacidad visual que camina a tientas apoyado por un bastón, que para cualquier otro individuo exento de alguna discapacidad.

Dando por hecho que el modo de obtener el funcionamiento es diferente y único para cada persona, el escenario se tornaría muy distinto si la elección de desplazarse¹,

¹ La elección personal de “desplazarse” (capacidad), que permite alcanzar el estado de “desplazarse”, es un funcionamiento que deriva en muchos otros funcionamientos como, recrearse, educarse, tener buena salud y gozar de paz interior.

viene acompañada de un ambiente idóneo para la diversidad que representa una persona con discapacidad visual y, además de eso, si a esta persona le prestaría apoyo y asistencia un perro guía debidamente entrenado. Los riesgos del ambiente, el elevado esfuerzo de caminar a tientas y la demora, disminuirían notablemente, alcanzando desarrollar la actividad de desplazamiento con pocas vicisitudes, con una libertad o capacidad en similares condiciones a la mayoría de las personas. Esto permite comprender a la persona con discapacidad visual como un ciudadano con absoluta independencia y con igual derecho que las demás personas, al conjunto ilimitado de capacidades que le permitan el estado de bienestar y modelo de vida que desea.

Las potencialidades y oportunidades (capacidades) de las personas son fundamentales, sin embargo, necesitan ser asociadas con instrumentos, bienes y/o servicios útiles, para hacer realidad aquello que la libertad positiva se ha propuesto desarrollar, lograr estados de bienestar y calidad de vida óptimos. De acuerdo con esto, los “perros guía”, son servicios facilitados para las personas con discapacidad visual con el objetivo de contribuir como plenos sujetos de derechos y capacidades en sus desarrollos personales o, mejor aún, en la calidad de dichos desarrollos (Stewart Til, 2022). Para contextualizar, un perro guía es un perro preparado y entrenado por escuelas especializadas para ayudar a personas con discapacidad visual a trasladarse de un lugar a otro, dotándoles de seguridad, autonomía y mayor calidad en los desplazamientos (Fincias Cillero, 2021).

Los perros guía, intervienen positivamente en los procesos de desarrollo humano de una persona con discapacidad visual, ya que reducen barreras socioambientales, promueven la rapidez y, sobre todo, incrementan la seguridad. Los perros guía, a diferencia del arcano uso del bastón, representa un salto cualitativo en la calidad de su desplazamiento, autonomía y vida emocional de las personas que presentan limitaciones para ver. Pero esto no es todo, los perros guía no solo participan en los aspectos funcionales de la persona con discapacidad visual, sino también en sus aspectos emocionales y espirituales, llegando a desarrollarse una especie de unidad o un todo entre servicio y usuario o beneficiario (Stewart Til, 2022).

Ahora, ¿cómo se evidencia la conexión entre enfoque de capacidades y los servicios de perros guía para las personas con discapacidad visual? A continuación, se detalla el enfoque de capacidades proporcionados por los perros guía como una asistencia animal.

Tabla 1

Enfoque de las capacidades en los servicios de perros guía para las personas con discapacidad visual

Barreras socio-ambientales	Servicio	Capacidades	Funcionamientos
Espacios públicos en malas condiciones y de difícil acceso		Libre elección de ser o hacer en el futuro	Ser feliz Gozar de buena salud
Falta de implementación del sistema braille en espacios públicos de circulación	Uso de perros guía para las personas con discapacidad visual	Oportunidades y posibilidades reales sujetas a la libertad positiva	Educación Recreación Desplazamiento Trabajo
Actitudes sociales negativas en medios de transporte		Aspiraciones sobre lo esencialmente posible	Paz y tranquilidad consigo mismo Descanso
		Habilidades, potencialidades y compromiso social	Seguridad Vida independiente

La Tabla 1 muestra cómo el uso de perros guía para las personas con discapacidad visual, un servicio exclusivo y escaso, puede responder exitosamente ante ciertas barreras contextuales, asociándose con las capacidades, para desde ellas obtener todos los funcionamientos posibles en iguales condiciones que las demás personas: desplazarse seguro, gozar de buena salud o ser feliz. Lo que busca el servicio de perros guía desde el enfoque de capacidades es frenar o aminorar la incidencia de modos injustos en la obtención de funcionamientos que en esencia resultan iguales para todos.

5. Marco jurídico: uso de perros guía por personas con discapacidad visual

5.1. Marco jurídico internacional

La Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad (en adelante CDPC) es un tratado internacional en materia de derechos humanos que tiene por objetivo proteger, respetar, promover y asegurar los derechos humanos de la persona con discapacidad en los estados ratificantes. Fue suscrito el 30 de marzo de 2007 en los Estados Unidos de América, en la ciudad de New York (Seminario-Hurtado, 2022).

La CDPC introdujo el modelo social, encargando a los estados ratificantes las obligaciones de promover, proteger, garantizar y respetar los derechos humanos mediante la adopción e implementación de medidas, políticas públicas y programas con enfoque de derechos humanos que hagan posible la disminución de brechas o barreras sociales disponiendo la plena capacidad de ejercicio, el estatus de sujetos de derechos, la vida independiente, la igualdad de condiciones y la vida digna a favor de las personas con discapacidad (Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2023). Dicho tratado

... establece principios generales, como el respeto de la dignidad inherente, la libertad de tomar decisiones y la independencia; la no discriminación; la participación e inclusión; el respeto por la diferencia y la diversidad; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas. (Naciones Unidas, 2012, p. 17)

Asimismo, el artículo 3, inciso f, de la CDPC establece que la accesibilidad es un principio rector para el pleno desarrollo y desenvolvimiento de la persona con discapacidad. En *strictu sensu*, la Real Academia Española define a la accesibilidad como una cualidad accesible o de fácil acceso o trato (López, 2016). Por otro lado, para Kovac (2010), la accesibilidad es el acceso físico y de comunicación relativo a un edificio, vivienda, transporte y tránsito de fácil acceso por parte de las personas con discapacidad. En esa misma línea, Toyco (2018) establece que

... la accesibilidad es una condición previa esencial para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Esta comprende tanto el entorno físico como el transporte, la información y comunicación y los servicios, productos o bienes de uso público o abierto al público. (p. 73)

La accesibilidad refiere a la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan vivir de manera independiente y autónoma, por lo que el uso de un perro guía permitirá que pueda trasladarse con las mayores facilidades de acuerdo a las condiciones que se establezcan, por lo que el impedimento del goce de este derecho puede condicionar el ejercicio de otros derechos humanos. Por ejemplo, si una persona con discapacidad visual se traslada con su perro guía a un hospital, pero el personal de seguridad les deniega el ingreso, se estaría imposibilitando ejercer otros derechos humanos debido a su interdependencia. Es decir, la vulneración del derecho a trasladarse con su perro guía facilitando su accesibilidad y, en consecuencia, la negación de acudir a un centro médico para ejercer su derecho a la salud.

De esa manera, en el artículo 9, inciso 1, la CDPC señala que la accesibilidad es un derecho humano de las personas con discapacidad a fin de que puedan vivir de manera independiente y participar plenamente en todos los ámbitos, aunado a ello, pone énfasis en que para garantizar la accesibilidad debe identificarse y eliminarse las barreras y/o obstáculos. También el inciso 2 de dicho artículo refiere que los Estados que formen parte de dicho tratado, deben adoptar las medidas pertinentes de ley, política pública, programas o planes nacionales para brindar directrices adecuadas que aseguren la accesibilidad en todos los entornos universales (Seminario-Hurtado y Ponce Chávez, 2023).

Por su parte, el Estado Peruano aprobó el 31 de octubre del año 2007 mediante Resolución Legislativa N. 29127 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Defensoría del Pueblo, 2012). Por lo que resulta que el Perú tiene obligaciones generales (Vázquez y Delaplace, 2011). En ese sentido, ha adoptado medidas legislativas para el cumplimiento pleno de sus obligaciones en cuanto a la garantía del uso de los perros guía por parte de las personas con discapacidad visual como parte de su accesibilidad y goce de una vida libre independiente y autónoma (Seminario-Hurtado y Ponce Chávez, 2023).

5.2. Marco jurídico nacional

En el Perú, las personas con ceguera o baja visión conforman el grupo de personas con discapacidad visual. Así, el Estado Peruano posee un marco jurídico que protege, garantiza, promueve y respeta sus derechos fundamentales de orden constitucional, entre ellos, el derecho a vivir una vida libre, independiente y autónoma, y contar con todos los medios para trasladarse, entre ellos, con el uso de un perro guía debidamente registrado ante el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (en adelante CONADIS). Por ello, en el presente apartado se detalla el marco jurídico peruano sobre la materia en mención:

En primer lugar, la Constitución Política del Perú vigente (1993) “contiene principios y derechos que sustentan el andamiaje de protección para todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad” (Toyco, 2018, p. 66). Es por ello que el artículo 1 menciona que el respeto de la dignidad humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, también se establece en el artículo 2, inciso 2, que nadie puede ser discriminado por ningún motivo, entre ellos, tener algún tipo de discapacidad.

Por su parte, el artículo 7 reconoce a las personas con discapacidad² como sujetos de plena igualdad de derechos; esta norma cumple con una doble función, pues enfatiza, en “el respeto irrestricto de la dignidad humana y la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias a fin de propiciar su real inclusión en la sociedad” (Toyco, 2018, p. 72). Es por ello que el Estado se encuentra obligado a establecer y promover normas o políticas que orienten y construyan un ambiente de inclusión, para proteger y generar independencia en las personas con discapacidad; eliminando así barreras sociales que pudieran existir en el territorio peruano.

En segundo lugar, la Ley N. 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad³, en su artículo 4, establece que entre los principios rectores de las políticas públicas del Estado figuran el respeto a la dignidad humana, la autonomía e independencia, la igualdad y no discriminación por discapacidad y la accesibilidad. Este último principio constituye una pilastra para que la persona con discapacidad acceda en igualdad de condiciones a servicios públicos tales como comunicación, medios de transporte, educación, información, entre otros, tal como lo establece el capítulo III de la Ley. Además, el reglamento de dicha Ley⁴ dispone en su capítulo IV el rol fundamental que cumple la accesibilidad en aras de gozar de entornos adecuados, así como también que cuenten con medios que les facilite a acceder a todo tipo de ambiente, entre ellos, que la persona con discapacidad visual haga uso del perro guía para su traslado y desenvolvimiento pleno en la sociedad (Bermúdez y Seminario, 2020).

² Los autores desean especificar que este artículo constitucional no es claro, ya que reconoce a las personas con discapacidad como personas incapacitadas. Como bien se ha mencionado líneas arriba, en la actualidad el estudio del enfoque de capacidades se aborda desde el modelo social, es decir, que la persona con discapacidad es libre, independiente y autónoma, por lo que mencionarla como “incapacitada” resulta discriminatorio. Presumimos que este artículo estuvo redactado cuando aún estaba vigente el modelo médico, teoría que señalaba que las personas con discapacidad son incapaces. Instamos a los legisladores a realizar una modificatoria a este artículo que resulta negativo para el abordaje de los derechos de la persona con discapacidad.

³ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de diciembre de 2012.

⁴ Aprobado mediante Decreto Supremo N. 002-2014-MIMP y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 8 de abril de 2014.

En tercer lugar, se publica la Ley N. 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por Personas con Discapacidad Visual⁵ y su Reglamento⁶, siendo el primer dispositivo legal en la materia. En el artículo 1 de la referida Ley se establece que su objeto es

... promover y regular el uso de perros guía y garantizar el libre acceso de las personas con discapacidad visual que hacen uso de estos animales a lugares públicos o privados de uso público, incluyendo medios de transporte y centros de trabajo, así como su permanencia en ellos de manera ilimitada, constante y sin trabas.

Seguidamente, se publica la Ley N. 30433, Ley que modifica la Ley N. 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual⁷, por lo que se modifica los artículos 6, 7, 8 y 9. De una parte, el artículo 6 denota que el incumplimiento de dicha norma por parte de servidores y funcionarios públicos ocasiona infracciones leves, graves y muy graves, que serán competencia de CONADIS para establecer el procedimiento administrativo sancionador. De otra parte, los artículos 7 y 8 señalan los prejuicios leves, graves y muy graves que se cometen en caso de incumplimiento de la Ley, así como las sanciones respectivas. Por su parte, el artículo 9 refiere que se puede restringir el acceso a los perros guía en áreas restringidas.

En cuarto lugar, el Código Penal Peruano (en adelante CP) de 1991⁸ tipifica en su artículo 323 lo siguiente:

Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas ... (Código Penal, 1991, art. 323)

Tal artículo fue insertado en nuestro CP en el año 2000, por la Ley N. 27270, Ley contra actos de discriminación⁹; es por ello, que se le considera una regulación tardía, ya que desde hace muchos años atrás esta conducta se ha considerado parte de la sociedad

peruana, y es por este motivo, que se problematizaba la aplicación de este tipo penal a las conductas; además, en el año 2006, por medio de una reforma de la Ley N. 28867, Ley que modifica el artículo 323 del Código Penal¹⁰, se incluyó a la discriminación hacia las personas con discapacidad como un delito (Ardito, 2015).

Seguidamente, en el año 2013, la Ley N. 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana ¹¹que nuevamente modifica el CP, con lo cual incrementa al artículo 46 el apartado d como agravante de delitos por la causal de discriminación, en cualquiera de sus modalidades. Asimismo, entendamos que las agravantes pueden ser de relevancia cuando se miden los tercios de la determinación judicial de la pena, lo que es de suma importancia al incremento de años de pena privativa de libertad.

Así, las normas amparan los bienes jurídicos patrimoniales de las personas con discapacidad y, con ello, nos queremos referir a los perros guía. Si bien en la jurisprudencia constitucional son considerados instrumentos o medios de apoyo para personas con discapacidad visual, el CP solo los considera como parte del patrimonio. Es por ello que, a fin de protegerlos, se regulan los delitos como el tipo de Hurto (art. 186, numeral 11) y robo agravado (art. 189, numeral 7), y se da por agravante, la condición de vulnerabilidad de la víctima. Además, se prevé sanciones a los actos o conductas que sean lesivas contra los animales como objetos de derecho (patrimonio); lo encontramos regulado en el art. 206 – A, sobre Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres, este se encuentra en el título de daños.

Para finalizar este apartado, es pertinente sugerir que la normativa penal debe ser actualizada; y considerar, dentro de los tipos penales, a los perros guía como medios de apoyo y no mascotas, generando así agravantes, por la función de instrumentalidad que cumplen al guiar a las personas con discapacidad visual, y; que el hurtarlos, robarlos o dañarlos, genera discapacidad y limita la libre autodeterminación personal.

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 09 de agosto de 2006.

¹¹ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de agosto de 2013.

5.3. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano

El Tribunal Constitucional Peruano (en adelante TC) ha emitido una serie de sentencias sobre el uso de perros guía por personas con discapacidad visual. A continuación, se hará un desarrollo en los siguientes subapartados.

5.3.1. Sentencia recaída en el expediente N. 02437-2013-PA/TC

Esta es la primera sentencia realizada por el TC que trata el tema de los perros guía en el Perú. Se dio a consecuencia de un proceso de amparo iniciado el 07 de octubre del 2011 por un litisconsorcio conformado por Margarita Cósar Camacho, Marcos Antonio Segura Lozano y Juan Pérez Salas; en contra de la empresa Supermercados Peruanos S. A. Plaza Veá, por haberseles prohibido el ingreso, con sus perros guía, a los establecimientos comerciales. Luego de emplazar a la parte demandada, esta empresa refirió que solo acataba el art. 32 del Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas.¹²

Al observar dicho conflicto, el TC optó por el test de proporcionalidad para ponderar cuál era el derecho o norma que debía primar en el caso concreto. Es por ello que, al realizarse el examen de idoneidad, consideró que los perros guía son el medio adecuado para realizar la movilización independiente dentro del establecimiento comercial. En el examen de necesidad recalcó que no existe otro medio más idóneo; y en el examen de proporcionalidad, en sentido estricto, primó el derecho a la igualdad sobre el derecho a la salud de los usuarios y consumidores. Concluyó entonces declarar inaplicable el art. 32 del mencionado reglamento.

Asimismo, es relevante mencionar que esta sentencia define a los perros guía como medios e instrumentos:

Los perros guía no son mascotas. Son animales sometidos a duras y prolongadas pruebas, ... Tales exámenes evalúan su comportamiento en dichos entornos sociales y el grado de sumisión y respeto a las órdenes que reciben de las personas con discapacidad visual. ... la utilidad de estos animales radica en que permiten a las personas con discapacidad visual gozar de una plena movilidad personal e interactuar con la mayor independencia posible. (Tribunal Constitucional, 2014, numeral 59 y 60)

Pomareda (2020) considera que debió optarse por una argumentación en *stricto sensu* para la interpretación el art. 32 del reglamento Sanitario, expedido por la

Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA); y tomarse como referencia la Ley 30497 - Ley de Protección y Bienestar Animal, para entender los términos expresados en el reglamento y evitar las lagunas jurídicas; debido a que términos genéricos como: animales y mascotas. Tendrían un concepto delimitado, entendido al primer término como animales salvajes o callejeros (sin dueño); y el segundo, entendido como animales dependientes y de compañía, que tienen un dueño el cual puede controlar sus actos. Y, por lo tanto, que los perros guía, por ser instrumentos y medios de asistencia para personas con discapacidad, no cumplen con ninguna de estas condiciones para limitar su ingreso a los establecimientos comerciales; o pudo haberse planteado, un pronunciamiento de derrotabilidad (excepción) frente al caso especial de los perros guía, en vez de usar el test de proporcionalidad (ponderación), que requiere de un estudio exhaustivo y demoroso.

5.3.1. *Sentencia recaída en el expediente N. 14137-2017-PA/TC*

Esta es la segunda sentencia que se realiza a favor de la accesibilidad de las personas con perros guía, aunque en esta ocasión se da forma accesoria a la pretensión principal, a consecuencia de un proceso de amparo, por demanda de Juan Fernando Ruelas Noa, interpuesta el día 04 de mayo de 2016, contra la junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada. La finalidad fue declarar la inaplicación del art. 35.8.1 y 35.8.3 del Reglamento interno del edificio, realizado por la junta de propietarios, anteriormente mencionada, ya que dichos artículos prohibían el uso del ascensor a los propietarios con mascotas y, por tal motivo, los obligaba a trasladarse por las escaleras del edificio.

El TC concluyó y declaró inaplicable tal reglamento interno, sin antes inferir lo siguiente sobre los perros guía que pueden ser afectados por este:

El artículo 35.8.2. del Reglamento, se debe recordar que existen animales como los perros guía que constituyen asistencia animal que permite a las personas con discapacidad gozar de plena accesibilidad (STC N° 02437-2013-PA/TC f.j. 24). Por ello, prohibir el ingreso o permanencia de visitas en compañía de animales no puede significar de ninguna manera restringir la entrada de perros guía al edificio en cual habita el demandante, incluso a sus áreas privadas. (Tribunal Constitucional, 2019, numeral 20)

Por lo tanto, colegimos que la medida optada por la junta de vecinos del edificio sí presentaba una grave afrenta al derecho de accesibilidad de las personas con discapacidad, las cuales poseían perros guía; que bien pudieran vivir o visitar el edificio. Además, se daba un acto de discriminación injustificada en el uso del ascensor para algunos propietarios.

5.4. Sentencias emitidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI) es la institución administrativa pública-estatal autónoma encargada de vigilar, supervisar, fiscalizar, corregir, garantizar y salvaguardar los derechos de los consumidores, la libre competencia y los derechos de propiedad intelectual. Es importante mencionar que el art. 75 de la Constitución Política Peruana (1993) eleva al derecho del consumidor como un derecho fundamental, que debe ser resguardado, garantizado y vinculado con la salud y seguridad de la población (Martínez, 2023).

Dicha institución ha sido y es clave para la inclusión social e integración, así como el acceso de las personas con discapacidad en los establecimientos comerciales, transporte público, etc. Y esto se debe a las funciones antes mencionadas que pretenden proteger las relaciones de consumo, y erradicar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta, injustificada, que el proveedor puede realizar.

Aun cuando el INDECOPI es una de las principales instituciones administrativas en sancionar y proponer avances en materia de igualdad y no discriminación, el número de denuncias concluidas por motivos de discriminación desde el año 2018 al 2023 alcanza un total de 674 alrededor de todo el Perú. Cuatro de las denuncias fueron resueltas por Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos (PS), por la cuantía, la cual no superaba las tres Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y 670 denuncias resueltas por las Comisiones de Protección al Consumidor (CC), por razón de la competencia por cuantía que superaba los tres UIT (INDECOPI, 2023). Sin embargo, en estas cifras no se detallan los casos de discriminación que se dan hacia las personas con discapacidad ni tampoco aquellos casos donde la persona con discapacidad es discriminada en los establecimientos por tener un perro guía.

Dicho lo anterior, presentaremos tres casos donde los consumidores son personas con discapacidad que tienen perros guía; y tuvieron conflictos graves y leves con los proveedores. Además, veremos que no son casos que sancionen la discriminación (art. 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N. 29571). Es por ello que analizaremos las jurisprudencias administrativas de INDECOPI donde el conflicto gira en torno a las personas con discapacidad y sus perros guía.

5.4.1. Resolución Final N. 331-2013/CC2

Los hechos denunciados ocurrieron un viernes 13 de enero del 2012, los señores Cósar, Segura y Pérez denunciaron a la señora Tello por presunta infracción de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa el Consumidor. Debido a que, son personas con discapacidad visual, que ingresaron al restaurante con la asistencia de perros guías para su desplazamiento. Luego que se sentaron en las primeras 2 mesas obstaculizando el ingreso al establecimiento y a la vez, causaba incomodidad a los comensales, ya que era hora del almuerzo ; el señor Juan Tello Galván, persona encargada del local, en un tono malcriado y desagradable les solicitó que se retiraran del establecimiento porque no los iban a atender al estar acompañados de canes, y que este hecho contravenía la Ordenanza Municipal N° 984 que prohíbe el ingreso de personas acompañadas de animales a establecimientos públicos, y la normatividad de Defensa Civil de la Municipalidad Metropolitana de Lima; no obstante, se le explicó el propósito que los perros cumplían, pero de igual forma reaccionó amenazándolos con arrojarles agua hervida si no se retiraban del establecimiento. Por las amenazas del encargado del local, llamaron al personal de la Policía Nacional de Perú – PNP, a fin de dejar constancia de lo ocurrido; asimismo, se comunicaron con una radio local para denunciar el hecho. (Resolución Final N. 331-2013/CC2, 2013)

La citada resolución final del INDECOPI concluyó este caso declarando fundada la infracción, por falta del deber de idoneidad, e infundada la infracción por discriminación. Bajo ese orden de ideas se analiza la infracción por el deber de idoneidad, el cual versa sobre el deber que tiene el proveedor frente a los consumidores, con el propósito de que exista correspondencia sobre el bien o servicio que se espera recibir y el que recibe. Por lo tanto, se evalúa en función al producto o servicio que se recibe, así como también la aptitud para satisfacer a los consumidores (Muchaypiña, 2020).

Es por ello que la misma resolución refiere que la Sra. Tello incumplió este deber de idoneidad al tener su establecimiento operando con dos multas mediante Resoluciones N. 01M326739 y 01M326780. La primera por no cumplir con las condiciones de seguridad establecidas para el funcionamiento del local y la segunda debido a la presencia de insectos en dicho restaurante. A estos hechos señalados se suma el incumplimiento con permitir el acceso y atención a lo establecido por la Ley N. 29830 - Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual y la Ordenanza N. 984 emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, normas que asistían a los denunciantes en el derecho de acceder a establecimientos comerciales en compañía de sus perros guía.

Además, la infracción infundada sobre la discriminación declara que, al no existir una diferenciación injustificada, no habría discriminación, ya que el tema de conflicto versa sobre los canes. Señala también que acreditar la configuración de la conducta discriminatoria del proveedor no solo requiere de indicios suficientes de haber recibido un trato desigual, sino que, además, se requiere que el proveedor no pruebe causas justas para su proceder. A diferencia de ello, en este caso, el proveedor sí acredita que su actuación respondió a motivos de seguridad del establecimiento.

5.4.1. *Resolución Final N. 978-2017/CC2*

El 8 de mayo de 2016, ingreso al restaurante (denominado: Don Mamino) la Sra. Jane Margarita Cósar Camacho, en compañía de sus dos hijas, su esposo y su perro lazarillo, en tanto es una persona con discapacidad visual; el personal del denunciado le manifestó, cortésmente, que el perro “lazarillo” debía permanecer fuera del local; debido a una disposición de la Municipalidad de La Molina que prohíbe el ingreso de canes a restaurantes por razones de salubridad; debido a que era innecesario, ya que se encontraba en compañía de sus familiares y podía ser asistida por ellos mientras permaneciera dentro del establecimiento; posteriormente, mediante Hoja de Reclamación N° 181, presentó su reclamo por no permitirle ingresar al establecimiento con su perro lazarillo. (Resolución Final N. 978-2017/CC2, 2017)

La mencionada resolución se resolvió, declarando fundado la infracción por trato preferente, e infundada la infracción por discriminación. La Ordenanza N. 052 “Régimen de Canes y su Registros”, emitida por la Municipalidad de la Molina, establecía que, por razones de salud pública se restringía el ingreso de canes. Se debe considerar que, en la Ordenanza Municipal, no se encontraban establecidas las limitaciones a los canes que sirvan como guías. Por lo tanto, la denunciante sí tenía el derecho de acceder al establecimiento Don Mamino, puesto que pedirle retirar al perro del local, alegando que era innecesario, se considera una restricción injustificada, cuya infracción se visualiza en el art. 41. 1 del Código del Consumidor¹³.

- Reflexiones sobre el caso 1 y caso 2

En las dos primeras resoluciones declaran infundada la infracción por discriminación, porque se les permitió el ingreso o acceso a los restaurantes a las personas con sus perros guía. Tomando esto en cuenta, según el Código del Consumidor, no hubo discriminación al acceder al local, sino que el hecho de prohibición solo giraba en torno a sus perros guía,

por ser la causa de incomodidad de otros consumidores en el local, o por ser motivo de prohibición según ordenanza Municipal, o ser obstáculo al ingreso del local. Por lo cual, no configura la infracción por discriminación.

Es por ello que diferimos de las motivaciones infundadas sobre la discriminación dadas por el Código del Consumidor; puesto que consideramos la sentencia recaída en el expediente N. 02437-2013-PA, TC, que establece que la restricción al acceso de los perros guía no debe entenderse como una discriminación justificada por las normas de salubridad o por el hecho de ser punto clave del conflicto; ya que, si interpretamos la discriminación, como lo establece la jurisprudencia constitucional, entendemos que existe una discriminación en función al objeto. Es decir, no debería considerarse la discriminación a los perros guía, como un objeto apartado del sujeto, sino entenderse que el perro guía forma parte de la persona con discapacidad visual (relación parte-todo). Es por ello que, al circunscribir la causa del conflicto solo en el perro guía, se desliga a la persona con discapacidad que depende de él (Martínez, 2023).

A partir de ello, debemos entender que, si bien los establecimientos comerciales no discriminan el acceso de las personas con discapacidad visual, se les condiciona a que lo dejen al cuidado de un personal del establecimiento o que prohíban su ingreso a los perros guía. Consideramos que este solo hecho genera discapacidad, debido a que el perro guía le proporciona libertad, autonomía e independencia; puesto que al movilizarse, sin un perro guía, dentro de un establecimiento comercial o restaurante se requeriría de un apoyo humano, el cual no es una opción óptima, pues podrían generarse cuestiones de malos tratos, impaciencia, limitación a la libertad y a la autodeterminación personal. Esto se evita cuando hay asistencia de un perro guía, el cual solo sirve como instrumento de equidad para alcanzar una igualdad en la libertad de desplazamiento de las personas con discapacidad visual, además de sentir comodidad al momento de darse la relación de consumo.

Asimismo, debe mencionarse que las infracciones por el deber de idoneidad, el trato preferente y la discriminación, son regulaciones adecuadas para velar por los derechos de las personas con discapacidad en posición de consumidores de servicios o bienes. Aunque, si partimos por asumir que la persona con discapacidad visual y su perro guía padecen de actos discriminatorios para acceder o movilizarse dentro de un establecimiento comercial o restaurante; debería darse mayor relevancia a las infracciones por discriminación y las demás, de manera accesoria o subsidiaria.

5.4.1. *Resolución final N. 2055-2019/PSI*

El 3 de agosto de 2019, la Sra. Ruth Marianela Quintanilla Castro, tenía reservado su vuelo en la empresa Sky en la ruta Cusco-Lima en compañía de su perro guía; sin embargo, el personal, del proveedor denunciado, no permitió que la mascota aborde dicho vuelo, pese a que contaba con un certificado médico que acreditaba su discapacidad (invidente) y la necesidad de contar con asistencia de su perro guía, obligándola a dejarlo en la ciudad de Cusco y asumir gastos adicionales para su traslado a Lima. En su defensa, SKY señaló que los requisitos que se exige para que personas con discapacidad, que viajen con animales se encuentran publicados a través de su página web; además, se advierte que cuando la interesada adquirió el boleto aéreo en la ruta Cusco- Lima, tomó conocimiento de los términos y condiciones exigidos por la denunciada para hacer efectivo el traslado en la cabina del avión de su perro guía. (Resolución final N. 2055, 2019)

En la presente resolución se encuentra un hecho problemático. Esta se archivó por no configurar la falta del deber de idoneidad descrita en la pretensión. Es por ello que, según Martínez (2023), nos menciona que las autoridades del INDECOPI solo se remiten a resolver el petitorio; y que una vía óptima, para resolver este conflicto, es haberse propuesto en la denuncia la falta al deber de información por parte del proveedor (art. 104, del código de protección y defensa del consumidor); ya que, si bien el presente consumidor es una persona con discapacidad visual, es determinante entender que los medios visuales (páginas web), no son los medios óptimos para conocer las condiciones que se deben optar para adquirir el servicio de transporte en avión. Es así que la empresa debió prever los medios adecuados para informar al consumidor antes de la adquisición de cualquier servicio. Por ello, es relevante que se debió configurar en la denuncia la infracción al deber de información, ya que, a su vez este, hubiera servido como un puente para concretizar la falta del deber de idoneidad y la discriminación (Martínez, 2023).

Por ende, se debe observar las limitaciones de acceso a los servicios de transporte público (empresas privadas que realizan el servicio de transporte público urbano) y transporte privado de servicio público (taxis o conductores afiliados a aplicativos móviles); debido a que, en los primeros mencionados, existe un margen relevante de discriminación, constante, al derecho de accesibilidad y no discriminación de las personas con perros guía. Un claro ejemplo de esta problemática se pudo visualizar en un informe televisivo de TV Perú Noticias, titulado *Los ojos de personas invidentes* (2013), donde se visualizaba cómo los conductores no permitían subir a una persona con discapacidad visual que contaba con un perro guía; además, se menciona que los conductores de transporte público desconocen

las infracciones establecidas en el art. 8 de la Ley N. 30433 que modifica la Ley N. 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual.

En ocasiones, este desconocimiento acarrea en un trato diferenciado debido al desconocimiento de alguna norma de ordenanza municipal, o por motivo que ocupan espacio en los transportes públicos, ignorando así las sanciones administrativas que se describen en la ley de los perros guía, y las mismas, que deberían estar incorporadas en el Reglamento Nacional de Tránsito D.S. N. 016-2009 – MTC, a fin de existir una mayor publicidad de los derechos de las personas con perros guía y el conocimiento de las sanciones que impone CONADIS. Del mismo modo, debería darse denuncias sobre estos servicios inadecuados frente a INDECOPI para la realización de la sanción correspondiente, ya que hasta ahora no hay ninguna jurisprudencia administrativa en materia de discriminación hacia las personas con discapacidad y perros guía en el transporte público - urbano; con el fin de poder velar por la no discriminación y el libre acceso al transporte público (Martínez, 2023).

6. Avances y desafíos

El uso de perros guía se ha consolidado como una alternativa viable para asegurar el ejercicio del derecho a la accesibilidad del entorno por parte de las personas con discapacidad visual. Ello, pues permite que los miembros de este grupo de especial atención logren desplazarse autónomamente por las calles, liberándolos de la necesidad de depender de la asistencia de otras personas que anteriormente desempeñaban la función de guías (García, 2017).

Además, estos caninos son instrumentos clave para contribuir a reducir el riesgo de enfrentar los peligros que pueden afectar la integridad física, salud e incluso la vida de las personas ciegas o con baja visión, puesto que existe una notable falta de adecuación urbana de las ciudades y otros espacios sociales.

Como muestra de ello, se creó la Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual (Ley N. 29830) el año 2012. Esta se presentó como un avance novedoso en materia de derechos para el colectivo, ya que buscaba velar por el derecho a la accesibilidad. De igual forma, fue complementado posteriormente con la expedición del Reglamento de aquella Ley (2017), la cual regulariza la situación legal de estos animales mediante la implementación del Registro del Perro Guía.

La utilización de perros guía por parte de personas con discapacidad visual ha demostrado ser una herramienta valiosa para promover su autonomía, seguridad y calidad de vida. Sin embargo, a pesar de los beneficios evidentes que estos leales compañeros

caninos ofrecen, enfrentan una serie de obstáculos que pueden dificultar su uso efectivo y la plena integración de las personas con discapacidad visual en la sociedad.

Estas barreras van más allá de las carencias prácticas y técnicas y se extienden a cuestiones más profundas relacionadas con la concienciación, actitudes y aplicación adecuada de las regulaciones que giran en torno al uso de perros guía.

Por un lado, se encuentra la carencia de espacios nacionales en los cuales se lleve a cabo la formación de estos animales. Con relación a ello, Víctor Hugo Vargas Chavarri, quien fuese entrevistado en *La República* (2022) sobre la temática, mencionó que “en el país no existen estas escuelas, entonces para poder acceder a un perro tienes que ir a los Estados Unidos o España, donde hay estos lugares acreditados. O si no, los puedes comprar, pero eso te cuesta miles de soles” (párr. 6). Cabe resaltar que dicha insuficiencia implica una problemática a nivel de la región, siendo el único centro de este tipo la Escuela para Entrenamiento de Perros Guía para Ciegos, cuya sede se encuentra en México.

Ante ello, las barreras económicas para acceder a los perros guía se presentan como un desafío significativo para la persona con discapacidad visual. La adquisición de estos perros y su capacitación son realmente costosas, pues el precio aproximado para su adiestramiento ronda los 40 000 dólares (Perú21, 2016).

Una solución efectiva para superar aquel desafío sería la creación de escuelas de entrenamiento de perros lazarillos, las cuales deben ser distribuidas a nivel nacional con la finalidad de evitar la centralización. Estas instituciones podrían proporcionar canes debidamente entrenados a personas con discapacidad visual de manera más accesible, lo que reduciría la carga financiera para los individuos.

Aunado a ello, la creación de estas escuelas tendría un impacto positivo en el aumento del número de perros guía disponibles en el Perú. Con relación a esta cifra, a través del Memorando N. D000885-2023-CONADIS-DPDPD, dicha tarea se presenta como pendiente, lo cual debe constituir preocupación de las autoridades, puesto que el número total no supera los tres perros. Estos se encuentran distribuidos en los departamentos de Cuzco y Lima, existiendo dos en el primero de estos y el restante, en la capital del país (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2023).

A pesar de estas dificultades, CONADIS —como se ha mencionado anteriormente— ha establecido un protocolo accesible de inscripción para estos animales de apoyo. Este consta de tres pasos a seguir para completar el registro.

Primero, la persona que realizará el trámite deberá dirigirse a la sede principal del Consejo Nacional de Integración para las Personas con Discapacidad (CONADIS) o, de

ser el caso, a los Centros de Coordinación Regional cuando la persona se encuentre en alguna provincia del país. Segundo, esta deberá identificarse enseñando el documento de identidad y la carta poder simple en caso se realice el trámite en representación. Asimismo, se deberá rellenar el Formulario 1¹⁴ y consignar la huella, así como firma digital en el mismo. Tercero, resulta de suma importancia contar con los medios que prueben que el perro a registrar ha recibido un entrenamiento especializado y culminado con el mismo, siendo prueba de ello la acreditación de adiestramiento reconocida por la Federación Internacional de Escuelas de Perros Guía. Por último, como parte de estos documentos, se requiere del certificado sanitario expedido por un veterinario autorizado por el Colegio Médico Veterinario del Perú, por el SENASA, con una antigüedad máximo no mayor de un año (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2019).

Por otro lado, existe una ausencia de capacitación adecuada del personal de establecimientos abiertos al público que brindan bienes y/o servicios. Esto puede evidenciarse a través del testimonio de Jane Margarita Cósar Camacho, una abogada peruana y persona con discapacidad visual quien cuenta con el apoyo de Perri, su fiel compañero quien junto a Cubbe, hasta el fallecimiento de este último, formaban parte del escaso número de perros guía registrados en nuestro país.

Cosar, en el año 2011, interpuso una demanda de Amparo contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Veá, puesto que fue víctima de discriminación al prohibírsele su entrada junto a su perro de asistencia, pues dicho establecimiento alegaba que, en razón de salvaguardarse la salud, no resultaba viable autorizar el ingreso de estos canes. El Tribunal Constitucional (2014), al realizar el minucioso análisis del citado caso afirmó, a través de la sentencia del Expediente N. 02437-2013-PA/TC,¹⁵ que “el efecto colateral de denegar a las personas con discapacidad visual el goce y ejercicio de ser asistidas por un perro guía es obstaculizar, en igualdad de condiciones, el goce y ejercicio de los derechos al libre desarrollo y bienestar” (f.j. 33).

No obstante, a pesar de este fallo, Cosar expresó, a través de un reportaje reciente realizado para el Programa de televisión *Al sexto Día* (2022), que, aunque la Ley N. 29830 protege su derecho a acceder a espacios públicos y privados, a menudo se encuentra con actitudes hostiles y discriminatorias en estos lugares comerciales por parte de los trabajadores.

¹⁴ El formulario 1 se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://gobpe-production.s3.amazonaws.com/uploads/medium/archive/000/000/181/Formulario_1_CONADIS.pdf o, en su defecto, puede solicitarse físicamente en las oficinas de CONADIS indicadas anteriormente en la presente sección del artículo de investigación.

¹⁵ Véase en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>

Este material audiovisual es muestra de ello, pues son dos veces las ocasiones en las cuales los empleados de restaurantes, quienes posiblemente debido a una falta de capacitación y desconocimiento en materia de legislación, carecen de información sobre cómo interactuar de manera apropiada y niegan el ingreso a estos establecimientos alegando que estos canes son simplemente mascotas (Al sexto día, 2022).

Al respecto, Ronald León —vocero del área de fiscalización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)— se ha pronunciado indicando que los actos de discriminación podrían efectuarse si son llevados a cabo mediante acciones restrictivas o diferenciadas frente a otras personas (Buenos Días Perú, 2022).

Dicho pronunciamiento surge en razón de que, el 2022, Jane habría sido discriminada al impedírsele el acceso junto a su perro guía Perri a un conocido restaurante de la capital. Conviene poner énfasis en que existen en nuestro país mecanismos a los cuales acudir en caso de ser víctima de estos actos. Frente a ellos, se destaca el Procedimiento Administrativo llevado a cabo por INDECOPI, al cual se puede acceder mediante comunicación escrita o telefónica¹⁶ establecidos en el sitio web del organismo.

Por último, es relevante mencionar, que la falta de concientización en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad es una problemática significativa presente en nuestra sociedad. Esta carencia se traduce en una serie de desafíos y barreras que afectan directamente a los miembros de este grupo de especial atención.

Ante ello, es imperativo, generar acciones de concientización en la población sobre dicho aspecto. Ello implica llevar a cabo campañas informativas destinadas a sensibilizar a la sociedad sobre la realidad que atraviesan estas personas y promover la empatía. Esto, además, es de necesaria observancia por parte de nuestro país, puesto que la promoción de estos derechos se encuentra directamente relacionada con las obligaciones de los Estados al firmar tratados internacionales, siendo este caso la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en donde el numeral 1 del artículo 8 se estipula lo siguiente:

Artículo 8

Toma de conciencia

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:
 - a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fo-

¹⁶ Véase en <https://indecopi.gob.pe/web/atencion-al-ciudadano/conversa-nosotros>

- mentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
- b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

Posicionando dichas obligaciones en la realidad, es posible afirmar que los intentos por generar una concientización, por parte del Estado, resultan insuficientes, pues —a partir de la encuesta realizada por el MINJUS en el año 2019— “uno de cada tres peruanos con discapacidad ha sufrido discriminación” (Defensoría del Pueblo, 2021, párr. 3).

Por consiguiente, dicha falencia debe ser solventada, pues cuando un Estado se compromete a respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad, asume la responsabilidad de no solo establecer un marco normativo que lo respalde, sino también de crear concientización y educación en su población. Solamente con la sensibilización logrará la verdadera inclusión.

7. Conclusión

La regulación jurídica en materia del uso de perros guía ha experimentado un progreso favorable en nuestro país, puesto que se han reconocido derechos fundamentales y promovido la inclusión. Sin embargo, los desafíos persisten en la implementación y sensibilización. La mejora continua de la regulación, la educación y la cooperación son esenciales para garantizar que las personas con discapacidad visual puedan ejercer plenamente su derecho a la accesibilidad.

Referencias

- Al Sexto Día. (2022, 21 de mayo). *Este es el vía crucis del perro guía en las calles de Lima* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=6hVoyfgmdRo>
- Ardito, W. (2015). El tratamiento penal del delito de discriminación en el Perú: evolución y límites. *Foro Jurídico*, (14), 23-31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13746>

- Bergamino Varillas, J. P. (2018). Discapacidad visual, competencias y empleabilidad en el Perú. *360: Revista De Ciencias De La Gestión*, (3), 84-108. <https://doi.org/10.18800/360gestion.201803.004>
- Bermúdez-Tapia, M. y Seminario-Hurtado, N. (2020). El reconocimiento de la comunicación de señas como derecho inclusivo en el Perú. *Revista Lumen*, 16(2), 250-260. <https://doi.org/10.33539/lumen.2020.v16n2.2306>
- Bermúdez-Tapia, M. y Seminario-Hurtado, N. (2021). El derecho comunicativo de las personas sordociegas en el Perú. *Sapientia & Iustitia*, 2(4), 131-149. <https://doi.org/10.35626/sapientia.4.2.30>
- Bermúdez-Tapia, M. (2023). Límites en la construcción de una justicia social en el Perú. *Análisis Jurídico - Político*, 5(9), 13-34. <https://doi.org/10.22490/26655489.6175>
- Borges, J. L. (1998). *El hacedor*. Alianza Editorial.
- Buenos días Perú. (2022, 9 de junio). *Indecopi fiscaliza a local por discriminar a invidente con perro guía* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=7QwyAC-KZxA>
- Colmenarejo, R. (2016). Enfoque de capacidades y sostenibilidad. Aportaciones de Amartya Sen y Martha Nussbaum. *Ideas y Valores*, 65(160), 121-149. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v65n160.43084>
- Código Penal Peruano. (1991). <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/CODIGOPENAL.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (2000, 26 de mayo). Ley N. 27270, Ley contra actos de discriminación. https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/PERU_Ley%2027270%20Contra%20actos%20de%20discriminaci%C3%B3n.pdf
- Congreso de la República del Perú. (2006, 08 de agosto). Ley N. 28867, Ley que modifica el artículo 323 del Código Penal. <http://observatoriolegislativocele.com/wp-content/uploads/LEYES/Peru/28867.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (2012, 24 de diciembre). Ley N. 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. Diario Oficial *El Peruano*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/534697/LEY%20GENERAL%20DE%20LA%20PERSONA%20CON%20DISCAPACIDAD%20Y%20SU%20REGLAMENTO_17_07_2023.pdf?v=1689899174
- Congreso de la República del Perú. (2012, 7 de enero). Ley N. 29830, Ley que Promueve y Regula el uso de perros guía por Personas con Discapacidad Visual. Diario Oficial *El Peruano*. <https://www.conadisperu.gob.pe/web/documentos/NORMAS/Ley%2029830.pdf>

- Congreso de la República del Perú. (2016, 14 de mayo). Ley N. 30433, Ley que Modifica la Ley N. 29830. Ley que Promueve y Regula el uso de perros guía por Personas con Discapacidad Visual. Diario Oficial *El Peruano*. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30433.pdf>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2019, 24 de abril). *Inscripción y registro de 2 perros guías en la Sede Central del CONADIS*. CONADIS. <https://bitly.ws/39FAZ>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2022). *Informe estadístico del Registro Nacional de la Persona con Discapacidad (RNPCD) – [Reporte]*. https://conadisperu.gob.pe/observatorio/wp-content/uploads/2022/03/Informe-estadistico-mensual-del-RNPCD_Feb-2022.pdf
- Constitución Política del Perú de. (1993, 29 de diciembre). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>
- Cuenca, P. (2011). *Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad*. Consulta 19 de marzo de 2023. https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19335/derechos_cuenca_PTD_2011.pdf
- Cuenca, P. (2012). Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, 158(1), 103-137. <https://doi.org/10.18042/39941>
- Defensoría del Pueblo. (2021, 16 de octubre). Defensoría del Pueblo: Estado peruano debe luchar contra la discriminación estructural existente contra las personas con discapacidad. <https://bitly.ws/39FB4>
- Díaz Dumont, J. R. (2019). Discapacidad en el Perú: Un análisis de la realidad a partir de datos estadísticos. *Revista Venezolana de Gerencia*, 24(85). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29058864014>
- Fernando León, D. (2018). *Enfoque de las capacidades*. ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, Kiel, Hamburg. <http://hdl.handle.net/10419/182466>
- Fincias Cillero, A. (2021). *Características de los usuarios de perros guía en nuestra sociedad* [Tesis de grado, Universidad de Valladolid]. Repositorio institucional <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/50691>
- Fundación Princesa de Asturias. (2021, 21 de octubre). *Conversación con Amartya Sen* [Video]. YouTube. <https://youtu.be/nnES06lX5VA?si=bzcFs9Jtr1xQnDZ3>
- García, V. (2017). *Auxiliares de movilidad en la discapacidad visual. Terapia asistida por perros: perros guía* [Tesis de Maestría, Rehabilitación, Universidad de Valladolid]. Repositorio Institucional. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/26320/TFM-M352.pdf?sequence=1>

- Gómez, V. (2005). *La anomia para las personas con discapacidad* [Tesis de grado, Universidad de las Américas Puebla]. Repositorio Institucional. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/gomez_m_v/
- Hernández Ríos, M. I. (2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 6(2), 46-59. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a04.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Censo Nacional 2017. XII de población, VII de vivienda y III de comunidades indígenas. Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017* https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1675/libro.pdf
- La República. (22, 20 de marzo). Perú solo cuenta con dos perros guías registrados, según el Conadis. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/03/20/peru-solo-cuenta-con-dos-perros-guias-registrados-segun-el-conadis>
- López, F. (2016). *La accesibilidad en evolución: la adaptación persona-entorno y su aplicación al medio residencial en España y Europa*. [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/385208/fal1de1.pdf>
- Martínez, F. (2023, 7 de noviembre). Entrevista Personal.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2008, 24 de junio). Decreto Legislativo N. 1033 de 2008, Decreto legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/dl1033.pdf>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2014, 8 de abril). Decreto Supremo N. 002-2014-MIMP. Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4882754/LEY%2029973_%20REGLAMENTO_17_07_2023.pdf?v=1689899009
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2017, 12 de marzo). Decreto Supremo N. 001-2017-MIMP, Decreto que aprueba el Reglamento de la Ley N. 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual.
- Ministerio de Salud. (2002, 23 de octubre). Resolución Ministerial N. 1653-2002-SADM de 2002. Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/254545-1653-2002-sa-dm>

- Muchaypiña, M. (2020). *El deber de idoneidad, derecho inherente del consumidor Expediente: N° 1268-2015/CCI (idoneidad)* [Presentación de expediente para obtener Título de abogado]. Repositorio Institucional - Universidad San Ignacio de Loyola. <https://hdl.handle.net/20.500.14005/11293>
- Naciones Unidas. (2006, 13 de diciembre). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbf13a.html>
- Naciones Unidas. (2007, 30 de marzo). *Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad*. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Naciones Unidas. (2012). *El sistema de tratados de derechos humanos*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf
- Pacheco, Y. y Sánchez, D. (2020). *Barreras percibidas por las personas con discapacidad visual en la prestación de los servicios de salud. Montería 2020* [Trabajo de grado, Universidad de Córdoba]. Repositorio Institucional. <https://bit.ly/ws/39FB6>
- Perú21. (2016, 23 de mayo). ¿Por qué hay tan pocos perros guía en el Perú? <https://peru21.pe/lima/hay-perros-guia-peru-218807-noticia/>
- Pomareda, A. (2020). Constitucionalismo sin reglas: el caso del perro guía. *IUS ET VERITAS*, (60), 238-245. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.013>
- Reyes Morela, A. (2008). El enfoque de las capacidades, la agencia cognitiva y los recursos morales. *RECERCA, REVISTA DE PENSAMENT I ANÀLISI*, (8), 53-172. <https://www.e-revistas.uji.es/index.php/recerca/article/view/167>
- Sánchez García, J. L. (2015). La persona humana y su perspectiva antropológica. *FIDES ET RATIO*, (1), 77-104. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5413414.pdf>
- Seminario-Hurtado, N. (2022). El sistema braille y otros medios auxiliares como derecho comunicativo de las personas con discapacidad visual en el Perú: Avances y Desafíos. En Pires Gavião Filho, A., Gesta Leal, R., y Martins Dias, H. (Eds.), *Coletânea do VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis* (pp. 185-200). Editora Dialética.
- Seminario-Hurtado, N., y Avellaneda-Vásquez, J. (2023). El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad. *Revista Primera Instancia*, 20(10), 94-107. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/76761>
- Seminario-Hurtado, N. y Ponce Chávez, S. S. (2023). Los derechos de la persona con discapacidad en el Perú: avances y desafíos. *Revista Direitos Sociais E*

Políticas Públicas (UNIFAFIBE), 11(3), 328–354. <https://doi.org/10.25245/rdspp.v11i3.1487>

Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta.

Stewart Til, E. (2022). Adaptación de un perro guía a una persona con ceguera total y discapacidades añadidas. *RED Visual: Revista Especializada en Discapacidad Visual*, 80(1), 127-155. <https://doi.org/10.53094/YMWH8830>

Toboso Martín, M. y Arnau Ripollés, M. S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 10(20), 64-94. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28212043004>

Toyco, P. N. (2018). La discapacidad en la constitución. Hacia un necesario reconocimiento de derechos fundamentales desde la convención sobre derechos de las personas con discapacidad. *Aequitas*, 1(1), 65–80. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/view/15221>

Tribunal Constitucional Peruano. (2014, 16 de abril) Sentencia del Expediente N. 02437-2013-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>

Tribunal Constitucional Peruano. (2016, 4 de mayo) Sentencia del Expediente N. 01413-2017-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01413-2017-AA.pdf>

TV Perú Noticias. (2013, 03 de agosto). *Perro guía, los ojos de personas invidentes* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=1UKredTohGM>

Urquijo Angarita, M. (2014). La teoría de las capacidades en Amartya Sen. *EDETANIA*, (46), 63-80. <https://revistas.ucv.es/edetania/index.php/Edetania/article/view/161>

Valencia, A. (2018). *Breve historia de las Personas con Discapacidad: De la Opresión a la Lucha por sus Derechos*. Editorial Académica Española. <https://bitly.ws/39FBc>

Vázquez, L. D. y Delaplace, D. (2011). Políticas Públicas con Perspectiva de Derechos Humanos: Un Campo en Construcción. *Conectas*, 4(8), 32-65.

Victoria Maldonado, J. A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (12). <https://doi.org/10.5944/rduned.12.2013.11716>

Yataco Marín, R. M. (2022). Tiflotecnología y el acceso a la información de las personas con discapacidad visual. *FENIX*, (50), 76-90. <https://doi.org/10.51433/fenix-bnp.2022.n50.p76-90>

Zavala Olalde, J. C. (2010). La noción general de persona. El origen, historia del concepto y la noción de persona en grupos indígenas de México. *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, (27-28), 293-318. <https://www.redalyc.org/pdf/384/38421211013.pdf>



EL SISTEMA DE RECONOCIMIENTO DE NOTORIEDAD DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN PERÚ

*Karen Gastiaburu Alania**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
karengastiaburu@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad analizar el sistema de reconocimiento de notoriedad de los signos distintivos en el Perú a través de los diferentes procedimientos en los cuales un titular puede lograr dicho reconocimiento.

En el trabajo se analiza cada uno de los procedimientos contenciosos en donde el titular de un signo notorio alega dicha condición para la defensa de un derecho. En ese sentido, analizaremos los procedimientos de oposición al registro de un signo distintivo, procedimiento de nulidad, denuncia por infracción y la acción de cancelación por falta de uso.

Finalmente, luego de analizar cada uno de los procedimientos donde actualmente se puede reconocer la notoriedad de un signo distintivo, concluimos que resulta necesario un procedimiento independiente donde un titular pueda obtener dicho reconocimiento sin necesidad de recurrir a estos otros procedimientos.

PALABRAS CLAVE: Notoriedad, Perú, Oposición, Nulidad, Infracciones, Cancelación por falta de uso, Sistemas de reconocimiento de notoriedad, registro de marcas notorias.

THE SYSTEM FOR RECOGNITION OF NOTORIETY OF DISTINCTIVE SIGNS IN PERU

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the system of recognition of distinctiveness notoriety in Peru through the various procedures by which a holder can achieve such recognition.

The paper examines each of the contentious procedures where the holder of a notorious sign asserts such condition for the defense of a right. In this regard, we will analyze the procedures for opposition to the registration of a distinctive sign, nullity procedure,

* Bachiller y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y maestranda por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente contratada por la Universidad Privada del Norte. Especialista en Propiedad Intelectual y Derecho Administrativo. Se desempeña como abogada desde hace 10 años en la Comisión de Signos Distintivos del Indecopi. La filiación de este artículo es a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

complaint for infringement, and action for cancellation due to non-use.

Finally, after analyzing each of the procedures where the notoriety of a distinctive sign can currently be recognized, we conclude that an independent procedure is necessary for a holder to obtain such recognition without the need to resort to these other procedures.

KEYWORDS: Notoriety, Peru, Opposition, Nullity, Infringements, Cancellation due to non-use, Systems of notoriety recognition, registration of notorious marks.

1. Introducción

Dentro de los signos distintivos, los que más se usan en el mercado tanto por los proveedores de productos y servicios como por los consumidores, son las marcas; siendo estas las que identifican productos y servicios. Por ello, los casos de notoriedad de un signo distintivo son básicamente de marcas.

Consideramos importante el estudio de las marcas notorias porque son las que prefieren la mayoría de consumidores y sobre las cuales también se genera una serie de intereses a favor de los titulares, dado que obtendrán mayores ganancias gracias al posicionamiento de su marca y también porque estas marcas son las que más se falsifican. En ese sentido, consideramos de interés, primero, estudiar el sistema de reconocimiento actual a nivel nacional para después reflexionar sobre la necesidad de tener un sistema de registro independiente de marcas notorias (que incluyen también a los demás signos distintivos).

Esta protección especial que se le debería dar a las marcas notorias ha sido recogida también por la doctrina, tal como lo señala Cornejo Guerrero (2007):

La calificación de una marca como notoriamente conocida es importante, porque es preciso que ella cuente con una protección especial. Ella ha alcanzado una imagen y prestigio que hacen que por sí sola sea de inestimable valor, por lo que está expuesta al riesgo de aprovechamiento ilícito de comerciantes inescrupulosos, que conociendo del prestigio y calidad de los productos o servicios que distingue, busquen el obtener el registro de dichos signos distintivos, para productos o servicios no protegidos específicamente por los certificados de la marca notoria; o también busquen el registro de una marca notoria, que aún no ha sido registrada por su titular en determinado país. (p. 97)

De otro lado, si bien en el mercado existen marcas que son consideradas famosas, notorias o renombradas, el reconocimiento legal de la calidad de notoria de una marca se realiza a través de un reconocimiento de la autoridad nacional competente.

Cada país tiene su sistema de reconocimiento de notoriedad de una marca, habiéndose identificado básicamente dos sistemas. El primero es el más común, donde el reconocimiento de la notoriedad se realiza dentro de un procedimiento contencioso en la vía administrativa. En estos procedimientos, la declaración de notoriedad no es el elemento central del procedimiento sino que es un argumento más de defensa de una de las partes.

El segundo sistema es el reconocimiento de notoriedad a través de un procedimiento autónomo cuya finalidad es lograr el reconocimiento de la notoriedad y, en consecuencia, el registro del signo notorio. En este procedimiento el reconocimiento y declaración de notoriedad sí es lo más importante y la finalidad del procedimiento.

En el presente trabajo de investigación vamos a analizar el primero de estos dos sistemas de reconocimiento de notoriedad basándonos en el sistema peruano de reconocimiento de notoriedad de signos distintivos a través de la jurisprudencia.

2. Sistema de Reconocimiento de Notoriedad de signos distintivos: El sistema peruano

En la mayoría de los países, el reconocimiento de notoriedad por la autoridad nacional se da dentro de un procedimiento contencioso, donde la finalidad principal no es el reconocimiento de notoriedad sino la protección de un derecho, que puede ser el impedir el registro de un signo distintivos (Oposición), el impedir el uso indebido de un signo distintivo (denuncia por infracción), el anular el registro de un signo distintivo (Nulidad), o impedir la cancelación de un signo distintivo (cancelación por falta de uso de un signo distintivo), todo ello dependiendo de la legislación marcaria de cada país.

En nuestro país la notoriedad de un signo distintivo se reconoce en un procedimiento contencioso en la vía administrativa. Dicho reconocimiento se da en procedimientos donde la notoriedad se presenta como argumento para defender un derecho sobre un signo distintivo.

En ese sentido, (Maraví Contreras, 2014)¹ señala:

¹ A los 3 procedimientos señalados por MARAVI (2014) hemos añadido el procedimiento de infracción donde también se puede alegar y por tanto obtener el reconocimiento de la notoriedad de un signo distintivo.

No existe un procedimiento donde exclusivamente se solicite que se declare la notoriedad de una marca, en cambio, la notoriedad se utiliza como argumento en los procedimientos de oposición (al registro), infracción (por el uso), en la nulidad y en la cancelación de marca. Cabe resaltar que la condición de marca notoria debe probarse en cada oportunidad en la que se alega ya que es una condición variable en el tiempo. (pp. 65-66)

Asimismo, la autoridad competente para reconocer la notoriedad de un signo es la autoridad de primera y la autoridad de segunda instancia administrativa, esto es, la Comisión de Signos Distintivos y la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Indecopi.

Es así que, en los procedimientos de oposición, nulidad, cancelación e infracción, se puede alegar, entre otros argumentos de defensa, la notoriedad de un signo distintivo. Y es en esos procedimientos donde la autoridad administrativa reconoce la notoriedad de un signo distintivo.

A continuación, analizaremos cada uno de estos procedimientos.

2.1. Oposición

La oposición al registro de un signo distintivo está contemplada en nuestra legislación andina, en los artículos 146 al 149 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

Este procedimiento contencioso brinda la oportunidad para que el titular de un signo distintivo o una persona con legítimo interés pueda oponerse a una solicitud de registro de un signo distintivo que pueda afectar sus intereses.

Conforme lo señalan Ramírez y Ochoa (2023):

Cualquier persona natural o jurídica que tenga un legítimo interés, podrá formular por una única ocasión una oposición fundamentada, con la finalidad de impedir que un signo sea registrado como marca. La posibilidad de presentar oposiciones coadyuva con la autoridad en la defensa de los derechos de los particulares, impidiendo que un tercero los vulnere.

Con la presentación de las oposiciones y las contestaciones a éstas presentadas por los solicitantes, se cuenta con más información orientada a fortalecer los argumentos del examinador para otorgar o denegar un registro de marca. (p. 85)

La oposición a un registro se puede fundamentar en el registro previo de una marca (u otro signo distintivo registrado), mala fe o contar un signo notoriamente conocido reconocido previamente o no reconocido por la autoridad administrativa, entre otros.

En relación al procedimiento de oposición, Maravi (2014) señala:

En general, la oposición forma parte del trámite de registro y consiste en que, luego de 30 días de la publicación de la marca solicitada en el diario oficial El Peruano, cualquier persona que vea afectada sus intereses por esa solicitud (por ejemplo, por tener una marca similar inscrita en Perú) puede oponerse al registro presentando sus argumentos. Igualmente, como parte de la Comunidad Andina, similar trámite de oposición lo puede realizar en nuestro país cualquier persona con una marca inscrita en algún país miembro de la CAN (Oposición Andina). (p. 61)

En efecto, la oposición no es un trámite independiente sino que forma parte del procedimiento de registro de marcas, siendo que la persona interesada luego de la publicación de la solicitud de registro de marcas podrá dentro del plazo legal y cumpliendo ciertos requisitos presentar oposición a dicha solicitud de registro.

Existen varios supuestos de oposición que alegan las partes y que así lo ha determinado la autoridad andina, tal como lo explica Ramírez y Ochoa (2023):

La DA 486 no establece en específico cuáles son los supuestos de oposición; sin embargo, el TJCA, como regla general, considera como supuestos de oposición aquellos comprendidos en las causales de irregistrabilidad contempladas en los artículos 135, 136 y 137 de la DA 486, es decir, cuando se pretende registrar una marca que no debe otorgarse porque recae en una prohibición absoluta, o bien, porque con su registro se vulnerarían derechos previos de terceros, así como cuando existan indicios razonables que le permitan inferir a la oficina nacional que un registro se hubiese solicitado para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal. (p. 89)

Respecto a la oposición que tiene como uno de sus fundamentos (o único fundamento) la notoriedad de un signo, puede suceder que los productos o servicios que distinguen las marcas (o signos distintivos) sobre los cuales se alega notoriedad guarden identidad o vinculación con el signo que se pretende registrar, pero también podría darse el supuesto que los productos o servicios que distinguen las marcas (o signos distintivos) sobre los cuales se alega notoriedad no guarde identidad ni vinculación con el signo que se pretende registrar, en estos casos, se rompería con el principio de especialidad dado que pese a no estar vinculados, el registro solicitado podría causar dilución de la marca notoriamente conocida.

De otro lado, en caso la oposición se sustente en un signo notoriamente conocido, sea que haya estado previamente reconocido por la autoridad o que no haya estado reconocido anteriormente, la autoridad siempre tendrá que analizar si este signo es notorio o no en el caso concreto.

A continuación, pasaremos a analizar estos supuestos en la jurisprudencia nacional de primera instancia administrativa.

2.1.1. Cuando el signo distintivo ya ha sido reconocido como notorio en un procedimiento anterior

En este caso, el criterio de la autoridad administrativa es analizar si el signo sigue manteniendo la calidad de notorio desde el momento en que se le reconoció la notoriedad.

En este tipo de casos se han venido presentando dos supuestos: El primero es que la parte opositora presente medios probatorios que acrediten que la marca sigue siendo notoria, y otros casos donde la parte opositora solo señala que la marca ya fue reconocida notoria y cita las resoluciones donde hubo tal pronunciamiento.

En ambos supuestos la autoridad tiene que evaluar si la marca sigue teniendo la calidad de notoria o no.

De otro lado, en estos supuestos se advierte la potestad discrecional de la autoridad administrativa ya que no se ha establecido el tiempo en el cual un signo sigue manteniendo la calidad de notorio desde su reconocimiento, si son 2, 3, 4 o 5 años, por lo que consideramos que es necesario que la autoridad, por el Principio de Transparencia y Predictibilidad, pueda establecer cuando dura un reconocimiento de notoriedad.

A continuación, analizaremos estos dos supuestos.

2.1.2. Notoriedad de Coca Cola: Resolución N. 3193 -2018/CSD-INDECOPI

Este pronunciamiento de primera instancia administrativa, se dio en el marco de la



solicitud de registro de la marca para distinguir servicios de presentación de espectáculos a cargo de grupos musicales; servicios de entretenimiento; actividades culturales y artísticas, de la clase 41 de la Clasificación Internacional.

Frente a dicha solicitud, la empresa THE COCA-COLA COMPANY presentó oposición, siendo su fundamento de oposición el ser titular de las marcas notorias Coca Cola en sus diferentes presentaciones.

Cabe señalar que las marcas notorias de THE COCA-COLA COMPANY estaban registradas en clase 32 (bebidas gaseosas), por lo que no presentaban vinculación con los servicios de la clase 41 referidos a la marca solicitada CUPIDO SENSUAL y logotipo.

Pese a que ya existían pronunciamientos previos de reconocimiento de notoriedad de la marca COCA COLA y logotipo, la empresa opositora tuvo que volver a presentar medios probatorios que acrediten la notoriedad de sus marcas, situación que no tendría lugar si existiese un registro de signos notorios, dado que bastaría alegar tal registro sin necesidad de probar la notoriedad en cada procedimiento y además sin necesidad que la autoridad administrativa analice y se pronuncie sobre la notoriedad en cada procedimiento.

Esto aliviaría la carga probatoria del titular de la marca notoria y aliviaría también la carga de la autoridad administrativa.

Lo señalado anteriormente se puede apreciar en el pronunciamiento de la autoridad administrativa INDECOPI - Resolución N. 3193 -2018/CSD-INDECOPI (2018) donde analizó medios probatorios que presentó la opositora para acreditar la notoriedad, tales como artículos periodísticos, resoluciones de primera y segunda instancia administrativas donde se reconoció la notoriedad de las marcas COCA COLA, así como una botella de su producto (p. 11).

En la misma resolución la autoridad administrativa señaló lo siguiente INDECOPI (2018):

Al respecto, de la revisión de las citadas Resoluciones, así como de las pruebas presentadas, se ha verificado que las situaciones de hecho y de derecho no han

variado respecto de los reconocimientos efectuados mediante las Resoluciones citadas sobre el carácter notorio de las marcas COCA-COLA (certificado N°

18700),  (certificado N° 73058),  (certificado N° 51352),  (certificado N° 2754) y   y , razón por la cual se considera que estas siguen manteniendo su condición de notoria, para identificar productos de la clase 32 de la Clasificación Internacional. (p. 13)

De esa manera y ya habiendo reconocido la calidad de notoria de las marcas de la empresa THE COCA-COLA COMPANY, la autoridad administrativa denegó la solicitud

de la marca  al considerar que podría causar la dilución de las marcas notorias citadas anteriormente.

2.1.3. Notoriedad de y : Resolución N. 2403 -2018/CSD-INDECOPI³

Este pronunciamiento de primera instancia administrativa, se dio en el marco de

la solicitud de registro de la marca  para distinguir servicios de seguros, operaciones financieras, monetarios, de la clase 36 de la Clasificación Internacional.

Frente a dicha solicitud, la empresa CHANEL SARL presentó oposición, siendo uno de los fundamentos de oposición el ser titular de la marca notoria 

Cabe señalar que las marcas notorias de CHANEL SARL distinguen productos cosméticos, vestuarios y bolsos o carteras, por lo que estas no presentaban vinculación

con los servicios de la clase 36 distinguidos con la marca solicitada .

³ Expediente N. 729559-2017.

En el presente caso, al igual que en el anterior, ya existían pronunciamientos previos de reconocimiento de notoriedad de la marca  , siendo que la opositora no presentó medios probatorios nuevos, sino que citó las resoluciones nacionales y una resolución andina donde se reconoció previamente la notoriedad de la marca citada.

Asimismo, pese a que ya hubo pronunciamientos previos de reconocimiento de la marca notoria citada, la autoridad administrativa analizó nuevamente la notoriedad de dicha marca básicamente teniendo en cuenta las resoluciones donde ya se había reconocido la notoriedad de las mismas, tal como lo podemos apreciar de un extracto de la resolución, INDECOPI- Resolución N. 2403 -2018/CSD-INDECOPI (2018):

En el presente caso, con la finalidad de acreditar la notoriedad de su marca, la opositora presentó la Resolución N° 53672 recaída en el expediente N° 11-62895, de fecha 06 de setiembre de 2013, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia y citó la Resolución N° 1076-2017/CSD, de fecha 04 de mayo de 2017, recaída en el expediente N° 665638-2016. (p. 7)

Finalmente, la autoridad administrativa, INDECOPI- Resolución N. 2403 -2018/CSD-INDECOPI (2018), señaló lo siguiente:

Al respecto, de la revisión de las citadas Resoluciones, y de los actuados en el presente expediente, se ha verificado que las situaciones de hecho y de derecho no han variado respecto de los reconocimientos efectuado mediante las Resoluciones citadas sobre el carácter notorio de la marca  ; razón por la cual se considera que esta sigue manteniendo su condición de notoria, para distinguir productos cosméticos, vestuarios y bolsos o carteras, por lo que corresponde analizar la aplicación de la prohibición contenida en el Artículo 136 inciso h) de la Decisión 486. (p. 9)

De esa manera y ya habiendo reconocido la calidad de notoria de las marcas de la empresa CHANEL SARL se denegó la solicitud de la marca  al considerar que podría causar la dilución de la marca notoria  .

2.1.4. Cuando se reconoce por primera vez la notoriedad de un signo distintivo

En este caso, el titular del signo o signos sobre los que se alega notoriedad tiene que presentar una serie de medios probatorios a fin de acreditar la notoriedad del signo sobre el cual alega notoriedad.

Es así que la autoridad administrativa realiza un análisis de los medios probatorios y determina si este es notorio o no, tal como lo podemos ver en el siguiente caso.

2.1.5. Notoriedad de CIVA: Resolución N. 1292 -2023/CSD-INDECOPI⁴

Este pronunciamiento de primera instancia administrativa, se dio en el marco de la solicitud de registro de la marca CIVA-TEAM, para distinguir organización de actividades deportivas, organización de campeonatos deportivos, coaching deportivo, enseñanza en materias deportivas, de la clase 41 de la Clasificación Internacional.

Frente a dicha solicitud, la empresa TURISMO CIVA S.A.C. presentó oposición, siendo uno de los fundamentos de oposición el ser titular de las marcas notorias



y



en relación con servicios de la clase 39 de la Clasificación Internacional.

Cabe señalar que en la resolución se señaló que no existe vinculación entre los servicios de la clase 39 que pretendía distinguir el signo solicitado con los servicios de la clase 41 de la Clasificación Internacional que distinguen las marcas notorias.

A continuación, podemos apreciar en un extracto de la resolución administrativa, los medios probatorios que presentó la opositora y el análisis de los mismos que realizó la autoridad INDECOPI (2023) para reconocer la notoriedad de las marcas citadas:

En el presente caso, a efectos de acreditarse la notoriedad alegada, la opositora presentó los siguientes medios probatorios:

- Copias del PDT 2018; PDT de abril a octubre 2019; PDT de abril a diciembre 2020; PDT de enero a diciembre 2021; PDT de enero a julio 2022.
- “Invoice/Payment Date” por publicidad digital Facebook, entre los años 2018 al 2022.
- Extractos Google Ads sobre la marca CIVA, entre otros conceptos, entre los años 2019 al 2022.

⁴ Expediente N. 961311-2022.

- Archivo denominado “Arellano Eco+Final”, que contiene Estudio de mercado “Arellano consultoría para crecer”⁵, cuyos resultados hacen referencia a la marca Econociva Plus; Estudio de mercado “Arellano Marketing”, cuyos resultados hacen referencia a las marcas Civa y Excluciva (en adelante, Estudio de Civa y Excluciva).
- Archivo denominado “Documentación” o “Resumen”.
- Publicidad relacionada con el fútbol peruano. (p. 7-8)

Es así que luego de analizar los medios probatorios, y ya habiendo reconocido la calidad de notoria de las marcas de la empresa TURISMO CIVA S.A.C., la autoridad administrativa denegó la solicitud de la marca CIVA-TEAM al considerar que podría

causar la dilución de las marcas notorias



2.2. Nulidad

La nulidad del registro de un signo distintivo está contemplada en nuestra legislación andina, en los artículos 172 y 173 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

En nuestra legislación hay tres motivos por los cuales se extinguen los derechos sobre una marca: Caducidad, Cancelación y Nulidad, siendo que la caducidad opera con el transcurrir del tiempo, y se da cuando una marca no es renovada en el plazo legal; y por otro lado la cancelación y nulidad operan dentro de un procedimiento administrativo.

A diferencia de la oposición, la nulidad es un proceso independiente donde se analiza si una marca debe ser declarada nula o no, siendo como se señaló anteriormente un supuesto de extinción del derecho sobre una marca.

La nulidad está ligada con la legalidad del acto que concedió en su momento el derecho de titularidad sobre una marca, por lo que, al momento de analizar las causales de nulidad, la autoridad administrativa analizaría las causales vigentes al momento en que se concedió la marca.

Al respecto, Reyes (2015) señala:

La acción de nulidad marcaria —al igual que las nulidades civiles o administrativas— está estrechamente vinculada con la legalidad del acto administrativo. La oficina competente debe observar que el acto cumpla con las disposiciones normativas vigentes al momento de la concesión marcaria.

⁵ El estudio no dispone de nombre determinado; sin embargo, se está considerando el título consignado en la primera página.

Así, si una denominación es registrada sin considerar un derecho preexistente, sería susceptible de ser anulada, pues la resolución de concesión incurriría en la conducta establecida en el párrafo segundo del artículo 172 de la Decisión 486 (motivo de legalidad) (p. 102)

Este procedimiento contencioso brinda la oportunidad al titular de un signo distintivo o a una persona con legítimo interés, de solicitar la nulidad de un signo ya registrado, dado que considera que dicho registro afecta sus intereses.

En ese sentido, Arana (2017), señala:

Se puede solicitar la nulidad del registro de una marca y tener éxito si se prueba que en el momento en el que concedió el registro de una marca, esta se encontraba incurso en alguna prohibición de registro contenida en la ley. Los efectos de la declaración de nulidad de registro determinan que ni la solicitud, ni el registro que se declaran nulos tuvieron efectos jurídicos, por cuanto se considera que nunca existieron. (p. 138)

Cabe señalar que a su vez se puede solicitar, y de ser el caso declarar, la nulidad total o parcial de un signo distintivo, dado que el vicio que origina la nulidad puede estar relacionado a uno, varios o la totalidad de productos o servicios que distingue la marca materia de acción (último párrafo del artículo 172 de la Decisión 486).

En relación a lo señalado anteriormente, Reyes (2015) expresa lo siguiente:

La diferencia entre nulidad absoluta y relativa radica en la gravedad de la desviación, inaplicación o aplicación indebida de la normativa pertinente. Es decir, mientras mas graves sea la desviación o incumplimiento, la proporcionalidad de la sanción también incrementa. Cabe mencionar que, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de nulidad absoluta, la anulabilidad o nulidad relativa procede, única y exclusivamente, a petición de parte y es susceptible de convalidación. (p. 99)

En el caso de la notoriedad, este constituye un supuesto de nulidad absoluta en consideración con lo señalado en el artículo 172 de la Decisión 486:

Artículo 172.- La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de un registro

de marca cuando se hubiese concedido en contravención con lo dispuesto en los artículos 134 primer párrafo y 135.

La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona, la nulidad relativa de un registro de marca cuando se hubiese concedido en contravención de lo dispuesto en el artículo 136 o cuando éste se hubiera efectuado de mala fe. Esta acción prescribirá a los cinco años contados desde la fecha de concesión del registro impugnado.

...

No podrá declararse la nulidad del registro de una marca por causas que hubiesen dejado de ser aplicables al tiempo de resolverse la nulidad.

Cuando una causal de nulidad sólo se aplicará a uno o a algunos de los productos o servicios para los cuales la marca fue registrada, se declarará la nulidad únicamente para esos productos o servicios, y se eliminarán del registro de la marca. (cursivas nuestras)

Por su parte el artículo 135 de la Decisión 486 establece:

No podrán registrarse como marcas los signos que reproduzcan, imiten o contengan una denominación de origen protegida para los mismos productos o para productos diferentes, cuando su uso pudiera causar un riesgo de confusión o de asociación con la denominación; o implicase un aprovechamiento injusto de su notoriedad.

En ese sentido, el supuesto de nulidad por notoriedad constituye uno de nulidad absoluta en virtud de lo dispuesto por la norma legal y al mismo tiempo de nulidad total dado que al romper el principio de especialidad la nulidad se aplicaría para todos los productos o servicios que distingue la marca cuestionada.

Por tanto, dentro de las causales de nulidad de un registro de un signo distintivo se encuentra la causal referida al registro de una marca igual o similar a una marca notoria, para lo cual el titular de la marca sobre la cual se alega notoriedad deberá acreditar que dicha marca era notoria al momento de la solicitud del registro sobre el cual se alega la nulidad.

De lograrse acreditar la notoriedad la autoridad reconocerá la notoriedad del signo y si considera que los signos son confundibles entonces declarará la nulidad del registro concedido.

2.2.1. Notoriedad del nombre comercial CAYETANO HEREDIA: Resolución N. 879-2022/TPI-INDECOPI⁶

En este caso, hubo dos pronunciamientos, el de primera y de segunda instancia administrativa. En ambas decisiones, la autoridad reconoce la notoriedad del nombre comercial CAYETANO HEREDIA y declara la nulidad de una marca registrada similar a dicho signo.

Es así que el 7 de diciembre de 2020, UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA, solicitó la nulidad del registro de la marca CLINICA CAYETANO HEREDIA y logotipo, la misma que distinguía difusión de anuncios publicitario, distribución de folletos, prospectos, e impresos en general respecto a clínicas privadas de salud, con fines comerciales o publicitarios; publicidad radiofónica, publicidad televisada; publicidad a través de una red informática; sondeos de opinión, selección de personal, suministro de espacios de venta en línea para vendedores de productos y servicios; venta al por mayor y menor de preparaciones farmacéuticas y sanitarias; colocación de carteles (publicidad en calles), comunicados de prensa, consultoría profesional sobre negocios comerciales de la salud de las personas; organización de ferias con fines comerciales y/o publicitarios; investigación de marketing, de la clase 35 de la Clasificación Internacional, inscrita el 3 de abril de 2019, a favor de CLINICA CAYETANO HEREDIA S.A., de Perú.

La UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA alegó, entre otras cosas, ser titular del nombre comercial notoriamente conocido UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA, para distinguir servicios médicos y de salud de la clase 44, así como servicios de enseñanza de ciencias de la salud de la clase 41, desde por lo menos el 11 de setiembre de 1965.

El medio probatorio que presentó la UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA para acreditar la notoriedad fue la Resolución N. 4800-2019/CSD-INDECOPI de fecha 18 de octubre de 2019, recaída en el procedimiento tramitado mediante expediente N. 783853-2019, en el cual ya se había reconocido la calidad de notorio del nombre comercial UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA.

En ese sentido, la autoridad administrativa INDECOPI (2021) señaló lo siguiente:

⁶ Expediente N. 875349-2020.

Cabe precisar que, en dicho pronunciamiento se determinó que a la fecha de presentación del registro del nombre comercial objeto de nulidad de aquel expediente el nombre comercial invocado ya gozaba de notoriedad (es decir, con anterioridad al 19 de septiembre de 2017).

Así, de lo expuesto, si bien la notoriedad de un signo constituye una condición dinámica, habida cuenta del poco tiempo transcurrido entre la fecha de la resolución que reconoció la notoriedad del nombre comercial UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA, y la fecha en que se presentó la solicitud de registro de la marca materia de análisis (13 de febrero de 2019), se determina que la referida notoriedad se mantuvo vigente al momento de solicitarse la marca objeto de nulidad.

- Conclusión

Por lo expuesto, se concluye que se ha acreditado que el nombre comercial UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA, goza de la calidad de notoriamente conocido respecto de actividades económicas relacionadas con la prestación de servicios de educación, formación en ciencias de la salud, de la clase 41 de la Clasificación Internacional; por lo que, a criterio de esta Comisión, corresponde analizar si en el presente caso resulta de aplicación la prohibición contenida en el artículo 136 inciso h) de la Decisión 486. (p. 25)

En el presente caso, la resolución de primera instancia fue impugnada y la autoridad administrativa de segunda instancia, Sala Especializada en Propiedad Intelectual, consideró que el nombre comercial no solo es notorio en la clase 41 de la Clasificación Internacional sino también en la clase 44.

Al respecto, la autoridad de segunda instancia, INDECOPI (2022) decidió lo siguiente:

En virtud de los medios probatorios referidos, la Sala determinó que el nombre comercial UNIVERSIDAD PERUANA CAYETANO HEREDIA ha sido ampliamente difundido respecto de actividades económicas relacionadas con la prestación de servicios educativos y médicos de las clases 41 y 44 de la Nomenclatura Oficial, respectivamente, lo cual no sólo se desprende de los comprobantes de pago emitidos por la accionante, sino además del hecho de

los convenios firmados con importantes entes del sector de salud pública y su posición como una de las universidades más importantes del país. (p. 43)

Es así que en el procedimiento bajo análisis vemos que se trata de una acción de nulidad que tiene como sustento la notoriedad de un nombre comercial, acción que es declarada fundada por la autoridad de primera instancia administrativa y confirmada por la autoridad de segunda instancia administrativa. Este se vuelve un caso interesante en la medida que en primera instancia se reconoció la notoriedad para la clase 41 y en segunda instancia se amplió este reconocimiento a la clase 44 de la Clasificación Internacional.

2.3. Infracción

La acción por infracción está contemplada en nuestra legislación andina, en los artículos 238, 241 al 249 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones y se interponen frente al uso indebido de un signo distintivo.

Este procedimiento contencioso brinda la oportunidad al titular de un signo distintivo interponer una denuncia y/o solicitar el dictado de una medida cautelar por el uso indebido de un signo distintivo, en tal sentido, Arana (2017) señala:

El titular de una marca puede iniciar una acción por infracción a su derecho marcario. Al obtener el registro de un signo distintivo, el titular adquiere el derecho de uso exclusivo sobre su signo registrado, lo cual significa poder vender, dar licencia y dar garantía con respecto del signo del signo registrado. El titular que tiene un derecho protegido también adquiere la facultad de prohibir a otros competidores el uso de su signo distintivo registrado sin su autorización, por lo que puede entablar acciones contra quienes realicen los usos no autorizados.

El artículo 238 de la decisión faculta al titular de un derecho de propiedad industrial inscrito a iniciar una acción de infracción contra la persona o empresa que infrinja sus derechos o que manifiesten la inminencia de una infracción y también faculta a la autoridad competente a iniciar, de oficio, una infracción. (p. 144)

Siendo así, en principio, el titular de una marca registrada se encontraría legitimado para accionar frente a la vulneración de su derecho inscrito. No obstante, en el caso de la

marca notoria, nuestro sistema legal da la posibilidad de que un titular de una marca no registrada pueda accionar al ver vulnerado su derecho.

En ese sentido, Andrade (2011) señala:

Como punto de partida para definir quién está legitimado en la causa por activa en su condición de titular, es necesario tener en cuenta que nuestro régimen de propiedad industrial adopta como sistema de adquisición de derechos el sistema atributivo, según el cual el derecho nace a la vida jurídica y se radica en cabeza del titular mediante el acto de registro. La consagración legal de dicho sistema atributivo la encontramos en los Artículos 14 y 154 de la Decisión 486 de 2000, normas que revisten al acto de registro como atributivo de derechos (Moure Pérez y otros, 2002: 20).

En consecuencia, los derechos de propiedad industrial nacen a la vida jurídica y se radican en cabeza de su titular a partir del acto de concesión y el correspondiente registro de los mismos por parte de la autoridad competente, constituyéndose de esta manera en la prueba idónea de la titularidad, el respectivo certificado de concesión o registro y el acto administrativo por medio del cual se reconoció el derecho.

El anterior postulado general sobre la forma como nacen a la vida jurídica los derechos de propiedad industrial encuentra su excepción en el caso de la marca notoria cuyo uso y protección no dependen de un registro previo, es decir, se trata de una marca que está protegida inclusive en ausencia del registro, motivo por el cual su titular puede oponerse válidamente a que un tercero registre una marca idéntica o similar, así dicha marca que ostenta la condición de notoria no se encuentre registrada en el país en donde se pretende entablar su defensa (Castro García, 2009: 83 y 115). (pp. 106-107)

En el caso de marcas notorias, permite al titular de la misma sustentar su denuncia por infracción en la titularidad de un signo notorio, para lo cual deberá acreditar que el signo es notorio.

2.3.1. *Notoriedad de la marca : Resolución de fecha 17 de febrero de 2017*⁷

En el caso materia de análisis, se reconoció preliminarmente la notoriedad de la marca  en la Resolución de fecha 17 de febrero de 2017, en la cual se admitió a trámite la denuncia y se dictaron medidas cautelares.

Lo particular de este caso radica en que lo regular es que se reconozca la notoriedad de un signo en una resolución que pone fin a la instancia administrativa, ya sea primera o segunda instancia, no obstante en el presente caso este reconocimiento se dio al inicio.

El motivo de tal reconocimiento preliminar fue que se denunció el uso indebido de un signo distintivo y se solicitó el dictado de medidas cautelares de cese de uso y comiso. No obstante, entre las marcas base de denuncia y los productos materia de denuncia no había vinculación, es decir, si no se hubiera reconocido preliminarmente la notoriedad no hubiera podido dictarse tales medidas.

En efecto, las marcas base de la denuncia no se encontraban vinculadas con el signo objeto de cuestionamiento, toda vez que las primeras distinguían productos de la clase 28 de la Clasificación Internacional que no tenían vinculación con los envases de plástico de colores (tomatodos) y portarretratos con el signo cuestionado.

En ese sentido, al reconocerse preliminarmente la notoriedad, y en virtud que las marcas notorias rompen el principio de especialidad, se pudieron dictar las medidas cautelares de cese de uso y comiso y evitar que los productos infractores ingresen al mercado nacional.

Es así que en la Resolución de fecha 17 de febrero de 2017 que admite a trámite la denuncia y donde se dictan medidas cautelares, la Comisión de Signos Distintivos del Indecopi (2017), señaló lo siguiente:

APPLE INC. sustentó su denuncia —entre otra marca— sobre la base del signo , el cual fue reconocido por la Sala Especializada en Propiedad Intelectual como notoriamente conocido mediante Resolución N° 335-2016/TPI-INDECOPI del 05 de febrero de 2016, cuya copia adjuntó la denunciante a la presente denuncia, respecto de productos tecnológicos como smartphones, tablets, laptops, reproductores de música de la clase 9 de la Clasificación Internacional.

⁷ Expediente N. 693841-2017.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto y que la Comisión de Signos Distintivos, en su sesión del 11 de enero de 2017, consideró que los argumentos y hechos que llevaron al reconocimiento de la notoriedad de la marca antes referida por parte de la Sala Especializada en Propiedad Intelectual, a su criterio, no han variado, se determina que dicha marca sigue cumpliendo con los requisitos exigidos por la legislación vigente para ser considerada notoria. (pp. 2-3)

Dichas medidas cautelares dictadas preliminarmente se convirtieron en medidas definitivas con la emisión de la Resolución N. 2103-2017/CSD-INDECOPI, de fecha 01 de agosto de 2017, en donde la autoridad, INDECOPI (2017), señaló:

Teniendo en cuenta lo señalado, se ha verificado que, mediante Resolución N° 335-2016/TPI-INDECOPI, de fecha 05 de febrero de 2016, recaída en el expediente N° 578127-2014, la Comisión de Signos Distintivos del INDECOPI determinó lo siguiente:

... de la evaluación en conjunto de los medios probatorios presentados se ha determinado que acreditan de manera suficiente que la marca  ha sido y continúa siendo en la actualidad, constantemente difundida en nuestro país.

En ese sentido, se acredita que la marca , conforme a continuación, es ampliamente conocida por la mayoría de consumidores de productos tecnológicos como smartphones, tablets, laptops, reproductores de música de la clase 9 de la Clasificación Internacional.

Así, de lo expuesto, si bien la notoriedad de una marca constituye una condición dinámica, habida cuenta del poco tiempo transcurrido entre la fecha de emisión de la resolución que reconoció la notoriedad de la marca  (05 de febrero de 2016), y la fecha en la que Apple Inc. interpuso su denuncia (16 de febrero de 2017), se determina que la referida notoriedad se mantiene al tiempo de la evaluación de la presente denuncia por infracción a los derechos de propiedad industrial. (pp.7-8)

Como se puede apreciar el reconocimiento de notoriedad se realiza en un procedimiento de infracción marcaria, donde además de declarar la notoriedad de la marca  se sanciona a la persona que uso indebidamente el signo notorio.

2.4. Cancelación

La cancelación al registro de un signo distintivo está contemplada en nuestra legislación andina, en los artículos 165 al 170 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

Este procedimiento contencioso brinda la oportunidad a cualquier persona interesada a solicitar la cancelación por falta de uso de una marca cuando esta no haya sido usada durante los tres años precedentes al inicio de dicha acción.

Al respecto, Arana (2017) señala lo siguiente:

Si bien el uso de la marca registrada no es obligatorio, podría ocurrir que un tercero interesado en una marca registrada luego de investigar que la marca no está siendo usada, solicite la cancelación de su registro por falta de uso, y si el titular del registro de la marca no tiene facturas que acrediten el uso de su marca tal cual está registrada, su marca va a ser cancelada por la autoridad y va a perder los derechos de propiedad que tenía en virtud del registro. Por lo que, si bien el uso de la marca registrada no es obligatorio se debe usar, ya que hay el riesgo que una persona interesada solicite la cancelación por falta de uso de una marca registrada después que pasaron tres años del registro y, si no se ha usado la marca, se perdería el registro. En este caso, el no uso lleva a la extinción del derecho del titular. (p. 129)

Es por ello que, así como el registro de la marca es importante, también lo es que esa marca registrada se use en el mercado, dado que podría correr el riesgo de que sea cancelada y posteriormente registrada a favor de un tercero. En ese sentido, De Vettor (2013) señala:

Sin embargo, estos derechos derivados de la obtención del registro de una marca no son perpetuos y pueden extinguirse si es que su titular no la utiliza en el mercado o aún utilizándola no tiene los elementos probatorios pertinentes para acreditar tal situación. Así, tan importante como el registro, es hacer un uso adecuado de la marca que le permita a su titular evitar su cancelación. El efecto de la cancelación puede ser tan negativo que, incluso la marca cancelada puede registrarse a favor de un tercero, perjudicando seriamente los intereses del titular original para continuar explotando su marca en el mercado (p. 316)

En el procedimiento de cancelación por falta de uso, el titular de la marca debe probar el uso de la marca sobre la cual se está solicitando la cancelación presentando facturas, inversión publicidad, documentos contables, entre otros, y dentro de sus argumentos de defensa puede alegar la notoriedad de su signo con la finalidad de impedir la cancelación del mismo.

Por tanto, si uno de los argumentos de defensa para evitar que su marca sea cancelada es la notoriedad del signo, entonces en el procedimiento de cancelación también se analizará la notoriedad y, de ser el caso, se declarará la notoriedad del mismo.

Es importante señalar que aun, cuando en un procedimiento de cancelación por falta de uso se logre acreditar la notoriedad del signo a ser cancelado, ello no impedirá cancelar total o parcialmente una marca, dado que no existe una norma que impida la cancelación de una marca por el hecho que esta sea notoria.

En ese sentido, aun cuando la notoriedad de un signo sea presentada como un argumento para evitar la cancelación de una marca, si solo presenta dicho argumento sin presentar medios probatorios adicionales que acrediten el uso efectivo de la marca en el mercado, pues no impedirá que su marca sea cancelada.

Aquí cabe señalar que no obstante que el tercero logre cancelar el registro de una marca notoria y pretenda registrar la misma en virtud de su derecho preferente, el titular de la marca notoria podría oponerse con éxito a dicho registro en virtud de su notoriedad.

A continuación, veremos el reconocimiento de notoriedad en procedimientos de cancelación a través de la jurisprudencia.

2.4.1. Notoriedad de la marca : Resolución 6527-2018/CSD-INDECOPI⁸

En este procedimiento, el ciudadano HINOSTROZA HUAMAN, CARLOS ALEJANDRO, solicitó la cancelación por falta de uso del registro de la marca , inscrita a favor de NIKE INNOVATE C.V., con certificado N. 24674, para distinguir productos de la clase 25 de la Clasificación Internacional.

La empresa titular de la marca registrada, NIKE INNOVATE C.V., además de presentar pruebas de uso de la marca , alegó que dicha marca es notoria y que por tal condición no debe ser cancelada.

Mediante Resolución 6527-2018/CSD-INDECOPI, de fecha 12 de diciembre de 2018, la Comisión de Signos Distintivos declaró la notoriedad de la marca  para

⁸ Expediente N. 697454-2017.

identificar productos de la clase 25 de la Clasificación Internacional, no obstante, canceló parcialmente la marca notoria, toda vez que consideró que no se logró acreditar el uso para todos los productos de la clase 25 sino solamente para zapatos y ropa de deporte.

Dicho pronunciamiento fue en virtud que no existe una norma que establezca una excepción respecto a la cancelación de marcas notorias, tal como lo señaló la autoridad administrativa en la Resolución 6527-2018/CSD-INDECOPI (2018):

Al respecto, esta Comisión conviene en precisar que la acción de cancelación está regulada expresamente por la Decisión 486, en los Artículos que van del 165 al 170, ninguno de los cuales establece en favor de las marcas notorias un estado de excepción que limite en favor de cualquier interesado, el poder iniciar dicha acción contra una marca que tenga tal carácter, no habiéndose establecido en dicha normativa, consecuentemente, ninguna hipótesis de improcedencia respecto de una acción de cancelación que pudiera estar dirigida contra un registro marcario, cuando la marca en cuestión fuera notoria.

En dichas normas, adicionalmente, tampoco se ha establecido que, iniciada una acción de cancelación por falta de uso contra una marca que tuviera la calidad de notoria, el titular de la marca registrada podrá oponer al accionante la calidad de notoria de su marca y así impedir la cancelación del registro.

Finalmente, en el conjunto de normas que en la Decisión 486 establecen y determinan los requisitos, las características y el régimen de protección de las marcas notorias, no existe ninguna disposición que establezca en favor de éstas, a modo de excepción, la posibilidad de mantener su registro, aun cuando no se pruebe el uso de dichas marcas, en una acción de cancelación contra ellas.

Atendiendo a los alcances normativos antes referidos, esta Comisión considera, adicionalmente, que la pérdida del registro por falta de uso de una marca notoria –previamente declarada como notoria– no es un efecto contrario al carácter notorio de una marca, puesto que aun con la pérdida del registro, la marca notoria mantendrá dicha calidad, que le permitirá a su titular ejercer todas las prerrogativas que le reconoce la Decisión 486; ni es una circunstancia que propicie el aprovechamiento injusto del prestigio de dicha marca ni su dilución, porque aun reconociéndose la existencia de un derecho preferente en favor del accionante vencedor en la acción de cancelación, su futura pretensión de registro todavía estará sujeta al examen de registrabilidad correspondiente, en el que

el carácter notorio de la marca cancelada, podrá oponerse a dicha pretensión, impidiendo la afectación de la marca notoria.

Así entonces, a criterio de esta Comisión, si bien en el presente procedimiento se ha declarado el carácter notoriamente conocido de la marca objeto de cancelación, ello no implica que deba declararse la improcedencia de la acción de cancelación o su falta de fundamento, puesto que tal circunstancia no está prevista en la legislación positiva vigente. *Antes bien, una vez acreditada la notoriedad de la marca, este carácter puede ser oponible al eventual ejercicio del derecho preferente que pudiera obtener la parte accionante en la acción de cancelación.*

En tal sentido, corresponderá entonces a quien inicie una acción de cancelación contra una marca cuya notoriedad pueda ser reconocida en dicho procedimiento, evaluar la conveniencia y utilidad tanto de la pretensión de la cancelación del registro, como del eventual ejercicio del derecho preferente. (pp. 9-10; cursivas nuestras)

Como vemos, si bien en los procedimientos de cancelación, se puede declarar la notoriedad de una marca, dicha declaración no impedirá la cancelación de la misma, no obstante, si se declara la notoriedad de una marca y esta es cancelada, el titular de la marca notoria puede impedir el registro de ésta a favor de un tercero, esto último en la medida que eventualmente podría oponerse al registro de dicha marca en base a su notoriedad.

3. Conclusiones

Del análisis al Sistema Peruano de Reconocimiento de Notoriedad en un procedimiento contencioso se tiene que en todos los casos la finalidad del procedimiento contencioso no es el reconocimiento de la notoriedad, sino la defensa de algún derecho sobre un signo distintivo.

En el caso de la oposición al registro de un signo distintivo vemos que la finalidad de esta acción es impedir el registro de un signo distintivo; en el caso de la nulidad, declarar la nulidad del registro de un signo distintivo; en el caso de las denuncias de infracción, el impedir el uso indebido de un signo distintivo; y en el caso de la cancelación por falta de uso, es cancelar el registro de un signo distintivo.

En todos estos procedimientos el reconocimiento de notoriedad puede ser un elemento esencial en lograr el éxito de la acción del titular del signo notorio o puede

ser un elemento adicional. No obstante, en cualquiera de los casos, se requiere un pronunciamiento de reconocimiento de notoriedad por parte de la autoridad administrativa en cada procedimiento, sea que se la primera vez que se reconocerá la calidad de notoria o que ya haya sido reconocida anteriormente en otro procedimiento.

Cada vez que se alega la notoriedad de un signo, el titular debe probar la notoriedad del signo, incluso si estos medios probatorios consisten en mencionar resoluciones anteriores donde ya se haya acreditado y reconocido la notoriedad.

Consideramos que en la medida que en ninguno de los procedimientos en los cuales se reconoce la notoriedad tiene la finalidad de tal reconocimiento, sino la protección de un derecho sobre un signo distintivo, se hace necesario un procedimiento que busque exclusivamente tal reconocimiento, dado que el titular del signo notorio ve reducido su derecho de reconocimiento sobre tal, en la medida que está supeditado que exista un procedimiento donde pueda alegar tal reconocimiento.

Por lo señalado en el párrafo precedente, consideramos necesario que se cree un procedimiento autónomo de reconocimiento de la calidad de notorio de un signo distintivo en la medida que el titular de un signo ya podrá directamente, y sin necesidad de un procedimiento contencioso, solicitar tal reconocimiento. Además, tal reconocimiento ayudaría mucho también en esos cuatro procedimientos analizados, dado que al titular le bastará mencionar el certificado de registro del signo notorio y no necesitará acreditar en cada procedimiento la calidad de notorio de su signo distintivo.

Referencias

- Andrade Perafan, F. (2011). La acción por infracción de derechos para la protección de la propiedad industrial. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (15), 99-126. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3001>
- Arana Courrejolles, M. (2017). *La protección jurídica de los signos distintivos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170682/24%20La%20protecci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR3ZwT-EcE_cFWu4jWCiAW9AtTp0mPY78oc6vZhw7IOfvMNtQd0n0ovloZo
- Cornejo Guerrero, C. (2007). *Derecho de Marcas*. Cultural Cuzco.

- De Vettor Pinillos, R. (2013). La acción de cancelación por falta de uso: Aspectos generales y pruebas para demostrar el uso de la marca. *Advocatus*, (29), 315-332. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4261>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017a). Resolución de fecha 17 de febrero de 2017. (Anexo 1)
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017b). Resolución N. 2103-2017/CSD-INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/d60afa1d-ab54-4c51-a68e-5bf70c3174e4>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018a). Resolución 6527-2018/CSD-INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/f7d1d711-5cdb-4c11-8fce-bc519b497784>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018b). Resolución N. 3193 -2018/CSD-INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/6f0f971e-601f-48c7-a603-d3766acc0433>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018c). Resolución N. 2403 -2018/CSD-INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/c6211673-790d-47c8-b1d7-53c101e2a1fc>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2022). Resolución N. 879-2022/TPI-INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/1783a6c9-c279-485f-a45e-12dd7b573e87>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2023). Resolución N. 1292 -2023/CSD-INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/36ca5568-e17e-48c7-8f9f-6240f82f44bc>
- Maraví Contreras, A. (2014). *Introducción al Derecho de los Marcas y otros Signos Distintivos en el Perú*. Foro Jurídico, (13), 58-68. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13774>
- Ramírez Hinestroza, M. A. y Ochoa, D. (2023). *Manual para el examen de marcas en los países andinos*. Primera Edición, diciembre 2023. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. <https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2023/12/MANUAL-DE-MARCAS-COMPLETO-2.pdf>

Reyes Celi, O. D. (2015). *La acción de nulidad marcaria, propuesta de reforma legislativa*. Universidad de Las Américas. Facultad de Posgrados. <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/3965/1/UDLA-EC-TMPI-2015-03%28S%29.pdf>



ANÁLISIS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LAS INVENCIONES PATENTABLES GENERADAS POR INTELIGENCIAS ARTIFICIALES

*Arturo Rivera García**
Universidad del Atlántico
adejesusrivera@mail.uniatlantico.edu.co

RESUMEN: Las inteligencias artificiales (las IA) son un tipo de paradigma aunado a las nuevas tecnologías surgidas y desarrolladas mayoritariamente en la post pandemia de la COVID-19, convirtiéndose así, en una discusión necesaria para el ámbito legal cuyo propósito es ajustar las normativas de cada país a dicho progreso en miras de salvaguardar la certidumbre jurídica. Hoy día es imaginable que una inteligencia artificial pueda generar una patente que revolucione el mercado, y en ese contexto se plantea la pregunta: ¿La invención generada por una IA puede ser patentada, y en caso afirmativo, a quién le correspondería su titularidad? Por consiguiente, esta investigación de tipo cualitativa se ayuda del método inductivo junto con técnicas como la documental. Para así, brindar una contextualización teórica, analizar el marco regulatorio colombiano e internacional de propiedad industrial y su posible aplicación a las IA generativas, observar los impedimentos teóricos que existen al momento de concebir a una IA como titular de un derecho de propiedad industrial, y por último un estudio del caso DABUS y su tratamiento en distintas jurisdicciones. Todo lo anterior, da cabida en la investigación para presentar conclusiones en tres aspectos fundamentales: vacíos legales en la denominación de inventor, mecanismo sui generis de protección y la necesidad de regularización.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual, propiedad industrial, inteligencia artificial, producto generado por una IA, patentes, regulación de las IA, caso DABUS.

ANALYSIS OF INDUSTRIAL PROPERTY IN PATENTABLE INVENTIONS GENERATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCES

* Estudiante de la Universidad del Atlántico de Colombia, adjunto a la Facultad de Ciencias jurídicas en el Programa de Derecho y donde cursa el décimo semestre. Tiene conocimientos en biotecnología, neurohacking y neuroderechos por la Universidad Central de Chile y fue participante del IV Concurso de la Red Iberoamericana de Escuelas y Facultades de Derecho. Además, posee conocimientos en voluntariados como herramienta para la promoción del liderazgo en la Universidad de la Frontera (Chile), fue un miembro activo de la organización internacional AIESEC Capítulo Local Universidad del Norte, ganador del voluntariado de la Alianza del Pacífico en 2022 y participante del Concurso Internacional de Ensayo para Jóvenes – The Goi Peace Foundation por el Ministerio de Educación Japonesa para la UNESCO en 2018.

ABSTRACT: Artificial intelligences (AIs) are a type of paradigm linked to the new technologies that have arisen and developed mainly in the post-COVID-19 pandemic, thus becoming a necessary debate for the legal sphere whose purpose is to adjust the regulations of each country to such progress with a view to safeguarding legal certainty. Today it is conceivable that an artificial intelligence could generate a patent that revolutionizes the market, and in this context the question arises: Can the invention generated by an AI be patented and, if so, who would be entitled to its ownership? Therefore, this qualitative research is based on the inductive method together with techniques such as documentary research. In order to provide a theoretical contextualization, analyze the Colombian and international regulatory framework of industrial property and its possible application to generative AIs, observe the theoretical impediments that exist at the time of conceiving an AI as a holder of an industrial property right, and finally a study of the DABUS case and its treatment in different jurisdictions. All the above, gives room in the research to present conclusions in three fundamental aspects: legal gaps in the denomination of inventor, sui generis mechanism of protection and the need for regularization.

KEYWORDS: Intellectual property, industrial property, artificial intelligence, AI-generated product, patents, AI regulation, DABUS case.

El futuro de la tecnología no consiste sólo en lo que puede hacer, sino en cómo puede moldearnos como humanidad.

Ginni Rometty, ex CEO de IBM

1. Introducción

En esta investigación se busca realizar una revisión a profundidad sobre cómo la regulación legislativa colombiana e internacional cubre los avances incorporados día a día por parte de las inteligencias artificiales. De igual forma, los conceptos obtenidos de fuentes profesionales son determinantes al momento de definir y delimitar los términos que se van a utilizar y hacer la correcta relación sobre qué tanto pueden realizar este tipo de tecnologías. Además, es importante estudiar cómo su presencia en la generación de productos repercute en los derechos y deberes provenientes de la propiedad industrial y,

por consiguiente, en la propiedad intelectual, tomando como referencia el año 2020 desde el cual se ha presentado un incremento tecnológico que abarca distintas áreas del derecho comercial.

Las inteligencias artificiales representan un desafío para cualquier legislación. Dicho reto se incrementa aún más cuando estas tecnologías son capaces de crear algo nuevo. De ese modo, surge el interrogante que será la guía en esta investigación: ¿a quién correspondería la titularidad de los derechos originados de la propiedad industrial de una invención creada por una IA? En ese sentido, es necesario por un lado establecer los impedimentos normativos, analizando el marco regulatorio de la propiedad industrial y su aplicación en las IA generativas. Para luego estudiar los impedimentos teóricos que se perciben al momento de que una inteligencia artificial sea considerada como titular de una invención.

En el desarrollo de esta investigación se parte por el hecho de que en la historia se han presentado grandes cambios tecnológicos, y su influencia en cómo la ley tuvo que obligarse a concebir la propiedad intelectual como un derecho que le compete a un conjunto de elementos que dan vida al producto objeto de protección, y no solo a la persona que ostente ser su creador. Por eso, es necesario contar con las herramientas legales adecuadas para regular estas nuevas tecnologías y prever aquellas situaciones en las que se use una inteligencia artificial para crear productos ya sea de manera parcial o total.

2. Marco metodológico

En el contexto de esta investigación sobre el análisis de la propiedad industrial de los productos generados por inteligencias artificiales, se han seleccionado dos paradigmas de investigación: el histórico hermenéutico y el crítico social como base para el diseño metodológico. Con la utilización del primero se comprenderá cómo se han adaptado las leyes existentes para abordar los desafíos planteados por las creaciones generadas por inteligencias artificiales, y cómo se han interpretado o aplicado en la práctica. Ese paradigma nos brinda una perspectiva más amplia y reflexiva sobre el sistema legal de propiedad industrial y su aporte en la sociedad con respecto de las inteligencias artificiales.

Por otro lado, el paradigma crítico social ayuda a identificar posibles sesgos o brechas en la legislación existente y, por sobre todo, este paradigma de investigación motiva a proponer cambios o mejoras que promuevan una protección adecuada y una regulación integral de la propiedad industrial en este contexto tecnológico.

Al combinar el paradigma histórico hermenéutico y el enfoque crítico social, se puede obtener un análisis profundo y contextualizado de la legislación de propiedad industrial en Colombia con respecto de los productos generados por inteligencias artificiales. Esto guiará a comprender su desarrollo en la práctica, identificando así posibles áreas de mejora y reforma para garantizar una regulación adecuada y justa en el entorno cambiante de las nuevas tecnologías.

En la misma línea de la construcción de este diseño metodológico, se ha optado por un tipo de investigación cualitativa. Lo anterior porque este tipo de enfoque va en completa sintonía con toda la recopilación de datos no numéricos que son indispensables para el desarrollo de la investigación. Dicho enfoque permitirá obtener información detallada acerca de las percepciones, interpretaciones y prácticas de los actores involucrados: los creadores, los propietarios de derechos, los usuarios y los profesionales del derecho. Esto ayudará a obtener una radiografía más completa de los desafíos y las implicaciones de la legislación actual.

El método de investigación escogido es el inductivo, una elección apropiada para abordar el tema porque permite obtener un conocimiento detallado y específico sobre el tópico a partir de datos generales y evidencia empírica. En lugar de partir de teorías o suposiciones preexistentes, se toman casos, legislación, precedentes y otras fuentes relevantes para analizar y extraer conclusiones. Además, con el método inductivo se identificarán patrones, tendencias y temas emergentes a partir de los datos recopilados para así encontrar elementos comunes, contradicciones o vacíos que pueden revelar desafíos importantes cuando de creaciones generadas por una inteligencia artificial se trate.

El método antes mencionado facilita una flexibilidad indispensable para la investigación. Puesto que la relación que tiene la propiedad industrial y la inteligencia artificial está en constante evolución, el método inductivo toleraría explorar nuevas direcciones y descubrir temas emergentes a medida que se recopila y analiza la información a lo largo de este proceso.

La técnica de investigación a utilizar será la documental. Se examinará detalladamente las leyes, reglamentos y disposiciones legales relevantes en Colombia relacionadas con la propiedad industrial. Se realizará un análisis de los criterios establecidos para determinar la titularidad de una creación en el ámbito de la propiedad industrial para luego aterrizar dicha radiografía en la titularidad de creaciones generadas por inteligencias artificiales, evaluando la correlación de las disposiciones existentes.

En ese mismo sentido, se realizará una búsqueda y análisis de artículos, estudios, informes, jurisprudencia y sentencias relevantes en el ámbito internacional sobre la protección de la propiedad industrial en relación con las creaciones generadas por inteligencias artificiales. Como resultado, luego de estudiar casos emblemáticos y controversias legales de otros países para comprender las soluciones legales adoptadas, obtendremos las interpretaciones jurídicas y las lecciones aprendidas en dichos contextos.

3. Concepto de inteligencia artificial

Según Takeyas (2007) “La IA es una rama de las ciencias computacionales encargadas de estudiar modelos de cómputo capaces de realizar actividades propias de los seres humanos con base a dos de sus características primordiales: el razonamiento y la conducta” (p. 1), estos sistemas pueden realizar tareas complejas que antes solo podían ser realizadas por seres humanos, una de esas y de las cuales será objeto de estudio dentro de esta investigación será el acto de crear. Lo anterior se refiere, por ejemplo, al acto de escribir un libro con grandes estándares o a la acción de generar una patente que revolucione el mercado.

La inteligencia artificial, según el Parlamento Europeo (2020) mediante un boletín especial, menciona que, es la habilidad que posee una máquina de presentar las mismas capacidades que tiene un ser humano, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear. Además, es un tipo de tecnología que procura la automatización de los procesos de los seres humanos mediante la recolección de información del entorno donde se encuentre ubicada la tecnología, teniendo a su vez, la capacidad de aprender autónomamente para mejorar sus procesos de manera constante.

3.1. Inteligencia artificial generativa

Muchas personas conciben a la inteligencia artificial como algo reciente dentro de la historia humana, algo del presente siglo o un fenómeno propio de la cuarta revolución industrial. Sin embargo, es un tipo de tecnología que se viene moldeando desde el siglo pasado y ha ido evolucionado a través de los años. La diferencia de la IA de vieja data comparada con la que vemos hoy, se centra en el alcance que esta tiene, en la actualidad nos encontramos ante la era de la inteligencia artificial generativa, una IA que es capaz de crear, algo no visto en las inteligencias artificiales de las décadas anteriores.

La naturaleza de que una IA sea generativa yace en un sistema de redes neuronales generativas que utilizan como mecanismo el *deep learning*, para hacer que este tipo de IA sea capaz de aprender de manera autónoma. Sin embargo, dicho aprendizaje radica desde

una gran base de datos creada por humanos, teniendo así una pauta en su algoritmo para desenvolverse independientemente e imitar una especie de originalidad en cada una de sus creaciones. Marcelo Granieri (2023), profesor de OBS Business School en España, define este tipo de inteligencia artificial generativa al decir que “es una rama de la inteligencia artificial que se enfoca en la generación de contenido original a partir de datos existentes ... utiliza algoritmos y redes neuronales avanzadas para aprender de textos e imágenes, y luego generar contenido nuevo y único”.

3.2. *Machine learning* y *deep learning*

Estos son conceptos que se vuelven indispensables al momento de entender por qué dentro del marco de una inteligencia artificial generativa, esta es capaz de crear cosas únicas y que imitan la originalidad que tendría una creación humana.

En primer lugar, el concepto de *machine learning* o también denominado aprendizaje automático por su traducción al español, hace alusión a una vertiente de la IA en la cual los programas informáticos usan algoritmos o modelos para desarrollarse óptimamente en tareas específicas. Este término fue acuñado inicialmente por Arthur L. Samuel, el cual fue un informático proveniente de Estados Unidos y quien fue el mayor experto para su época en el campo de los juegos informáticos y la inteligencia artificial. En el año de 1959 hizo una publicación denominada *Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers* para la revista científica de IBM, en la cual define el *machine learning* como “el campo de estudio que da a los ordenadores la capacidad de aprender sin ser programados explícitamente” (Samuel, 1959, p. 211).

En segundo lugar, se concibe el *deep learning* o aprendizaje profundo como una evolución del *machine learning*. Es así, porque junto con el *deep learning* nace la denominada red neuronal generativa o también conocida como redes neuronales convolucionales. Es la razón de ser de esta otra rama de la IA porque es lo que más se asemeja al complejo sistema de pensamiento humano, es decir, una red de neuronas interconectadas. Yann LeCun, Yoshua Bengio y Geoffrey Hinton, pioneros en el campo del aprendizaje profundo, mencionaron en su artículo titulado *Deep Learning*, publicado en la revista *Nature* 521, lo siguiente:

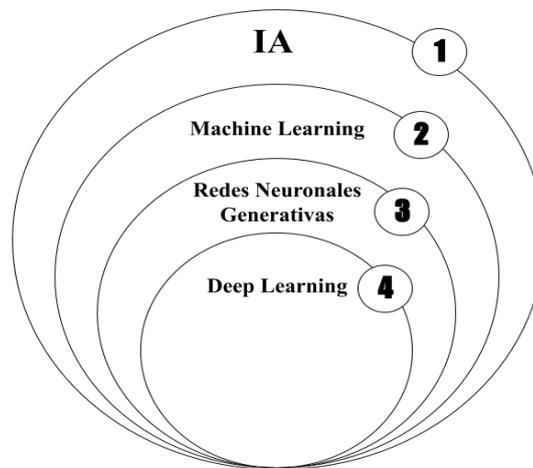
El Deep learning permite a los modelos computacionales compuestos por múltiples redes neuronales, aprender de datos con múltiples niveles de abstracción ... El aprendizaje profundo indica cómo una máquina debe cambiar sus parámetros internos que se utilizan para calcular la representación en cada capa o red a partir de la representación en la capa o red anterior. (2015, p. 436)

En otras palabras, el *deep learning* hace parte de un linaje más amplio de métodos de aprendizaje automático que el *machine learning*. Este último también usa una red neuronal para su aprendizaje, pero la red neuronal usada en el *deep learning* es más compleja o en términos más técnicos, se usan múltiples capas en la red, y de ahí su denominación de *deep* o ‘profunda’ en español. Es precisamente esa emulación de red neuronal humana tan compleja lo que permite que estas tecnologías sean capaces de realizar creaciones en el marco de inteligencias artificiales generativas.

Es necesario entender que estos son conceptos que se engloban dentro de la definición propia de la inteligencia artificial. Sin embargo, la ejecución de uno o de otro harían que deje de ser una IA netamente para convertirse en una IA generativa y el concepto de redes neuronales generativas es propio de este último. En la Figura 1 se explica gráficamente el desglose de conceptos y la distinción que se produce entre IA e IA generativa:

Figura 1

Desglose de conceptos propios de la IA y la IA generativa



Nota. Los círculos de nivel 1 y 2 corresponden a conceptos propios de la IA. Los círculos de nivel 3 y 4 corresponden a conceptos de la IA generativa. Sin embargo, ninguno de esos 4 conceptos es excluyentes entre sí.

4. Marco regulatorio de la propiedad industrial y su posible aplicación a las inteligencias artificiales generativas

El marco que se desarrolla a continuación contiene las disposiciones colombianas que versan sobre el tema de la investigación. Asimismo, se encuentran tratados internacionales que han procurado estar a la vanguardia del desarrollo tecnológico y su

influencia en la ratificación de los diferentes países que contribuyen al desarrollo legal integral que incorpora la regulación de estos nuevos aspectos.

4.1. El artículo 61 de la Constitución Política de Colombia

En el contexto de esta investigación sobre la incidencia de la inteligencia artificial en la propiedad industrial, es esencial considerar el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, el cual expresa que “el Estado tiene la responsabilidad de proteger la propiedad intelectual, por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley” (Constitución Política, 1991). Este artículo se convierte en un referente legal fundamental y debe abordarse en primer lugar, ya que nuestra Carta Magna es la norma de mayor importancia en el sistema jurídico colombiano.

En el artículo 61 de la Constitución Política uno no se detiene a estudiar por qué no hace mención dicho artículo a la denominación de inventor, y se afirma lo anterior porque es lógico inferir que una norma fundamental como la Constitución solo debe limitarse a sentar las bases para el correspondiente desarrollo normativo del país por medio de los organismos más idóneos.

En ese sentido, el artículo 61 de la Carta Política nos habla acerca del alcance de la propiedad intelectual en Colombia, cuando menciona que es el Estado quien tiene la responsabilidad de salvaguardar los derechos que se originan en virtud de la propiedad intelectual, y nuevamente, esta protección se hará mediante los organismos, acciones y el tiempo que se consideren adecuados y que sean previamente establecidos por la misma ley.

Este artículo adquiere una relevancia indiscutible y, como vemos, realiza de manera notable el establecimiento de límites y las directrices para el desarrollo de la legislación y las normativas en materia de propiedad intelectual en Colombia.

4.2. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 - Ley 178 de 1994

El Convenio de París es un tratado internacional establecido en 1883 y se considera uno de los acuerdos más importantes en el ámbito de la propiedad industrial. En Colombia se encuentra ratificado por medio de su correspondiente ley aprobatoria, la Ley 178 de 1994 y su propósito es impulsar e integrar la salvaguarda de los derechos de propiedad industrial en los países que ratifiquen el Convenio. Abarca todos los aspectos de la propiedad industrial de manera amplia, incluyendo las patentes que son objeto de

estudio en esta investigación, las marcas de productos y servicios, los diseños y modelos industriales, los modelos de utilidad, entre otros aspectos fundamentales.

El Convenio de París (1883) en su artículo 4 dispone que “el inventor tiene el derecho de ser mencionado como tal en la patente”, no se menciona como tal una denominación clara y más bien general de ese inventor que va a poseer tal derecho, y en relación con la creación de productos por parte de inteligencias artificiales, el Convenio de París no aborda específicamente este tema, puesto que fue establecido mucho antes de la aparición de la IA. Sin embargo, el tratado sienta las bases para la protección de derechos de propiedad industrial en general, y los principios y normas establecidos podrían ser aplicados en el contexto de la creación de productos por parte de una inteligencia artificial.

4.3. La Decisión Andina 486 del año 2000

Es una normativa emitida por la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la cual instaaura un régimen aplicable sobre propiedad industrial en los países de la Comunidad. La Decisión Andina 486 abarca diferentes aspectos de la materia, como las patentes de invención, los modelos de utilidad, los diseños industriales, las marcas, los lemas comerciales, las indicaciones geográficas, las denominaciones de origen y los secretos comerciales. Establece, a su vez, los requisitos, procedimientos y derechos que los titulares de los derechos de propiedad industrial pueden ejercer en toda la Región Andina.

En el artículo 14 de dicha Decisión se menciona que “los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones sean de producto o de procedimiento en todos los campos de la tecnología” (Decisión Andina 486, 2000). Aunque eso parezca una norma extensiva y que no tuviese ningún tipo de restricción, de manera subsiguiente, en el artículo 20 se expresa que “si la explotación de dichas invenciones afecta el orden público o moral del país no es (sic) objeto de ser patentado”. Además, no se considerará contraria al orden público o la moral solo en los casos donde exista una disposición interna que prohíba o regule dicha explotación. Si bien es cierto, la Decisión Andina es restrictiva en ese último sentido y deja parámetros claros para actuar, en Colombia actualmente no hay una disposición que regule o prohíba el uso de la inteligencia artificial generativa para la creación de productos patentables.

De manera posterior, en el artículo 22 de la Decisión se encuentra la primera mención clara de la denominación de inventor cuando se expresa que “el derecho a la patente pertenece al inventor (...) los titulares de las patentes podrán ser personas naturales o jurídicas” (Decisión Andina 486, 2000). En suma, si se hace una reflexión pertinente e integral entre los artículos 14, 20 y 22 de esta normativa, se puede concluir que en esta se

consagra el blindaje ideal que debería tener toda legislación nacional y que va en sintonía con principios como la certidumbre jurídica, al incentivar aspectos como la creación de patentes en las áreas de la tecnología, sentar los límites de dicha explotación inventiva en el marco de las nuevas tecnologías y, por último, estipulando de manera restrictiva quiénes pueden ser los titulares de los derechos originados en la propiedad industrial.

4.4. Código Civil Colombiano, artículo 671

De manera subsiguiente, se vuelve imperativo mencionar también, dentro del sistema normativo colombiano, el Código Civil de este país y más concretamente su artículo 671, el cual expresa que “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales” (Código Civil Colombiano, 1873), yendo todo eso en concordancia con la Constitución y la misma norma mencionada.

Es importante resaltar que el artículo 671 del Código Civil Colombiano no hace mención explícita del tipo de sujeto que realiza estas producciones del talento o del ingenio. En otras palabras, la norma hasta este punto no especifica si dichas creaciones pueden ser realizadas tanto por seres humanos como por máquinas.

4.5. CONPES 4062, Política Nacional de Propiedad Intelectual de 2021

El CONPES en Colombia, si bien es cierto no es una normativa propiamente dicha y no tiene carácter vinculante, funciona como un organismo asesor del Gobierno para aspectos relacionados con el progreso económico y social del país. Su función se centra en asesorar y dicha consultoría se materializa en informes denominados documentos CONPES. Es precisamente el CONPES 4062 uno de estos, y del cual toma mucha relevancia en la presente investigación porque habla expresamente acerca de la Política Nacional de Propiedad Intelectual, en donde su objetivo es promover el desarrollo y la protección de los derechos originados en la propiedad intelectual y se concibe a esta misma como un ente primordial para la innovación, la competitividad y el crecimiento económico.

El CONPES 4062 (2021) dentro de su plan de acción número 2 hace mención al hecho de “fortalecer el aprovechamiento de los instrumentos de protección de la PI para consolidar el sistema nacional y facilitar su interacción con las normas internacionales”. Es en ese sentido cuando desde el Gobierno nacional se reconoce la importancia de realizar un análisis sobre actualizaciones pertinentes en el marco normativo de la propiedad

intelectual y con base en esto generar recomendaciones que vayan en consonancia con el progreso social, cultural y tecnológico del país.

Cuando se mencionan las palabras innovación, competitividad y crecimiento dentro del CONPES 4062, el estudio de este referente legal toma también una relevancia dentro de la presente investigación. Lo anterior, porque dicha Política le hace un llamado al sistema normativo colombiano para que reconozca la importancia de adaptar la normativa de propiedad intelectual a los avances tecnológicos, incluyendo aquellos relacionados con una IA.

5. Titularidad en materia de propiedad industrial aplicada a las invenciones patentables generadas por inteligencias artificiales

En situaciones normales, el creador de un producto realiza y gestiona todo su proceso inventivo y exterioriza lo que en un inicio era una mera idea en su cabeza. Aquí se observa que el componente humano está presente y que el ciclo termina cuando esa idea se materializa en una creación que luego se convertiría en objeto de protección. Sin embargo, ¿qué sucede cuando la creación es capaz de crear? Para el ejemplo en concreto, cuando la creación es una inteligencia artificial. Para solucionar la pregunta sería lógico pensar que la atribución de derechos originados se le otorgarían al titular de la inteligencia artificial, ¿pero qué sucede en los casos en donde la inteligencia artificial es de dominio público, como lo son la gran mayoría, donde personas del común y/o con un perfil científico, profesional o académico la pueden usar indiscriminadamente para un fin creador?

Los derechos de propiedad intelectual se convierten en mecanismos de protección exclusiva, territorial y temporal del titular frente a su creación y cobran más relevancia en el progreso de esta investigación para desplegar prerrogativas que le permiten a este usar y gozar de sus derechos. Para el estudio de la titularidad de propiedad industrial aplicada a las invenciones patentables generadas por inteligencias artificiales, es necesario analizar los aspectos objetivos y subjetivos de la creación y el régimen específico de protección para la regla general.

5.1. Elementos objetivos de la titularidad y régimen de protección

En la siguiente tabla se presenta un desglose sobre cuáles son los elementos objetivos y su correspondiente régimen de protección. Estos son utilizados como regla general para la protección de derechos en el marco de la propiedad industrial.

Tabla 1

Clasificación de los elementos objetivos y régimen de protección

ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA CREACIÓN	RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA CREACIÓN.
<p>Objeto de protección</p>	<p>Signos distintivos: marcas, lemas, enseñas comerciales, nombres comerciales, nombres de dominio, indicaciones geográficas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen.</p> <p>Nuevas creaciones: inventos, modelos de utilidad, diseños industriales, esquemas de trazado de circuitos integrados, secretos empresariales.</p>
<p>Título de protección</p>	<p>Registro de signo distintivo o concesión de nueva creación y el registro de patentes.</p>

Nota. Tomado de “Titularidad de Propiedad Intelectual,” por C. Atehortúa y J. Monroy, 2014. *Guía Estratégica de Propiedad Intelectual Universidad Empresa*, p. 90.

Es menester asegurar, que no se pone en discusión si los elementos objetivos de la titularidad de una creación patentable como lo son las nuevas creaciones (inventos, modelos de utilidad, diseños industriales, esquemas de trazado de circuitos integrados, secretos empresariales) deben o no ser objeto de protección cuando provienen parcial o totalmente de la mano de una inteligencia artificial generativa porque el debate o coyuntura internacional con respecto a la titularidad se centra en el ‘quién’ y no en el ‘qué’, sin importar de dónde provenga dicha invención debe protegerse. Imaginemos que una IA pueda generar una patente que revolucione el mercado y nos ayude a crecer como sociedad. De esa manera, resultaría inconcebible que se deseche automáticamente dicha invención solo porque no haya sido un producto generado por un ser humano.

Sin embargo, sí que debe importar en manos de quien quedará y que esa reflexión sea acorde al derecho y al marco regulatorio de cada país, respetando así los impedimentos normativos, el orden público, la moral y la ética. Se convertiría entonces en tema de estudio el elemento subjetivo de la titularidad, el sujeto de derechos radicado desde la creación misma y que se verá a continuación.

5.2. Elementos subjetivos de la titularidad y régimen de protección

Siguiendo con el ejercicio de analizar dónde yace realmente el impedimento teórico al momento de determinar la titularidad de propiedad industrial en una invención generada por una IA. Se presenta a continuación, los elementos subjetivos y su respectivo régimen de protección aplicados estos como regla general.

Tabla 2

Clasificación de los elementos subjetivos y régimen de aplicación

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA CREACIÓN		RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA CREACIÓN	
Sujeto de derechos	Calidad de autor: persona física (natural) que realiza la creación.	Creador, inventor y diseñador.	
	Calidad de titular: persona natural o jurídica que tiene un derecho de PI reconocido por la ley de manera individual o en conjunto.	Originaria: Acto de crear o de inventar	Creador, inventor y diseñador-titular.
		Derivada: Causa de muerte, por disposición o presunción legal y por cesión.	Causahabientes, empleador, contratante y cesionario.

Nota. Tomado de “Titularidad de Propiedad Intelectual,” por C. Atehortúa y J. Monroy, 2014. *Guía Estratégica de Propiedad Intelectual Universidad Empresa*, p. 90.

Como ya se ha dicho, el punto de conflicto vendría a ser el ‘quién’, concebido este como un elemento subjetivo de la creación. De ese modo, se observa un impedimento teórico dentro de este componente, en el cual no existe todavía un consenso. Se discute entonces sobre quién sería sujeto de derechos aplicada a las invenciones patentables generadas por inteligencias artificiales generativas. Se debate sobre si la inteligencia artificial debería ser considerada como una persona jurídica, lógica que subyace en la premisa de que la calidad de autor y titular solo se le atribuye a personas naturales o jurídicas. Siendo así imposible encajarla bajo la denominación de persona natural, sería lógico afirmar que se ajustaría como persona jurídica.

Una segunda postura se centraría en afirmar que este tipo de creaciones se ajustarían a un tipo de creación derivada por alguna disposición legal (debido a que por la misma lógica no podría concebirse como una creación originaria) donde establezca, por ejemplo,

que la titularidad de creaciones por parte de una IA se le otorgará a la primera persona que la registre, pero que el creador, en este caso la IA, aparecerá en la patente, haciendo alusión al derecho de información que tienen las personas de saber que ese producto fue total o parcialmente creado por una inteligencia artificial. Sin embargo, no siempre las premisas lógicas resultan ser asertivas o acordes a derecho por contradictorio que eso parezca, pues se deben tener en cuenta las implicaciones jurídicas que conllevarían ambas hipótesis en diferentes ordenamientos jurídicos, cuestiones que se observarán materialmente en el siguiente apartado.

6. Estudio caso DABUS: contextualización

En el contexto actual de rápidos avances en tecnología e innovación, el entrelazamiento entre la propiedad industrial y la inteligencia artificial ha cobrado una relevancia sin precedentes. En este sentido, para alcanzar una comprensión integral de esta intersección, se recurre a un enfoque basado en el estudio de casos. Este caso, cuidadosamente seleccionado, permite analizar con detalle las dinámicas legales que surgen en el entorno donde convergen la creación humana y el ingenio artificial. A través de este estudio, se pretende iluminar los desafíos y oportunidades que enfrentan tanto creadores como juristas, así como reflexionar sobre posibles vías para armonizar las demandas cambiantes de la innovación tecnológica y la protección intelectual de las invenciones patentables generadas por inteligencias artificiales generativas.

6.1. Caso DABUS y su tratamiento en diferentes jurisdicciones

Stephen Thaler un investigador de origen londinense, pero que actualmente está domiciliado en Missouri, solicitó en 2020, por primera vez en el mundo, que su sistema de inteligencia artificial llamado DABUS pudiera registrarse como el dueño de dos patentes: un contenedor fractal de líquidos y un sistema de señales luminosas fractales.

Figura 2

Solicitud PCT¹ publicada por la WIPO sobre caso DABUS.

(12) INTERNATIONAL APPLICATION PUBLISHED UNDER THE PATENT COOPERATION TREATY (PCT)		
(19) World Intellectual Property Organization International Bureau		
(43) International Publication Date 23 April 2020 (23.04.2020)		(10) International Publication Number WO 2020/079499 A1
WIPO PCT		

<p>(51) International Patent Classification: <i>B65D 6/02</i> (2006.01) <i>B65D 21/02</i> (2006.01) <i>B65D 8/00</i> (2006.01) <i>B65D 1/02</i> (2006.01) <i>B65D 6/00</i> (2006.01) <i>A61M 16/00</i> (2006.01) <i>B65D 13/02</i> (2006.01) <i>A61M 21/00</i> (2006.01)</p>	<p>(71) Applicant: THALER, Stephen L. [US/US]; 1767 Waterfall Dr., St Charles, Missouri 63303 (US).</p> <p>(72) Inventor: DABUS, The invention was autonomously generated by an artificial intelligence; 1767 Waterfall Dr, St Charles, Missouri 63303 (US).</p> <p>(74) Agent: ABBOTT, Ryan; 11601 Wilshire Blvd #2080, Los Angeles, CA 90024 (US).</p> <p>(81) Designated States (<i>unless otherwise indicated, for every kind of national protection available</i>): AE, AG, AL, AM, AO, AT, AU, AZ, BA, BB, BG, BH, BN, BR, BW, BY, BZ, CA, CH, CL, CN, CO, CR, CU, CZ, DE, DJ, DK, DM, DO, DZ, EC, EE, EG, ES, FI, GB, GD, GE, GH, GM, GT, HN, HR, HU, ID, IL, IN, IR, IS, JO, JP, KE, KG, KH, KN, KP, KR, KW, KZ, LA, LC, LK, LR, LS, LU, LY, MA, MD, ME, MG, MK, MN, MW, MX, MY, MZ, NA, NG, NI, NO, NZ, OM, PA, PE, PG, PH, PL, PT, QA, RO, RS, RU, RW, SA,</p>
<p>(21) International Application Number: PCT/IB2019/057809</p> <p>(22) International Filing Date: 17 September 2019 (17.09.2019)</p> <p>(25) Filing Language: English</p> <p>(26) Publication Language: English</p> <p>(30) Priority Data: 18275163.6 17 October 2018 (17.10.2018) EP 18275174.3 07 November 2018 (07.11.2018) EP</p>	

Nota. Tomado de “The first time an AI has been listed as an inventor in a published “international” application,” 2020. En *The Artificial Inventor Project*. <https://artificialinventor.com/the-first-time-an-ai-has-been-listed-as-an-inventor/>

Todo comenzó cuando Ryan Abbott, profesor de Derecho y Ciencias de la Salud en la Facultad de Derecho de la Universidad de Surrey (Reino Unido), formó el Artificial Intelligence Project cuyo objetivo fue “promover el diálogo sobre el impacto social, económico y jurídico de tecnologías como la IA y generar orientaciones para las partes interesadas sobre la posibilidad de proteger los resultados generados por medio de la propiedad intelectual” (Mathew, 2021).

Posteriormente, Abbott contactó a Thaler, quien llevaba años desarrollando su sistema de inteligencia artificial llamado DABUS (Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience) para que creara una serie de patentes y por medio de ello posteriormente presentar la solicitud a nombre de DABUS y retar a las oficinas de patentes del mundo junto con su respectiva legislación en materia de propiedad intelectual. A continuación, se muestra el tratamiento que el equipo legal de Thaler, encabezado por Abbott y su grupo legal, ha usado en diferentes jurisdicciones alrededor del mundo y

¹ Esto se trata de una solicitud internacional de patente presentada en virtud del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o en inglés WIPO), que permite a los solicitantes pedir simultáneamente protección para una invención en un gran número de países al mismo tiempo.

se presentan los argumentos por parte de las diferentes oficinas de patentes que hasta el momento se han pronunciado.

6.1.1. *Jurisdicción de Sudáfrica (CIPC)*

La South Africa's Companies and Intellectual Property Commission (CIPC) en junio de 2021 fue una de las primeras oficinas de patentes en el mundo en reconocer a DABUS como creador de una patente. La sentencia fue de este modo porque se determinó que en la normativa vigente de patentes sudafricana no había una definición específica de inventor como la de otros países en donde debe ser una persona natural o jurídica. Eso indudablemente benefició que las pretensiones del equipo legal de Thaler prosperaran. Sin embargo, la decisión a los ojos de otras oficinas de patentes en el mundo no fue bien recibida, pues expresaban que la solicitud fue recibida de manera positiva en ese país porque el estudio de la solicitud de la patente solo se centró en los requisitos formales de esta, más no en aspectos de fondo que se debían considerar.

6.1.2. *Jurisdicción de Australia (APO)*

La Australian Patent Office (APO) rechazó en primera instancia la solicitud de patente que realizó Thaler porque en dicha solicitud no se estipulaba a un inventor de acuerdo con la normativa australiana. El equipo legal de Abbott recurrió la decisión en una segunda instancia obteniendo así una de las sentencias más históricas en esta materia por parte del Tribunal Federal Australiano en la que determinó que no importaba la calidad del inventor y que “este podía ser no humano, debido a que no figuraba disposición alguna que rechace de manera expresa la idea de que una inteligencia artificial pueda ser inventora” (Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879, 2021).

6.1.3. *Jurisdicción de Estados Unidos (USPTO)*

La US Patent and Trademark Office (USPTO) negó la solicitud de manera inmediata acogiéndose a la definición que la US Patent Act hizo frente a lo que se considera inventor y a la interpretación que la Federal Circuit hace, expresando que “La ley de patentes requieren que el inventor sea una persona natural” (Decision on Petition Thaler, 2019, p. 4). A su vez, trajo un antecedente importante, el caso Univ. Of Utah vs Max-Planck-Gesellschaft zur Forderung der Wissenschaften donde ratificaba que entes diferentes a una persona física no podían ser inventores. En los argumentos de la decisión se dejaba claro que la postura tomada no era una sentencia deliberada, sino por el contrario era una resolución basada en la ley. En ese sentido, la Federal Circuit apuntó que para que un sistema de inteligencia artificial como DABUS se le reconozca como inventor, es

menester que el Congreso mediante una reforma a la US Patent Act, haga extensivo el concepto de inventor hacia estas nuevas tecnologías y no solo a personas físicas.

6.1.4. Jurisdicción de Reino Unido (UKIPO)

La Court of Appeal, junto con las High Court of Justice (HCJ) y la UK Intellectual Property Office (UKIPO) rechazaron la solicitud al afirmar que la inteligencia artificial en cuestión no puede ser concebido como inventor según lo establece la normativa de Reino Unido y además fue más extensivo el fallo al estipular que tampoco podría ceder la titularidad a favor del inventor de la IA, es decir, Stephen Thaler. Dentro de la Court of Appeal, quienes ratificaron las decisiones tomadas por la HCJ y la UKIPO, figuraba una terna de jueces que debatieron el caso en concreto. Uno de ellos votó a favor de DABUS argumentando que las máquinas no se pueden concebir como personas, sin embargo, la normativa no requiere que solo sea una persona física la designada como inventor.

Figura 3

Resumen de las solicitudes caso DABUS en diferentes jurisdicciones



Nota. El anterior gráfico representa un resumen de las jurisdicciones analizadas junto con el principal argumento para negar o aprobar la solicitud de patente.

7. Importancia de la regularización

La pandemia de la COVID-19 ha causado una disrupción sin precedentes. Así como en el mundo, en Colombia se observó dicho cambio desde el ámbito sanitario, la economía y el empleo. Sin embargo, la tecnología y la era digital fue un no negociable y un constante durante el surgimiento de este acontecimiento. Esto se debió a que el distanciamiento social y la necesidad de trabajar, estudiar y socializar desde casa hicieron en ese momento que el uso de la tecnología y las herramientas digitales se volvieran cada vez más imprescindible en nuestras vidas. Tenemos entonces que una de las mayores transformaciones que ha traído consigo la pandemia es el acelerado avance de la era

digital en todo el mundo, y Colombia no ha estado exenta de ser tocada por este gran fenómeno que se torna cada vez más transversal.

Como seres humanos es inherente a nosotros adaptarnos y evolucionar. A través de la historia, como humanidad hemos tenido un amplio desarrollo tecnológico en sectores como lo social, lo cultural y lo económico. Dicho desarrollo es inevitable porque ante el surgimiento de una necesidad o problema, se genera también el imperativo de solucionarlo por medio de la tecnología.

Pero todos esos progresos tienen algo en común y es que van unidos al descubrimiento de nuevas tecnologías, precisamente por la evolución inherente antes mencionada. Las inteligencias artificiales son un tipo de paradigma aunado a las nuevas tecnologías, y aunque es un concepto de vieja data, hoy en día es tema de discusión en el ámbito legal.

Dicha tecnología en específico ha sido una conversación reiterada entre juristas de todo el mundo, desde el momento en el que empezó a generar efectos en un plano material y a afectar la vida en sociedad, generando incertidumbre. Por consiguiente, se vuelve conveniente incluir el tema de las inteligencias artificiales al mundo legal. De lo contrario, acarrearía grandes problemáticas sociales, culturales, económicas y éticas si como humanidad seguimos avanzando, pero nuestras normativas no se adecuan a la sintonía de ese progreso.

Vemos así la relevancia que toma el tema de la implementación de la inteligencia artificial en nuestra sociedad y cómo va cada vez más en aumento. Con el tema de la propiedad intelectual y las creaciones de las inteligencias artificiales, actualmente, ya hay un caso de controversia a nivel internacional en donde se estudia la titularidad de los derechos de propiedad frente a un producto generado por una IA.

Es así como la importancia de este tema surge y cobra aún mayor relevancia en la medida que la legislación de una determinada materia tiene por objeto regular y ejercer control sobre la sociedad y su comportamiento frente al fenómeno en cuestión. Es de esta forma que las normas contenidas en las leyes le otorgan a la sociedad barreras de comportamiento para distintos ámbitos del desarrollo de esta. Dicho análisis de la legislación colombiana de propiedad industrial en productos generados por las IA, plantea una serie de desafíos y preguntas que deben ser evaluados cuidadosamente, ya que es necesario determinar si las obras generadas por una inteligencia artificial o si las invenciones, diseños y marcas generados por estas, pueden ser consideradas como creaciones de una persona natural o jurídica o si, del mismo modo, pueden ser protegidos y regulados por la legislación colombiana de propiedad industrial.

En tal sentido, con la presente investigación y posterior regularización se beneficiarán todos aquellos científicos, empresas, universidades y demás personas de la sociedad que tengan la intención de usar una inteligencia artificial que les ayude a crear algo

nuevo. Les será útil esto, en el sentido de que tendrán un panorama más claro frente a las diferentes aristas de esta controversia a nivel mundial y, por sobre todo, dilucidar de una manera más concreta los alcances y/o limitantes que dicha acción generaría en la normativa colombiana.

Es imperativo tocar el tema en el mundo del Derecho, puesto que así nos permitiría identificar las lagunas legales que tiene nuestro ordenamiento jurídico en materia de propiedad intelectual e inteligencias artificiales. Además, con una visión clara, se conseguirá establecer un plan de acción con recomendaciones y/o modificaciones que se podrían hacer en nuestra norma para disminuir la falta de seguridad jurídica y regulación que existe frente al tema.

8. Conclusiones

8.1. Vacíos legales en la denominación de inventor

En primer lugar, se puede afirmar que los casos que se han ganado a favor de otorgarle la propiedad intelectual de un producto a una inteligencia artificial se han logrado porque en la legislación correspondiente no se especifica quién debe ser ese inventor o la calidad del dicho. Esto puede ser concebible porque, en cierta medida, al momento en que los distintos legisladores promulgaron estas leyes, de manera automática asumieron que serían dirigidas para humanos y no previeron situaciones como estas. Por el contrario, los casos desfavorables de dicha solicitud se deben a que el ordenamiento jurídico está blindado de tal manera que solo se admiten interpretaciones exegéticas de la ley, porque en esos casos es clara frente a que el inventor debe ser humano.

En segundo lugar, para Colombia, aunque existe una legislación amplia para proteger los derechos de la propiedad industrial, la normativa no precisa la calidad de ese inventor. De manera específica, en ninguna norma colombiana se hace relación de la propiedad industrial de productos generados por inteligencias artificiales, ya sea a favor o en contra. Sin embargo, tanto los empresarios como políticos consideran la importancia de adecuar nuestras leyes al progreso tecnológico en razón de la naturaleza cambiante de nuestro contexto sociocultural.

8.2. Mecanismo sui generis de protección

Incluir a una IA como inventora en un determinado ordenamiento jurídico no se trata de que las maquinas tengan las mismas prerrogativas que los humanos, sino por el contrario que se protejan los derechos de propiedad de los inventores humanos y, por consiguiente, la integridad del sistema de patentes. Una posible solución podría ser

elaborar nuevos mecanismos sui generis a fin de garantizar la adecuada protección de los derechos generados por parte de las creaciones generadas por inteligencias artificiales generativas. En el ordenamiento jurídico colombiano, como en otros, se usa los sistemas sui generis para establecer que la cosa a que se aplica un determinado cuestionamiento es de un género o especie poco usual o excepcional y que, en virtud de eso, se deben adecuar los mecanismos de protección existentes para disminuir la incertidumbre jurídica que ello genera.

Cuando se aplica esta clase de sistema se entiende que no puede ser fácilmente asimilado a los tipos corrientes del mismo orden. De manera específica, dentro de la legislación en materia de propiedad intelectual, las variedades vegetales y el conocimiento ancestral son considerados como mecanismos sui generis de protección. La pregunta entonces vendría a ser la siguiente: ¿Qué tan viable sería incluir las creaciones de inteligencias artificiales dentro de estos mecanismos?

8.3. Necesidad de regularización favorable o desfavorable

Por último y habiendo agotado todas las líneas anteriores, se llega a una conclusión final orientada a la regularización, ya sea favorable o desfavorable para las invenciones patentables creadas por inteligencias artificiales generativas. Es menester que cada país dentro de su legislación sienta las bases para controlar esta coyuntura, al hablar de la problemática y ponerse de acuerdo en prohibirla o permitirla para así asegurar la seguridad jurídica de las personas, visto esto como uno de los fines esenciales del derecho.

En el aspecto positivo, permitir que una persona figure como titular de una patente generada por una inteligencia artificial, no sería del todo injusto para esta, puesto que, como principio general este tipo de sistemas no poseen derechos legales o acepciones morales, de manera que no tendría ningún interés en ser reconocida. Si nos ponemos a ponderar las situaciones que pueden resultar de este ejercicio, ¿qué pasa si una IA es capaz de crear la cura del cáncer?, ¿debemos dejar de lado dicho descubrimiento que salvaría millones de vidas solo por el hecho de no ser una creación humana?

En el aspecto negativo, el regularizar favorablemente esta situación permitiría que las personas se atribuyan el mérito del trabajo que sus IA han realizado, dándoles así la titularidad por algo que no han creado. Esto implicaría aspectos éticos y morales de la persona misma que conllevaría aprobar estas prácticas porque, en ese sentido, se devaluaría la capacidad que tiene el ser humano para crear cosas nuevas.

Referencias

- Atehortúa García, C. (2014). Titularidad de Propiedad Intelectual. En *Guía Estratégica de Propiedad Intelectual Universidad Empresa* (pp. 86-103). Vallejo Editores.
- Convenio de París para la protección de la propiedad industrial. (1883). https://wipolexres.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt_paris_001es.pdf
- Constitución Política de Colombia. (1991). <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>
- Currey, R., y Owen, J. (2021). *En tribunales: Un tribunal australiano determina que los sistemas de IA pueden considerarse “inventores”*. OMPI Revista, (3), 36–39. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2021/03/article_0006.html
- United States Patent and Trademark Office. (2019). Decision on Petition Thaler, Decision on Petition N. Application No.: 16/524,350. Estados Unidos. <https://www.jurist.org/news/wp-content/uploads/sites/4/2021/09/USPTO-Decision-Thaler.pdf>
- Comunidad Andina. (2000). Decisión Andina 486 del 2000, Norma internacional. <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/normativa/DEC486.pdf>
- García Rodríguez, E., Duque Arias, D., Manrique, R. y Giraldo, F. (2020). *El uso de sistemas inteligentes (IA) en el registro de la propiedad industrial*. Revista La Propiedad Inmaterial, (30), 295–326. <https://doi.org/10.18601/16571959.n30.11>
- Escribano, B., y Sevilla, C. (2021). *Caso DABUS: ¿Puede la IA ser “inventor”?* EY España - Digital Law. https://www.ey.com/es_es/ai/caso-dabus-puede-la-ia-ser-inventor
- García Rodríguez, E., Duque Arias, D., Manrique, R., y Giraldo, F. (2020). El uso de sistemas inteligentes (IA) en el registro de la propiedad industrial. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (30), 295-326. <https://doi.org/10.18601/16571959.n30.11>
- Gomez Horlandy, J. F. (2023, 26 de abril). ¿Se puede proteger una creación realizada con inteligencia artificial? Departamento de Propiedad Intelectual. Noticias. Universidad Externado de Colombia. <https://propintel.uexternado.edu.co/se-puede-protoger-una-creacion-realizada-con-inteligencia-artificial/>
- Granieri, M. (2023, 5 de marzo). ¿Qué es la inteligencia artificial generativa? OBS Business School. <https://www.obsbusiness.school/blog/que-es-la-inteligencia-artificial-generativa>

- Infografía | nuevos lineamientos en la política nacional de propiedad intelectual en Colombia* [Infografía]. (2022). Olarte Moure & Asociados. <https://www.olartemoure.com/propiedad-intelectual-conpes-4062/>
- Congreso de Colombia. (1873). Ley 84 de 1873 - Código Civil Colombiano, Ley (Colombia). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- LeCun, Y., Bengio, Y., & Hinton, G. (2015). Deep learning. *Nature*, 521(7553), 436-444. <https://doi.org/10.1038/nature14539>
- Mathew, B. R. (2021, 28 de julio). *Dr. Stephen Thaler speaks on how DABUS can invent*. <https://artificialinventor.com/467-2/>
- WIPO - World Intellectual Property Organization. (s. f.). Reseña del convenio de París para la protección de la propiedad industrial (1883). https://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/summary_paris.html
- Samuel, A. L. (1959). Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers. *IBM Journal of Research and Development*, 3(3), 210-229. <https://doi.org/10.1147/rd.33.0210>
- Socialización de la Política Nacional de Propiedad Intelectual- CONPES 4062 de 2021. (s. f.). Innovamos. <https://www.innovamos.gov.co/instrumentos/socializacion-de-la-politica-nacional-de-propiedad-intelectual>
- The first time an AI has been listed as an inventor in a published “international” application – The Artificial Inventor Project. (2020). The Artificial Inventor Project. <https://artificialinventor.com/the-first-time-an-ai-has-been-listed-as-an-inventor/>
- Sentencia. Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879. (2021). Federal Court of Australia (Jonathan Beach). (Australia). <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879>
- Takeyas, B. L. (2007). *Introducción a la inteligencia artificial*. Instituto Tecnológico de Nuevo Laredo. <https://www.utm.mx/~jjf/ia/A1.pdf>



JURISDICCION Y TRIBUNALES CONSUE TUDINARIOS Y TRADICIONALES DEL MEDITERRANEO ESPAÑOL*

*José Bonet Navarro***
Universidad de Valencia (España)
jbonet@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo se centra en el estudio de la jurisdicción en los tribunales consuetudinarios y tradicionales que se ubican en el mediterráneo español. Se resalta su valor tanto jurídico como cultural y también sus aspectos principales para el derecho procesal. Así, se constata el tránsito entre administración y jurisdicción, se valoran dos características tan significativas e importantes como la actividad probatoria de oficio que se desarrolla y la decisión en única instancia. Por último, se concluye destacando su potencial como modelo para reformas procesales futuras.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción, costumbre, justicia popular, reforma procesal, prueba de oficio.

JURISDICTION AND CUSTOMARY AND TRADITIONAL COURTS OF SPANISH MEDITERRANEAN

ABSTRACT: In the present work, jurisdictional law is studied in the customary and traditional courts located in the Spanish Mediterranean. In the same way, its value is both juridical and cultural, and its main aspects are treated for procedural right. Thus, if the transit between administration and jurisdiction is observed, the characteristics as significant and important as the probatory activity of the office that is made and the decision in a single instant are valued. Lastly, he concluded by highlighting his potential as a model for future process reforms.

* Este artículo es la traducción al español del trabajo del autor titulado en el original: “Giurisdizione e corti consuetudinarie e tradizionali del mediterraneo spagnolo”, publicado en la Rivista di Diritto Processuale, 2023, 1, pp. 262-276. Ha sido realizado en la Università degli Studi di Bari Aldo Moro, integrado en el grupo dirigido por el Profesor Ordinario Domenico Dalfino, con la ayuda concedida por el Ministerio de Universidades del gobierno español, con resolución de 22 de junio de 2022, en el ámbito del “Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad en I+D+i, Subprograma Estatal de Movilidad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020”, orden de 2021. El autor agradece al profesor Dalfino por su constante soporte y por la revisión del original en italiano de este trabajo.

** Es catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia (España), cuenta con más de treinta años de experiencia docente y es autor de diez y seis libros, más de doscientas publicaciones sobre Derecho Procesal y ha recibido diversos premios de investigación jurídica.

KEYWORDS: Jurisdiction, custom, popular justice, procedural reform, ex officio evidence.

1. La jurisdicción de los ciudadanos como valor cultura y jurídico

El *Boletín Oficial del Estado* N. 299, de 15 de diciembre de 2021, publicó la Ley Orgánica 10/2021, de 14 de diciembre, de modificación de la 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para reconocer en su artículo único el carácter de tribunal consuetudinario y tradicional al Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y Pueblos de su Marco y al Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l’Horta d’Aldaia, al añadir dos nuevos apartados 5 y 6 al artículo 19 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial. Este precepto, entre otras cosas, concreta los tribunales consuetudinarios y tradicionales españoles, inicialmente el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana, poco después el Consejo de Hombres Buenos de Murcia, y, por último, el Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y Pueblos de su Marco y el Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l’Horta d’Aldaia.

Esta reforma evidencia la existencia de un fenómeno muy localizado territorialmente en el mediterráneo español pues cuatro de los cinco que existen en el mundo, junto al fenómeno de los jueces de Aguas de Corongo, allí mismo se ubican. Pero no obstante esta concreta localización se presenta de indudable interés para todo estudioso del Derecho Procesal pues permite reflexionar sobre temas de gran actualidad y preocupación como la configuración y delimitación del concepto de jurisdicción o la posible iniciativa de oficio más o menos amplia por el juez.

Según dispone el artículo 125 de la Constitución española (desarrollado por el punto segundo del mismo artículo 19 de la LOPJ), “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”. De entrada, la acción popular, de contenido singularmente más amplio que la particular que podría ejercer la víctima o el ofendido, ya es un fenómeno de participación ciudadana para el ejercicio de la acción penal prácticamente exclusivo del ordenamiento jurídico español. Así se reconoce en los artículos 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el primero prevé que “la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”; y el segundo al prever que “todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados” (previo cumplimiento de lo dispuesto en la correspondiente regulación,

esto es, lo previsto en el artículo 280 y último párrafo del 281 de la LECrim). Y si con lo anterior no fuera suficiente, la participación a través de los tribunales consuetudinarios y tradicionales representa un fenómeno tan interesante como poco conocido al quedar circunscrito a un ámbito territorial concreto como es el llamado mediterráneo español (en realidad, a una parte de la comunidad autónoma de Valencia y a la de Murcia).

La importancia de estos tribunales es tanto cultural como jurídica. Por ello, el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia pronto se declara como bien de interés cultural inmaterial. Esto se produce mediante resolución de 30 de marzo de 2005 dictada por la Dirección General de Patrimonio Cultural Valenciano (Conselleria de Cultura, Educación y Deporte) por la que se acordó tener por incoado expediente de declaración del Tribunal de las Aguas de Valencia como bien de interés cultural inmaterial. Precisamente este expediente incluye un anexo que fue parcialmente modificado por la resolución dictada por el mismo órgano el 31 de mayo siguiente y todo ello condujo al decreto 73/2006 del Consell, por el que se declara a este órgano como bien de interés cultural inmaterial. Las referencias que se realizan en el anexo y que puede encontrarse en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 5.269, de 30 de mayo de 2006 resultan de particular interés para destacar su valor cultural (Sala, 2013, pp. 228-247; Bonet, 2014, pp. 157-160). En el mismo destaca, entre otras cosas, su consideración como “una de las manifestaciones más representativas y valiosas de la cultura y los modos de vida de los valencianos”; su “amplio grado de reconocimiento local, nacional e internacional”; que se afirma que “posee un valor excepcional desde la óptica histórica, antropológica y jurídica, siendo uno de los principales rasgos definitorios de la identidad cultural de los valencianos”, y que es “monumento de un proceso histórico de génesis y transferencia de la refinada cultura de agua andalusí”. Asimismo, evidencia el valor etnográfico de las identidades del pueblo valenciano.

Posteriormente, el Comité Intergubernamental de la Unesco para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, en su cuarta reunión hecha en Abu Dabi el 30 de septiembre de 2009, declara a los tribunales de aguas del mediterráneo español patrimonio inmaterial de la humanidad, con cita expresa solo a los reconocidos en aquel momento, esto es, al Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y al Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia. Así, expresamente se afirma, entre otras cosas, que:

... los tribunales de regantes del Mediterráneo español son instituciones jurídicas consuetudinarias de gestión del agua cuyos orígenes se remontan a la época de Al Ándalus (siglos IX-XIII). Los dos más importantes, el *Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia* y el *Tribunal de las Aguas de la Huerta de Valencia*, están reconocidos por el ordenamiento jurídico español. Los

miembros de estos dos tribunales, que gozan de gran autoridad y respeto, son elegidos democráticamente y resuelven los litigios mediante un procedimiento oral caracterizado por su celeridad, transparencia e imparcialidad. (ficha de la Unesco)

Por su parte, el Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de la Huerta de Aldaya, también ha recibido su declaración como bien de relevancia local inmaterial mediante resolución de 15 de febrero de 2022, de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, En el anexo que se acompaña, entre muchas otras cosas, se refiere a que “tiene unos valores de un patrimonio cultural inmaterial singular ligado a otros elementos significativos del patrimonio local (de carácter territorial, hidráulico, etnológico) que están íntimamente asociados a este”.

Los indiscutibles valores culturales no empañan con todo los jurídicos que corresponden a estos singulares tribunales de justicia. Hasta el punto es así que, como vamos a desarrollar en el presente trabajo, entre otras cuestiones como la posibilidad y conveniencia de la justicia en primera instancia, permite reflexionar sobre aspectos conceptuales sobre la misma jurisdicción y sobre temas tan debatidos como las posibilidades de la iniciativa probatoria de oficio en aras de la máxima calidad resolutoria en cuanto a la fijación fáctica. Es más, las características del proceso que instrumentan tienen tantas virtudes en aspectos como la certeza, celeridad y economía que incluso podrían ser considerados como verdaderos modelos para cualquier reforma procesal.

2. Una jurisdicción en tránsito

El reconocimiento como tribunales consuetudinarios y tradicionales del Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y del Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia en el art. 19.5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes mencionado venía precedido por el que se produjo, poco más de veinte años antes, a favor del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia, mediante la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, y que se añaden al reconocimiento que se produjo inicialmente, casi quince años antes, a favor del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia en el punto 3 del mismo artículo 19 LOPJ en el momento que entró en vigor en 1985. De esa forma, logran su reconocimiento todos los órganos que cumplen los exigentes requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la acción de la justicia a través de tan singulares tribunales.

Este reconocimiento no limita su valor a lo meramente simbólico dado que produce importantes efectos jurídicos. Para comprenderlos, hemos de recordar previamente que,

según la legislación de aguas, todas las comunidades de regantes o usuarios han de contar con un sistema de resolución de conflictos en su ámbito, en el mismo:

... corresponde conocer las cuestiones de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad en el ámbito de las ordenanzas e imponer a los infractores las sanciones reglamentarias, así como fijar las indemnizaciones que puedan derivarse de la infracción. Los procedimientos serán públicos y verbales en la forma que determine la costumbre y el reglamento. Sus fallos serán ejecutivos. (artículo 84.1 y 6 del Real Decreto Ley 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas y 216.1 y artículo 223 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico)

Estos órganos exigidos legalmente en todas las comunidades de regantes son de naturaleza administrativa. De hecho, con un exhaustivo repaso de la legislación aplicable, se concluye que “la tesis que predica la naturaleza simplemente administrativa de los Jurados de Riego es inobjetable” (STC 113/2004). Esto supone que producen efectos jurídicos en coherencia con la misma: básicamente dictarán actos administrativos directamente ejecutivos, si bien impugnables ante la jurisdicción. De ese modo, cualquier jurado o tribunal de aguas, creado con posterioridad a la primera Ley de Aguas de 1866 (Pérez, 1992, pp. 188-189), será órgano de la administración pública a todos los efectos. No obstante, la misma legislación reconoce la pervivencia de lo que denomina “organizaciones tradicionales” cuando dispone que “allí donde existan jurados o tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional” (así lo disponen los artículos 85.II del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 215.1.II del Reglamento de Dominio Público Hidráulico).

Los órganos consuetudinarios y tradicionales, que han de ser necesariamente anteriores al año 1866, no tendrán definida por este solo reconocimiento su naturaleza jurídica, si bien la STC 113/2004, de 12 de julio, parece considerar que los tribunales de aguas anteriores a la Ley de Aguas de 1866 serían jurisdiccionales. En cualquier caso, al menos estos órganos no están determinados a ser órganos administrativos, de modo que, como no son posteriores a dicha fecha, son potencialmente órganos jurisdiccionales pues carecen de la imposibilidad para llegar a serlo. En cualquier caso, la cuestión queda resuelta por el art. 125 CE en relación con el art. 19 de la LOPJ, como se ha indicado, cuando prevé genéricamente que los ciudadanos puedan participar en la acción de la justicia a través de los tribunales consuetudinarios y tradicionales (siempre anteriores a 1866 y que hayan sido expresamente reconocidos por el citado art. 19 LOPJ). Así

es como el Tribunal de les Aigües de València, el Consejo de Hombres buenos de la Huerta de Murcia, el Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y el Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l’Horta d’Aldaia, no son meros órganos administrativos sino verdaderos tribunales para la administración de justicia. Y aunque el repetido art. 19 LOPJ no tienen efectos constitutivos, pues no crea su naturaleza jurídica sino que meramente reconoce o declara un carácter consuetudinario y tradicional preexistente, a partir del su reconocimiento, estos órganos dejan de emitir meros actos administrativos, directamente ejecutivos pero impugnables ante la jurisdicción, y empiezan a dictar con *alienità*, “ajenidad” o “heterotutela” verdaderas sentencias, de condena o absolución, con efecto de cosa juzgada y ejecutivas definitivamente al no ser impugnables (al carecer de órgano superior), más allá de la posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por eventual infracción de derechos fundamentales. Y como ejercen jurisdicción, de esa condición derivan importantes consecuencias prácticas, entre las que merece destacar que sus resoluciones no serán objeto de impugnación ante la jurisdicción, por tanto, el correspondiente tribunal o la Comunidad o Comunidades de Regantes en que se integra no serán partes demandadas ni, por tal motivo, tampoco condenadas en costas.

Desde la entrada en vigor de la reforma del repetido art. 19 LOPJ,

... los actos ... dictados en ejercicio de las competencias que le atribuyen las Ordenanzas y Costumbres de la Huerta ..., no pueden ser revisados en vía jurisdiccional; el acto que se impugnó encaja plenamente en ese tipo de actos, por lo que no nos encontramos ante un acto administrativo dictado por un órgano administrativo; se trata, como pone de manifiesto la sentencia apelada, de auténticos fallos dictados por un Tribunal que tiene jurisdicción propia, que ha sido reconocido por una Ley Orgánica. (STSJ de Murcia, 177/2003, de 30 de mayo)

Este tránsito entre administración y jurisdicción en los términos vistos invita a la reflexión sobre uno de los temas clásicos del Derecho Procesal: el mismo concepto de jurisdicción y sus típicos elementos identificadores (Bonet Navarro, 2016, pp. 427-445). En síntesis, porque la *alienità* (“desinterés objetivo” o “heterotutela”) propia de la jurisdicción Chiovenda, 1922, pp. 344, 347 y 349; Calamandrei, 1973, p. 189; Ortells Ramos, 1984-5, p. 417; De la Oliva Santos, 1999, pp. 21-22) merma su capacidad identificadora consecuencia de la tendencia expansiva de los intereses generales que cada vez más vienen concurriendo, superponiéndose o solapándose a los estrictamente privados, frente a la actividad con “interés objetivo” o “autotutela” con el que actúa la administración. Como es sabido, el órgano administrativo sirve “con objetividad los

intereses generales y actúa..., con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (art. 103.1 CE) por lo que la potestad administrativa se ejercita con interés objetivo al gestionar los intereses generales como propio, y para ello tiene poder para imponer imperativa y ejecutivamente las consecuencias previstas por la norma que protege dichos intereses (García de Enterría, 1997, pp. 499 y 512).

Si nos fijamos, en los conflictos de riego concurren los derechos privados y públicos al mismo tiempo, de modo que, según se mire, puede considerarse que concurre *alienità* o autotutela. El interés estrictamente privado del usuario, el algo más general de la comunidad, y el interés público quedan entremezclados y sitúan a estos órganos en zona de frontera. Aquí todo es relativo, para el usuario individual, los jueces de aguas actúan con *alienità* sobre intereses ajenos. Sin embargo, para un tercero ajeno a la comunidad o desde la distancia, podría verse como fenómeno de autotutela. Pero este efecto óptico no le merma aptitud, pues lo mismo podría decirse de todo juez de la jurisdicción ordinaria que igualmente integra la sociedad en la que ejerce jurisdicción, como cualquier juez de aguas integra el microcosmos de la correspondiente comunidad de regantes. Así y todo, en los distintos tribunales se establecen garantías adicionales de imparcialidad, como la exclusión en el tribunal del síndico de la acequia donde se plantea el conflicto en el Tribunal de las Aguas de Valencia o con la incompatibilidad de los miembros del Tribunal del Comuner (con la única excepción de su presidente) de integrar la Junta de Gobierno del Rollet de Gràcia, que es su comunidad.

Por otra parte, en lo referente a la irrevocabilidad, junto a que hay órganos jurisdiccionales que dictan algunas sentencias no irrevocables en los procesos sumarios. En ese sentido dispone el art. 447.2 a 4 LEC que:

... no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias. 3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito. 4. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos.

Además, dado que el mero criterio de la irrevocabilidad podría conducir a admitir la arbitrariedad de negar al legislador cualquier condicionamiento constitucional para establecer los casos en que la jurisdicción ha de conocer *ab initio* (Ortells Ramos, 2020, p. 131), no resulta ser un criterio seguro en cuanto que la misma dependerá del mero hecho de que el legislador, partiendo de concurrir previamente su condición pero discrecionalmente, haya reconocido a estos órganos, conforme a los repetidos arts. 125 CE y 19 LOPJ, como órganos para la administración de justicia. De hecho, no está claro si la irrevocabilidad deriva del carácter jurisdiccional o, a la inversa, si este carácter es consecuencia de aquella. En cualquier caso, la misma irrevocabilidad concurrente sin duda en los tribunales consuetudinarios y tradicionales por sí misma no alcanza a explicar por qué se adquiere tal carácter irrevocable. En fin, aunque con la repetida irrevocabilidad pueda afirmarse que estos órganos son jurisdiccionales, resulta inútil para valorar críticamente si los mismos merecerían tal reconocimiento o si determinados órganos administrativos quizá debieran transitar a lo jurisdiccional. Todo esto nos sitúa en la frontera que deslinda jurisdicción y administración. En ese sentido, fueron elocuentes las palabras de la STS de 13 de mayo de 1879, cuando afirmó que “los jurados y tribunales de agua ... ejercen funciones públicas, en parte administrativas y en parte judiciales ... juzgando las cuestiones de hecho entre los regantes e imponiendo ciertas penas con verdadera forma de juicio”, lo que reitera STS, Sala 3.ª, 20 de febrero de 1997 (ponente Fernando Cid Fontán). Y también en la frontera que deslinda entre órganos administrativos y jurisdiccionales realizando la misma actividad pero con regímenes distintos: la mayoría en coherencia con su naturaleza administrativa, y los cuatro consuetudinarios y tradicionales como órganos especiales en el ámbito de la jurisdicción. Así, además de las ya citadas de no impugnabilidad, tendrá otras consecuencias como la aplicación del estatuto de los jueces y magistrados: garantías de independencia e imparcialidad, tratamiento y precedencia, consideración de autoridad a efectos penales (entre otros, en la procedencia del delito de atentado, prevaricación o realización arbitraria del propio derecho a que se refieren los arts. 550, 446 a 449 del Código Penal).

Nos encontramos así que, al menos en este ámbito, la frontera entre administración y jurisdicción es transitable, y, de hecho, ha sido transitada con seguridad en dos ocasiones. Y en esa frontera, sus contornos o límites no se encuentran perfectamente definidos, hasta el punto que sus principales caracteres pretendidamente identificadores no resultan plenamente operativos, la *alienità* por cuanto paulatinamente los intereses privados van quedando superpuestos por los cada vez más extensos intereses generales y la autotutela de la administración, y la irrevocabilidad, además de sus excepciones, porque no es posible llegar a saber si son causa o consecuencia de la jurisdicción en este ámbito.

3. Prueba de oficio sin objeciones

El ya largo debate sobre el grado de iniciativa probatoria de oficio que corresponde al juez es de base más política que jurídica por cuanto se trata en el fondo del papel que corresponde al Estado. No obstante, los procesos que se instrumentan ante los tribunales consuetudinarios y tradicionales del mediterráneo español son un magnífico ejemplo, despegado de cualquier vinculación política, de cómo puede aumentar la calidad resolutoria en cuanto a la fijación fáctica en justo balance con las garantías. Curiosamente, no es habitual encontrar una referencia a estos tribunales quizá por desconocimiento, por desdeñados o por ambas cosas al tiempo. Así y todo, en las dos fases del proceso declarativo característico en estos tribunales, la instructora o de preparación y la de juicio oral, se aprecia una marcada tendencia a obtener de oficio el material probatorio sobre los datos relevantes. El ejemplo del proceso ante el Tribunal de les Aigües de València, en lo esencial equivalente al de los otros tribunales, es paradigmático en ese sentido.

El inicio de la fase instructora o preparatoria se producirá cuando cualquier persona que tenga conocimiento de una infracción a las ordenanzas, por ser vulneradora del reparto equitativo o sea dañina para los cultivos o para el sistema hidráulico, lo ponga en conocimiento del síndico de la comunidad de regantes o de alguno de los integrantes de la Comunidad. En el caso del Tribunal de las Aguas, generalmente será a través del *guarda* o también del *atandador* o del *veedor*. El primero realiza funciones de alguacil; el segundo vigila y concede la orden de riego; y el último sería el equivalente al perito o experto en la materia. Dado que la actividad del *guarda* se desarrolla físicamente en el mismo sistema hidráulico, lo habitual es que sea quien adquiera el primer conocimiento de los hechos y los ponga en conocimiento del *síndic* o magistrado de aguas correspondiente a una acequia. Es más, este *guarda*, sobre todo cuando la infracción afecta a la comunidad, intervendrá desde el principio asumiendo un papel similar al del Ministerio Público (Fairén Guillén, 1988, p. 345). Asimismo, cuando el conflicto se dé exclusivamente entre usuarios, sin que se considere afectada al menos directamente la comunidad de regantes, el *síndic* intentará una conciliación entre las partes. Si se logra el acuerdo, finaliza el proceso; en caso contrario, seguirán las diligencias. Pero si la infracción cometida afecta única o conjuntamente a intereses de la comunidad, se practicarán directamente las diligencias para que, cuantificados los importes a abonar, se conmine al denunciado a su pago.

Por las características de los hechos, las infracciones no suelen dejar vestigios perdurables mucho tiempo, por lo que este *síndic* procederá a realizar la *visura* de forma inmediata, esto es, un reconocimiento o inspección ocular del lugar de los hechos e incluso solicitará el interrogatorio de los testigos cuando procediera, a los efectos de comprobar *in situ* la veracidad de los hechos. Asimismo, el mismo *síndic* podrá hacerse acompañar

por los denominados *veedors* que actuarán como peritos, principalmente importantes para el cálculo sobre el logro de los daños —y en ocasiones también llamará a los nombrados *electes*, que actuarán como testigos (Fairén Guillén, 1988, pp. 338 y ss.)—. Por su parte, el propio denunciante, sea una persona particular o el *guarda* de la correspondiente acequia, podrá instar diligencias de reconocimiento pericial. Aunque sea previa contradicción cuando hayan sido solicitadas unilateralmente por el denunciante, podrán ser valoradas en el juicio oral y por tanto permitir la eventual condena del denunciado.

Así, esta actividad preparatoria o instructora se adapta perfectamente a las especiales características de los temas de riego sobre tierras de cultivo, informado por la urgencia puesto que los posibles efectos muchas veces dejan de ser patentes en un breve período de tiempo. Una vez finalizadas las diligencias, tanto si el conflicto se ha limitado a usuarios entre los que no se ha conseguido avenencia, como si afecta a la comunidad y no se ha procedido al pago de las cantidades debidas (sanciones, indemnizaciones y costas), el *síndic* ordenará al *guarda* que cite verbalmente al denunciante y al denunciado para la próxima sesión del tribunal. Si no compareciera el demandante se le tendría como renunciado a su derecho y no simplemente como desistido o —en su posible analogía en el proceso penal— como no formulada acusación. Por tanto, la inasistencia del demandante, también llamado *denunciant*, supondrá que se dicte sentencia absolutoria sobre el fondo del asunto, con efecto de cosa juzgada (Fairén Guillén, 1988, p. 348).

Toda esta actividad se desarrolla principalmente de oficio, en función más que cautelar en su sentido estricto, como aseguramiento o, en su caso, anticipación de la prueba. Las actividades realizadas pueden servir para evitar que se mantengan o aumenten los hechos dañinos y sus consecuencias, pero no creo que tenga relación directa en el *periculum in mora* presupuesto de las medidas cautelares; ni las medidas adoptadas tienden a evitar directamente la ineffectividad de la sentencia que en su momento pueda dictarse. Por el contrario, se dirige a la fijación fáctica con la máxima correspondencia a la realidad y, de esa manera, que se dicte una sentencia de mayor calidad. En definitiva, se trata de obtener con la mayor veracidad posible los hechos objeto del proceso (por eso, según los distintos tribunales, el *síndic*, que también es juez, del canal de riego correspondiente no integra el tribunal, o, en todo caso, quien juzga no interviene directamente en esta fase), incluido el alcance exacto de los daños a los efectos de su valoración en el juicio oral y la eventual liquidación posterior de la sentencia.

Y en el juicio oral se mantienen y hasta aumentan estos poderes de oficio. Se dará la palabra al *denunciant*, esto es, cuando proceda, al *guarda* si la infracción perjudica a los intereses de la comunidad y al usuario que haya sufrido daños. En este último caso, el tribunal podrá de oficio interrogarle de oficio para valorar la veracidad de los hechos

denunciados y también requerirle para que aporte los materiales probatorios necesarios. Si el denunciante es el *guarda*, no será necesario tal actividad probatoria puesto que sus afirmaciones, llevando al juicio los hechos, señas y materiales obtenidos en la fase instructora o preparatoria en los términos vistos en el punto anterior, hacen prueba pues “basta la palabra del guarda que hace fe en juicio” (Guillén Rodríguez de Cepeda, 1920, p. 68). No obstante, es en los supuestos de rebeldía cuando la prueba de oficio adquiere especial protagonismo puesto que el tribunal no condena sistemáticamente al denunciado, sino que “busca la verdad de los hechos” (Fairén Guillén, 1988, p. 351). Y “el presidente y los demás miembros del tribunal pueden hacer las preguntas necesarias para la mejor información del caso” (Giner Boira, 1988, p. 48). Igualmente, en cualquier momento el tribunal podrá ordenar que se practique la prueba de reconocimiento judicial o *visura*. Destacándose estos poderes en la misma como también en la declaración de las partes, en la prueba testifical y en la pericial.

En la declaración de las partes, el presidente del tribunal podrá solicitar los careos, aclaraciones y preguntas que considere adecuado, particularmente relevante cuando el *guarda* actúe como *denunciant* o como testigo por la presunción de veracidad que le corresponde. Siendo nota común que el tribunal pida de oficio las aclaraciones que estime oportunas tanto al *guarda* como al *síndic* de la acequia afectada (Mascarell Navarro, 2010, p. 35), quien, en el caso del Tribunal de les Aigües de València, no actuará en la fase oral.

Y lo mismo ocurrirá con la testifical en la que incluso podrá ordenar los careos que se consideren necesario, con la prueba de perito, a quien el tribunal podrá interrogar lo que estime oportuno para ilustrarse, y con la *visura* o reconocimiento judicial, que puede ser ordenada cuando se estime necesario, en su caso, con suspensión de la vista o una vez finalizado el juicio como diligencia final. Es más, entre estas diligencias el tribunal podrá solicitar de oficio una ampliación de las actuaciones, por ejemplo, la repetición de las declaraciones de las partes, testigos o peritos, o una nueva *visura*. En definitiva, el Tribunal podrá comprobar por sí los hechos “hasta haber adquirido convicción de la verdad” (Fairén Guillén, 1988, pp. 361-362).

Esta configuración es fruto de causas diversas, históricas y sociológicas, pero lo bien cierto es que los *síndicos*, agricultores sin necesaria formación jurídica formal pero con gran prestigio social, han configurado un proceso, con la fuerza de la *auctoritas*, desprendido de prejuicios y dudas respecto de la activa actuación judicial, con sentido práctico y adecuado a las especiales condiciones y características los conflictos requeridos de un tratamiento urgente cuando no inmediato, a base de experiencia, sentido común y practicidad, con rectitud en la actuación y ganándose el respeto día a día. Han construido así un proceso que, entre otras virtudes que luego se mencionarán, destaca poderosamente

la aspiración a una decisión de calidad por buscar la máxima certeza. Por lo demás, es de destacar que, a pesar de toda su iniciativa de oficio, hasta la fecha no consta denuncia, objeción o queja alguna sobre la merma de garantías, circunstancia que no debería desdeñarse cuando se trata este tipo de debates.

4. Instancia única

Uno de los efectos más inmediatos de que los tribunales consuetudinarios que nos ocupan sean administración de justicia y, por tanto, ejerzan potestad jurisdiccional es que sus resoluciones serán irrevocables y tendrán efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo que ocurre con las decisiones administrativas que son provisionales o interinas. Como se ha indicado (Gimeno Sendra 1978, p. 321), mientras la decisión de la autoridad administrativa “es provisional o interina, las decisiones de la Jurisdicción son definitivas y obligatorias”. Esta circunstancia tiene una consecuencia práctica relevante desde el punto de vista económico puesto que, al no ser impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa tampoco podrán en ningún caso ser condenadas en costas. Según el art. 139 LRJCA:

1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.
2. En los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.
3. En el recurso de casación se impondrán las costas de conformidad con lo previsto en el artículo 93.4.
4. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima...

A esta irrevocabilidad se une la imposibilidad de revisión ulterior por el simple hecho de carecer en el organigrama de los tribunales tradicionales y consuetudinarios españoles de órgano superior para conocer de tales impugnaciones —a lo sumo se podría

solicitar una *visura* en la fase de liquidación de la sentencia, como señala Favretto (2004, p. 204)—, junto con otras razones que también la explicarían como la costumbre, la *auctoritas* del tribunal, la particular tipología y características de los conflictos en materia de riego y la inconveniencia práctica que supondría la impugnación. Todo esto, con intensidad variable, ha conducido a la no impugnabilidad y que, una vez reconocidos como verdaderos órganos jurisdiccionales, los conflictos se resuelvan en instancia única. En relación con el Tribunal de les Aigües de València, ver principalmente Bellido Penadés (2014, pp. 379-92) y Bonet Navarro (2016, pp. 49-58).

Esta justicia en primer grado solamente es posible porque, aunque se hable impropriadamente de denuncia, *denunciant* o de sanción, no se trata de un proceso penal, no se ve beneficiado así por el tenor del art. 14.5 PIDCP ni por el art. 2.1 protocolo núm. 7 del *convenio europeo para la Salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, de 22 de noviembre de 1984. Según el art. 14.5 PIDCP, “... toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Y, en el mismo sentido, solo con algunos términos parcialmente distintos, el art. 2.1 protocolo núm. 7 del *convenio europeo para la Salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, de 22 de noviembre de 1984, dispone que

toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

Los preceptos anteriores, de ámbito supranacional, integran el ordenamiento jurídico español y permiten afirmar que el derecho al recurso forma parte de la tutela judicial efectiva, en determinadas condiciones y solo en el ámbito del proceso penal como una de las garantías a que genéricamente se refiere el art. 24.2 CE (STC 120/2009, 18 de mayo). *Sensu contrario*, no corresponde al proceso civil, por lo que no son recurribles las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros (art. 455.1 LEC).

En cualquier caso, la importante STC 113/2004, pronunciándose sobre la imposibilidad de impugnar la resolución de uno de los tribunales que ahora nos ocupan (el *Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia*), dejó sentado que “el sistema de recursos no tiene, salvo en el orden penal, vinculación constitucional ... la existencia

de recurso frente a las decisiones del *Consejo* es cuestión que naturalmente atañe en exclusiva a la libertad de configuración que corresponde al legislador”.

Dado que el fundamento del sistema de impugnación en el proceso civil se basa meramente en la conveniencia de subsanar resoluciones defectuosas que tengan una cierta entidad que la hagan merecedora, puede afirmarse que la conveniencia para establecer medios de impugnación en este proceso, además de lo que influya la importancia de la pretensión, se reduce en idéntica medida al aumento de la calidad de la resolución en cuanto a la certeza. Con la experiencia que nos ofrecen los tribunales que nos ocupan, podemos constatar una tendencia a la confianza y generalización de la justicia de primera instancia cuanto mayor sea la iniciativa probatoria de oficio que ofrezca una mayor garantía de la justicia el menos en cuanto a la certeza. Sin embargo, la instancia única en los tribunales consuetudinarios se explica también por otras razones, como son la economía procesal y la utilidad derivada de la su adecuación y practicabilidad (Fairén Guillén, 1988, pp. 551 y ss.), lo que compensaría el riesgo de que eventualmente pudiera dictarse alguna sentencia injusta, incorrecta o errónea sin posibilidad de impugnación. Al margen de estas circunstancias específicas, conviene evaluar en cualquier caso como opera aquí la “acción de la justicia” y el balance entre calidad resolutoria derivada de la iniciativa probatoria de oficio. Quizá este tipo de reflexiones ofrecerían ideas interesantes a la hora de implementar reformas procesales sobre aspectos quizá demasiado polémicos.

5. Los tribunales consuetudinarios y tradicionales como modelos para la reforma procesal.

Si alguna característica sobresale a primera vista en el proceso que instrumentan los tribunales consuetudinarios y tradicionales del mediterráneo español es la de su notable antigüedad en comparación con los procesos en la jurisdicción ordinaria, no precisamente jóvenes. Por su carácter consuetudinario y oral, junto a una probable larga gestación que lo fue conformando paulatinamente hasta la configuración actual, aunque su nacimiento exacto no ha sido posible ser datado con exactitud (Jaubert de Passá, 1844, pp. 482 y ss.; Glick, 1970; Martín Retortillo, 1960, p. 49; Valiño Arcos, 2014, pp. 25 y ss.), no ofrece discusión el que sea notablemente antiguo. Esta longevidad, unida a su formación a base de repetición de actos que crean derecho, ha conformado un procedimiento que resulta altamente eficaz porque, anclado en el buen hacer así como en el respeto y autoridad de los síndics y su constante búsqueda de calidad al fijar hechos, unida a la relativa simplicidad y concreción de los temas, se orienta claramente a obtener un alto grado de certeza en las resoluciones. Sin duda se consigue así un proceso altamente eficiente, que destaca por su rapidez y economía, características tan aspiradas como poco conseguidas en los órganos

de la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que, desde un análisis riguroso, todavía cabría alguna mejora técnica a partir de algunas dudas que se le han planteado. Esto sería así al menos en tres aspectos. El primero, justamente se refiere a la notable iniciativa de oficio que, a pesar de las ventajas señaladas, no deja de generar algunas dudas en cuanto a las garantías, sobre todo a las posibles mermas de imparcialidad. Convendría que se pudieran delimitar de algún modo estas amplísimas prerrogativas para despejar cualquier duda sobre la apariencia de imparcialidad. El segundo, convendría reforzar el aspecto de la motivación de sus sentencias. Ciertamente es que la deliberación es oral y pública y que no cabe impugnación salvo el recurso de amparo como se ha visto, pero también convendría reforzar este aspecto. Recordemos la antes citada STC 113/2004, de 12 de julio, en consonancia con el voto particular de R. García-Calvo Montiel, dijo que el recurso de amparo “debió ser estimado por falta de motivación porque la sentencia estima la demanda pero no justifica las razones de su decisión” (Mascarell Navarro, 2014, pp. 329-378). El tercero, cabría incidir en mejorar lo referente a la ejecución, que, por más que funcione correctamente, prácticamente se basa en su autoridad, conocimiento, honradez y respeto de los jueces síndicos, incluso aunque en algunos casos se garantiza normativamente el carácter ejecutivo de sus resoluciones (art. 13 Reglamento del *Consejo de Hombres Buenos*) y el art. 117.3 CE, no exige la participación directa del órgano jurisdiccional en la ejecución, debería garantizarse la potestad de ordenar la ejecución de los actos cuando se precise (Martín Pastor, 2014, pp. 393 y ss., especialmente pp. 396 y 401).

No obstante los anteriores detalles, lo cierto es que el respeto y hasta la veneración que se les profesa no es precisamente casual. En mi opinión, junto a lo ya adelantado, este fenómeno se debe a que son difícilmente superables en legitimidad democrática, así como en la oralidad, economía y rapidez que los caracterizan, aspectos todos ellos que representan la aspiración para cualquier reforma procesal que se precie.

Además de la legitimidad derivada de la propia CE que los reconoce, desde tiempo inmemorial y al margen de los numerosos regímenes políticos no precisamente propensos a la democracia a los que han sobrevivido, siempre han funcionado de forma democrática, pues el acceso al cargo del *síndic*, juez, jurado o cualquiera sea su denominación se ha constituido siempre por los propios regantes, elegidos entre ellos con el único requisito que ser comunero. Aunque en el caso del *Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia* se constituyen por sorteo según los artículos 5 y 6 de su Reglamento, en algunos casos a lo sumo se exige ser cultivador directo de las tierras con el fin de dificultar el acceso a meros arrendadores no agricultores, y, sobre todo, requiere contar con unas cualidades personales favorables que se hayan manifestado en una cierta trayectoria de rectitud que desprenda respeto y *auctoritas*.

Por su parte, la costumbre ha creado un proceso perfectamente adaptado a los retos que van planteándose en el contexto de un concreto sistema hidráulico (Cámara Ruiz, 2014, pp. 253-270). Y así es como se ha configurado un procedimiento de estructura similar al proceso penal en algunos aspectos como la fase instructoria previa, con clara tendencia a lograr soluciones autocompositivas, que provoca una gran prevención de conflictos y, por tanto, una relativamente escasa actividad resolutoria manifestación palpable de su propio éxito.

Y precisamente la aspiración constante del legislador actual en lo referente a la oralidad, economía y rapidez son cualidades que caracterizan el procedimiento de estos tribunales de aguas desde hace siglos (Fairén Guillén, 1978, p. 11; Cucarella Galiana, 2014, pp. 287 y ss., así como 2019, pp. 211 y ss.), mediante una acusada hasta el extremo concentración, inmediación y una publicidad tal que, en muchas ocasiones los juicios se sustancian completamente en la misma vía pública y en cualquier caso a puerta abierta¹. En suma, como la oralidad, a través de la inmediación, potencia la calidad resolutoria, la concentración, unida al carácter lego que informa todo el procedimiento y el habitualmente eficaz trabajo en la instrucción que deriva en la obtención de elementos de convicción generalmente a bajo coste, y además se produce en asuntos que suelen ser muy especializados pero reiterativos y relativamente sencillos, el resultado es la extremada rapidez y economía, con procesos que duran entre una y dos semanas a un coste prácticamente inexistente si no intervienen profesionales.

Nos encontramos así ante un proceso antiquísimo pero extremadamente moderno, eficiente hasta el extremo especialmente en lo referente a una constante aspiración de eficiencia y celeridad siempre en correcta tensión con las garantías. Un proceso que consigue aunar certeza, escasa necesidad de impugnación, con costumbre respetuosa de los principios constitucionales, austero como somos los agricultores y, por tanto, extremadamente económico. En suma, instrumentan un proceso que merece recordarse, no olvidarse ni desdeñarse al tratar algunos puntos quizás demasiado polémicos en nuestra disciplina y para afrontar cualquier reforma procesal que se pretenda ser eficiente.

Referencias

- Bellido Penadés, R. (2014). Los medios de impugnación de las sentencias del Tribunal de las Aguas de Valencia. En Bonet, J. y Mascarell, M. J. (Ed.), *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas* (pp. 379-392). Alfons el Magnànim.
- Bonet Navarro, Jaime. (2014). El Tribunal de las Aguas y el patrimonio cultural. En Bonet, J. y Mascarell, M. J. (Ed.), *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas* (pp. 157-160). Alfons el Magnànim.
- Bonet Navarro, J. (2016). Los elementos identificadores de la función jurisdiccional desde la justicia de aguas. En Díez Picazo, I. y Vegas, J. (Ed.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (pp. 427-445).
- Bonet Navarro, J. (2016). *Consideraciones sobre la instancia única en los tribunales consuetudinarios y tradicionales*. En Jimeno, M. y Pérez, J. Nuevos horizontes del derecho procesal, libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva (pp. 49-58). Bosch Editor.
- Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de Derecho Procesal Civil I* (Trad. S. Sentís). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cámara Ruiz, J. (2014). La costumbre como fuente del Derecho Procesal y el Tribunal de las Aguas. En Bonet, J. y Mascarell, M. J. (Ed.), *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas* (pp. 253-270). Alfons el Magnànim.
- Ch. Favretto, Ch. (2004). El Tribunal de las Aguas: Mito y evolución reciente. *Braçal*, (28-29), 195-214.
- Chiovenda, G. (1922). *Principios de Derecho Procesal I* (Trad. J. Casáis). Editorial Reus.
- Cucarella Galiana, L. A. (2014). El principio de contradicción y su proyección en el proceso seguido ante el Tribunal de las Aguas de Valencia. En Bonet, J. y Mascarell, M. J. (Ed.), *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas* (pp. 287-305). Alfons el Magnànim.
- Cucarella Galiana, L. A. (2019). El procedimiento seguido ante el Tribunal del Comuner, manifestaciones de los principios de audiencia y contradicción. En Bonet, J. (Ed.), *Rollet de Gràcia de la huerta de Aldaia. Tradición y costumbre en la resolución de conflictos* (pp. 211-240). Tirant lo Blanch.
- De la Oliva Santos, A. (1999). La Jurisdicción, el Derecho Procesal y los órganos jurisdiccionales. *Derecho Procesal. Introducción* (pp. 21-22). Edersa.
- Fairén Guillén, V. (1978). El principio de la unidad jurisdiccional y el Tribunal de las Aguas de Valencia. *Revista de Administración Pública*, (85), 9-28.

- Fairén Guillén, V. (1988). *El Tribunal de las Aguas y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*. Caja de Ahorros de Valencia.
- García de Enterría, E. (1997). *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas.
- Gimeno Sendra, V. (1978). Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, (2-3), 322-323.
- Giner Boira, V. (1988). *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Vobiscum.
- Glick, T. F. (1960). *Irrigation and Society in medieval Valencia*, Harvard University Press.
- Guillén Rodríguez de Cepeda, A. (1920). *El Tribunal de las Aguas de Valencia y los modernos jurados de riego*. Domenech.
- Jaubert de Passá, F. J. (1844). *Canales de riego de Cataluña y Reino de Valencia* (Trad. J. Fiol). Benito Monfort.
- Martín Pastor, J. (2014). La ejecución de las resoluciones del Tribunal de las Aguas. En Bonet, J. y Mascarell, M. J. (Ed.), *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas*. Alfons el Magnànim.
- Martín Retortillo, S. (1960). La elaboración de la Ley de Aguas de 1866, *Revista de Administración Pública*, (32), 11-54.
- Mascarell Navarro, M. J. (2010). El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico. En *El Tribunal de las Aguas de Valencia* (pp. 3-47).
- Mascarell Navarro, M. J. (2014). Las sentencias del Tribunal de las Aguas. En Bonet, J. y Mascarell, M. J. (Ed.), *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas* (pp. 329-378). Alfons el Magnànim.
- Ortells Ramos, M. (1984-5). Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* (415-458). Universidad de Extremadura.
- Ortells Ramos, M. (2020). La potestad jurisdiccional. En *Introducción al Derecho Procesal* (pp. 123-151). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Pérez Pérez, V. E. (1992). Disposiciones decimonónicas sobre aguas. Ley de 1879. En Gil y Morales (Ed.), *Hitos históricos de los regadíos españoles* (pp. 183-202). Ministerio de Agricultura.
- Sala Giner, D. (2013). El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad. *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, (58), pp. 228-247.
- Valiño Arcos, A. (2014). Aguas y conflictividad en el mundo antiguo: a propósito de la génesis del Tribunal de las Aguas. En Bonet, J. y Mascarell, M. J. (Ed.), *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas* (pp. 25-69). Alfons el Magnànim.



LA REFORMA DEL CANON 588 DEL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS RELIGIOSOS LAICOS EN EL GOBIERNO DE LOS INSTITUTOS CLERICALES*

*Giampiero Gambaro, OFM Cap***

Istituto Storico dei Cappuccini

GRA km 65,050 – Roma, Italia

gpgambaro@ofmcap.org

RESUMEN: El decreto conciliar *Perfectae caritatis* (en adelante, también *PC*), el motu proprio *Ecclesiae sanctae* y la Novena Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos sobre la Vida Consagrada indicaron la necesidad de implicar y permitir a los religiosos laicos el acceso a los cargos de gobierno en todos los niveles de la estructura orgánica de los institutos mixtos, *salvis iis quae ex ordine sacro proveniunt* (*PC* 15). Hasta el 18 de mayo de 2022, hubo una importante frustración post-sinodal debido a la falta de cambios legislativos. Se reconoce ahora la necesidad de superar la rígida y exclusiva dicotomía entre institutos clericales e institutos laicales (canon 588) y la existencia de institutos mixtos de vida consagrada, aquellos en los que la co-presencia de religiosos sacerdotes y laicos es intrínseca a la esencia carismática y al patrimonio espiritual del instituto, y de aquellos que no son meramente laicos, es decir, compuestos de facto e indistintamente por religiosos sacerdotes y religiosos laicos. Sin embargo, la comprensión actual de la potestad de régimen, tal como se aplica a los institutos religiosos, y las dificultades actuales relativas a la distinción tradicional entre *potestas ordinis* y *potestas iurisdictionis*, no permiten considerar a un religioso laico como cualificado para el cargo de superior mayor en un instituto formado por religiosos sacerdotes y laicos. *Vita*

* El artículo es parte de la tesis de doctorado en derecho canónico del autor, *La voce attiva e passiva dei frati laici nei capitoli dell'Ordine dei Frati Minori Cappuccini*. Studio storico-canonico di una consuetudine praeter legem. Tuvo como director a Ricardo Daniel Medina, OAR. Fue presentada y defendida el 4 de agosto de 2020 en la Facultad de Derecho Canónico “Santo Toribio de Mogrovejo” de la Pontificia Universidad Católica Argentina, y ahora adecuadamente modificada. Véase también por la parte histórica el artículo “Il diritto comune tridentino e la voce attiva e passiva dei frati laici nell'ordine dei cappuccini tra il 1566 e il 1909”, en *Collectanea Franciscana* (en adelante citado como CF 91 (2021) 51-118).

** Es sacerdote franciscano capuchino. Tiene el grado de doctor en derecho canónico por la Universidad Católica de Argentina y de magíster en derecho canónico por la Università Gregoriana (Roma) y es también magíster en economía y administración por la Università Luigi Bocconi (Milán). Actualmente se desempeña como vicerrector administrativo de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

consecrata aborda este tema, pero utilizando una terminología diferente a la de *PC 15* y ha dirigido el debate hacia lo que parece ser un punto de no retorno. Tanto la autoridad en los institutos religiosos como el ministerio sacerdotal comparten su naturaleza pública y eclesial, por lo que los superiores necesitan de la potestad de régimen necesaria para poder actuar adecuadamente, especialmente en aquellos institutos que cuentan con religiosos sacerdotes y laicos. Debido a la contradicción entre las costumbres carismáticas franciscanas y capuchinas y el derecho canónico común, el Dicasterio ha tenido que utilizar el instituto canónico de la dispensa en dos casos recientes. La Regla franciscana, las constituciones de la observancia cisterciense y capuchina, los decretalistas, la doctrina canónica, la jurisprudencia post-tridentina y la Sede Apostólica entre los siglos XVI y XIX, así como el magisterio conciliar y sinodal indican en el derecho propio el contexto legislativo más adecuado para regular el caso de un superior que está “impedido”, por su condición de laico, de realizar actos que requieren las órdenes sagradas. El 18 de mayo de 2022, la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica*** publicó un *rescriptum ex audientia ss.mi* que deroga el canon 588 § 2, que para los institutos clericales solo permitía elegir o nombrar superiores a miembros clericales. La base canónica de estos cambios se encuentra en el principio general del canon 129 § 2, que permite la cooperación de los fieles laicos en la potestad de régimen no solo en la función judicial sino también en la función ejecutiva en la Iglesia. Las Constituciones Capuchinas deben ser revisadas para dar mayor coherencia entre los números 90.3 y 123.6.

PALABRAS CLAVE: Institutos mixtos de vida consagrada, potestad de gobierno, hermanos laicos.

THE REFORM OF CANON 588 OF THE CODE OF CANON LAW AND THE PARTICIPATION OF LAY RELIGIOUS IN THE GOVERNANCE OF CLERICAL INSTITUTES

ABSTRACT: The Council decree *Perfectae caritatis*, the motu proprio *Ecclesiae sanctae*, and the 9th Ordinary General Assembly of the Synod of Bishops on consecrated life have expressed the need to involve and allow lay religious leadership at all levels in mixed institutes, *salvis iis quae ex ordine sacro proveniunt* (*PC 15*). Until May 18, 2022 there was a substantial post-synodal frustration given the lack of any outcome. It is generally accepted to overcome the rigid and exclusive distinction between clerical and lay institutes (canon 588), and to acknowledge of the existence of mixed institutes of consecrated life, those in which the co-presence of priest and lay religious is intrinsic to the charismatic

*** A partir del 5 de junio 2022 con la vigencia de la Constitución apostólica *Praedicate Evangelium*, la Congregación se llama Dicasterio para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólicas.

essence and spiritual patrimony of the institute, and of those institute which are not merely lay or de facto and indistinctly constituted by priest and lay members. However, the present understanding of the ecclesial power of governance as applied to religious institutes, and the current difficulties concerning the traditional distinction between the *potestas ordinis* and the *potestas iurisdictionis*, do not allow a lay brother acting as major superior in an institute with both priest and lay religious. *Vita consecrata* dealt with this issue, but by using a somehow different language from PC 15 led the debate toward a tipping point. The authority in a religious institute and the priestly ministry share a common public and ecclesial nature, therefore superiors require the necessary power of governance to function properly, especially in those institute with lay and priest members. Given the contradiction between the Franciscan and Capuchin charismatic customs and the common canonical law, the Dicastery in two different recent cases had to apply the canonical institute of dispensation. The Franciscan bulled rule, the constitutions of the cismontane Observants and of the Capuchins, decretalists, canonical doctrine, the post-tridentine jurisprudence and the Apostolic See from the 16th until the 19th century, as well as the Council and the Synod of Bishops, pointed to the proper law of each institute as the most appropriate legal context to rule the case of a lay superior “impeded” to function with acts that require the sacred orders. However, on May 18, 2022 the Congregation for Institutes of Consecrated Life and Societies of Apostolic Life released a *rescriptum ex audientia Ss.mi* to derogate the provision of canon 588 § 2 which allowed only clerics to be elected or appointed as superiors in clerical institutes. The canonical ground to implement such a change should be found in the general principle given in canon 129 § 2, which allows for the cooperation of lay faithful in the ecclesial power of governance not only in the judiciary, but also in the munus executivum in the Church. Accordingly, the Capuchin constitutions should be revised to reach a more consistent language between numbers 90.3 and 123.6.

1. Introducción

Con el decreto *Perfectae caritatis*¹ el Concilio pidió a los institutos de vida consagrada una sana renovación de su forma de vida y una revisión de su derecho propio. Esta renovación debía realizarse a la luz del espíritu, las intenciones fundacionales y las sanas tradiciones². La carta apostólica de Pablo VI motu proprio *Ecclesiae sanctae*

¹ Concilium vaticanum II, *Perfectae caritatis*, en *Acta Apostolicae Sedis* (en adelante citado como *AAS*) 57 (1966) 702-712. En el número 3 establece: “Quapropter constitutiones, ‘directoria’, libri usuum, praecum et caerimoniarum aliique id genus codices, congruenter recognoscantur atque, iis praescriptis suppressis quae obsoleta sint, documentis huius Sacrae Synodi aptentur”.

² Véase PC 2, *Ibidem*, p. 703.

especificó las modalidades de este camino³. Esta invitación a la reforma y al retorno a las fuentes carismáticas para algunos institutos como los Capuchinos, frailes de la reforma, resonó como una confirmación de un camino secular de atención constante y de un lugar específico dentro de la vida religiosa y de la familia franciscana. En 1964, el capítulo general de los Capuchinos decidió iniciar el proceso de revisión de su derecho propio y, entre otras, surgió la cuestión de la igualdad, o más bien de la igualdad de oportunidades de todos los hermanos para elegir y ser elegidos en todos los cargos y oficios de la orden⁴. Las constituciones publicadas en 1982 en los números 84.5 y 115.5 afirman claramente el principio de igualdad de obligaciones y derechos como salvaguarda del carisma de la fraternidad. En estas décadas postconciliares, el discernimiento y la planificación formativa y pastoral se han polarizado en torno a las dimensiones de fraternidad, minoridad, pluriformidad, itinerancia, igualdad y austeridad⁵. En estas dimensiones se juega la fidelidad dinámica y creativa a la herencia espiritual y a las sanas tradiciones capuchinas⁶. En este contexto se encuentra el tema de la voz activa y pasiva de los hermanos laicos en las elecciones capitulares de la Orden de los Menores Capuchinos, y el ejercicio de la potestad de gobierno, o de la “ministerialidad”, de los ministros clérigos y laicos, custodios y guardianes en la orden. Sin embargo, el 18 de mayo de 2022 (memoria de San Félix de Cantalicio laico capuchino) con un *rescriptum ex audientia Ss.mi* la Sede Apostólica dio respuesta, reformando el canon 588 § 2, a una de las cuestiones que habían quedado abiertas tras la IX Sesión General Ordinaria del Sínodo de los Obispos *De vita consecrata deque eius munere in ecclesia et in mundo*⁷. La participación de los religiosos laicos en las estructuras de gobierno de los institutos de vida consagrada, especialmente de los institutos clericales, se encuentra en el cruce entre la exigencia de un retorno a las fuentes

³ Pablo VI (1966, pp. 775-782).

⁴ Para las intervenciones a favor de la igualdad de oportunidad entre hermanos laicos y clérigos, véase *Schema provisorium capp. VII-VIII constitutionum ofmcap*, Romae 1968, 64; *Acta capituli generalis specialis* (1968), vol. 2, Romae 1969, p. 443; I Consiglio plenario dell'ordine (Quito 1971), en *Analecta Ordinis Fratrum Minorum Capuccinorum* (en adelante citado como *Analecta OFMCap*) 87 (1971) 335; *Acta capituli generalis LXXIX* (1982), Romae 1983, p. 79.

⁵ Para un examen en detalles del proceso de revisión del derecho propio de la Orden de los Frailes Menores Capuchinos a la luz de las intenciones fundacionales y de las sanas tradiciones, véase Cyprian Rosen, *Fostering the Patrimony of the Order of Friars Minor Capuchin: A Study in the Mutual Responsibility of the Order and the Apostolic See (Canons 576 and 631)*, disertación para el doctorado en derecho canónico en The Catholic University of America, Washington DC 2009. A las dimensiones consideradas en la disertación de Rosen se debería añadir la alegre austeridad tan importante y actual, véase *Costituzioni dell'ordine dei frati minori cappuccini* (en adelante citado como Const. año 2013), Roma 2013, números 5.3; 61.1; 62.3; 65.2 e 109.6.

⁶ Canon 578 y Const. año 2013, n° 125,1. El término “fidelidad” aparece catorce veces en el texto de las constituciones y dos veces la expresión “fidelidad creativa al espiritual”, Const. año 2013, 6.1 y 41.3.

⁷ El *Instrumentum laboris* en el n° 32 solicitaba al Sínodo que: “Sia risolta la questione della partecipazione dei fratelli nel governo degli istituti clericali e misti, in modo che, nel rispetto della propria natura e tradizione, sia regolata dalla legislazione dei singoli istituti”, Synodus episcoporum IX coetus generalis ordinarius, *De vita consecrata deque eius munere in ecclesia et in mundo. Instrumentum laboris*, Città del Vaticano 1994, n° 32.

carismáticas y a las sanas tradiciones seculares del instituto reiteradamente confirmadas por la Iglesia y la actual doctrina y norma canónica que prohíbe a los religiosos laicos asumir y ejercer jurisdicción sobre los religiosos clérigos, especialmente si pertenecen a un instituto clerical, estando indirectamente relacionados con la espinosa, compleja y delicada cuestión de la *sacra potestas ordinis et iurisdictionis* y de su origen⁸.

El código del '17 lo había ya establecido: “Soli clerici possunt potestatem sive ordinis sive iurisdictionis ecclesiasticae et beneficia ac pensiones ecclesiasticas obtinere”

⁸ Cuanto a la distinción entre *potestas ordinis* y *potestas iurisdictionis* en la praxis y la legislación del primer milenio, véase Roberto Interlandi, *Potestà sacramentale e potestà di governo nel primo millennio: esercizio di esse e loro distinzione*, Roma 2016, también en la doctrina, véase Ottavio De Bertolis, *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in San Tommaso*, Roma 2005, después el Concilio de Trento hasta el Vaticano I, véase Marek Sygut, *Natura e origine della potestà dei vescovi nel concilio di Trento e nella dottrina successiva (1545-1869)*, Roma 1998 y hasta el Concilio Vaticano II con específica referencia al magisterio de León XIII (encíclica *Satis cognitum* del 29 de junio de 1896), Pío XII (encíclica *Mystici corporis* del 29 de junio de 1943, encíclica *Ad Sinarum gentem* del 7 de octubre de 1954, alocución del 5 de octubre de 1957 al II Congreso Mundial sobre el apostolado de los laicos y la encíclica *Ad Apostolorum principis* del 29 de junio de 1958) y Juan XXIII (Consistorio secreto del 15 de febrero de 1958), véase Francesco Viscome, *Origine ed esercizio della potestà dei vescovi dal Vaticano I al Vaticano II. Contesto teologico-canonico del magistero dei “recenti Pontefici” (Nota esplicativa praevia 2)*, Roma 1997; mientras para cuanto concierne la discusión postconciliar, véase Adriano Celeghin, *Origine e natura della potestà sacra: posizioni postconciliari*, Brescia 1987. Estas tesis se inscriben en un ciclo de investigación, así lo declara Ghirlanda, que tiende a reconocer y potenciar la doctrina común y unánime de la distinción entre los dos poderes que ha encontrado y encuentra aplicación en diversas instituciones canónicas. Ghirlanda afirma: “Il Vaticano II alla fine non ha voluto risolvere la secolare questione dell’origine della potestà dei vescovi”, Gianfranco Ghirlanda, *Accettazione della legittima elezione e consacrazione episcopale del romano pontefice secondo la costituzione apostolica Universi Dominici gregis di Giovanni Paolo II*, en *Periodica* 86 (1997) 634, véase también Idem, v. *Potestà sacra* en Carlos Corral Salvador – Velasio De Paolis – Gianfranco Ghirlanda, *Nuovo dizionario di diritto canonico*, Alba 1997, 806-807; Idem, *L’origine e l’esercizio della potestà di governo dei vescovi. Una questione di 2000 anni*, en *Periodica* 106 (2017) 537-631; Urbano Navarrete, *Potestas vicaria ecclesiae: evolutio historica conceptus atque observationes attenta doctrina concilii vaticani II*, en *Periodica* 60 (1971) 415-486 e Idem, *Unità della potestas sacra e molteplicità di Munera Christi in ecclesia*, en Cesare Mirabelli – Giorgio Feliciani – Carl Gerold Fürst – Helmuth Pree, *Schriften aus kanonistik und Staatskirchenrecht*, vol. 2, Frankfurt am Main 1999, pp. 569-603 y Alfons M. Stickler, *De potestatis sacrae natura et origine*, en *Periodica* 71 (1982) 65-91. Véase también Laurent Villemin, *Pouvoir d’ordre et pouvoir de juridiction. Histoire théologique de leur distinction*, Paris, 2003 y David-M. Jaeger, *Animadversiones quaedam de necessitudine inter potestatem ordinis et regiminis iuxta C.I.C. recognitum*, en *Antonianum* 59/3-4 (1984) 628-646. Más recientemente así se expresó el cardenal Semeraro durante la presentación de la constitución apostólica *Praedicate Evangelium* sobre la reforma de la Curia Romana: “Non è più così. Il termine dicastero lascia intendere che in linea di principio possono svolgere tale ufficio tutti i battezzati: chierici, consacrati, laici... Dicastero è un termine laico, congregazione è un termine clericale: a presiedere un dicastero può essere un laico, una laica, secondo i criteri indicati. Dicastero non è un termine generico ma diventa così un termine specifico”. Durante la misma conferencia de prensa, Ghirlanda, comentando el n° 5 de *Praedicate Evangelium* sobre la naturaleza vicaria de la potestad de los responsables de los organismos de la Curia Romana subrayaba que el prefecto de un dicastero: “Non ha autorità per il grado gerarchico di cui è investito, ma per la potestà che riceve dal papa... Se il prefetto e il segretario di un dicastero sono vescovi, ciò non deve far cadere nell’equivoco che la loro autorità venga dal grado gerarchico ricevuto, come se agissero con una potestà propria... La potestà vicaria per svolgere un ufficio è la stessa se ricevuta da un vescovo, da un presbitero, da un consacrato o una consacrata oppure da un laico o una laica...”. Concluye Ghirlanda que *Praedicate Evangelium*, “indirettamente afferma che la potestà di governo nella chiesa non viene dal sacramento dell’ordine ma dalla missione canonica”, en <https://www.youtube.com/watch?v=IOV3kMqcA7Y&t=891s> a partir de min. 57:00.

(canon 118)⁹, y la norma fue recogida en el código de 1983 en el canon 129 § 1 que dice: “Potestatis regiminis, quae quidem ex divina institutione est in ecclesia et etiam potestas iurisdictionis vocatur, ad normam praescriptorum iuris, habilis sunt qui ordine sacro sunt insigniti”¹⁰. El canon 588, a pesar de la declaración de principios contenida en el primer párrafo, confirma la distinción entre institutos clericales y laicales, y en el segundo exige que los superiores de los institutos clericales sean clérigos, mientras que el canon 596 § 2 establece que los superiores y capítulos de los institutos religiosos clericales de derecho pontificio ejercen la potestad de gobierno en el fuero externo e interno. Por otro lado, el canon 587 considera las normas relativas al gobierno del instituto y de los capítulos como parte intrínseca de su patrimonio y pide que se rijan por el código fundamental y no se regulen simplemente por códigos complementarios¹¹. Cada instituto, entre sus sanas tradiciones y patrimonio espiritual, incluye también esta materia y tiene el derecho/deber de dotarse de las instituciones más adecuadas para realizar su función carismática y apostólica en la Iglesia. En este sentido, por ejemplo, la orden capuchina obtuvo en 1566 del papa Pío V —en el contexto de la jurisprudencia de la Congregación del Concilio— una interpretación auténtica de la norma del Concilio de Trento contenida en el canon 4, sesión 22 *de reformatione*¹², por la que todos los frailes, sacerdotes, clérigos o laicos, podían participar en los capítulos con voz activa y pasiva en los nombramientos y elecciones a todos los cargos¹³. El rescripto del 18 de mayo de 2022 parece haber

⁹ Benedictus XV, *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus*, en *AAS* 9/II (1917) 2-593, en adelante citado como CIC ‘17. La orden de los Capuchinos era y es considerado un instituto de vida consagrada clerical exento, por tanto, los superiores y los capítulos tienen la *potestas iurisdictionis ecclesiastica*, véase canon 501 § 1 CIC ‘17.

¹⁰ Véase también los cánones 588 y 596: canon 588 § 1. Status vitae consecratae, suapte natura, non est nec clericalis nec laicalis. § 2. Institutum clericale illud dicitur quod, ratione finis seu propositi a fundatore intenti vel vi legitimae traditionis, sub moderamine est clericorum, exercitium ordinis sacri assumit, et qua tale ab Ecclesiae auctoritate agnoscitur. § 3. Institutum vero laicale illud appellatur quod, ab Ecclesiae auctoritate qua tale agnitum, vi eius naturae, indolis et finis munus habet proprium, a fundatore vel legitima traditione definitum, exercitium ordinis sacri non includens. Canon 596 § 1. *Institutorum Superiores et capitula in sodales ea gaudent potestate, quae iure universali et constitutionibus definitur.* § 2. *In institutis autem religiosis clericalibus iuris pontificii pollent insuper potestate ecclesiastica regiminis pro foro tam externo quam interno.*

¹¹ Véase el canon 587 § 1. Ad propriam singulorum institutorum vocationem et identitatem fidelium tuendam, in cuiusvis instituti codice fundamentalis seu constitutionibus contineri debent, praeter ea quae in c. 578 servanda statuuntur, normae fundamentales circa instituti regimen et sodalium disciplinam, membrorum incorporationem atque institutionem, necnon proprium sacrorum ligaminum obiectum.

¹² “Quicumque in cathedrali vel collegiata, saeculari vel regulari ecclesia divinis mancipatus officiis, in subdiaconatus ordine saltem constitutus non sit, vocem in eiusmodi ecclesiis in capitulo non habeat...”, Concilium tridentinum, sess. 22 *de reformatione*, c. 4, en *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, curantibus Josepho Alberigo – Josepho A. Dossetti – Perikle P. Joannou – Claudio Leonardi – Paulo Prodi, Bologna 1991, 739 (en adelante citado como *COD*).

¹³ En las constituciones de la Orden de los Frailes Menores Capuchinos del 1575 se establece que: “I chierici quantunque non siano suddiaconi, possono havere voce nelle elettioni, non ostante il decreto del Sacro Concilio Tridentino, per dichiarazione, seu concessione di Pio Quinto di felice memoria però tutti i frati tanto chierici, quanto laici, fatta ch’haranno la professione tra di noi, habbino voce attiva, ma niuno di loro possa havere la passiva, se non sarà stato quattro anni finiti nella nostra congregatione”, *Constitutiones ordinis fratrum minorum capuccinorum*, vol. 1, Roma 1980, 186.

abierto la posibilidad de resolver la contradicción entre el derecho común actual y una costumbre reconocida por la Sede Apostólica. San Francisco no pidió privilegios para su fraternidad, ni los Capuchinos quisieron nunca privilegios para no contradecir esta opción del fundador.

Así debe entenderse el espíritu y el contenido de la atestación del cardenal Clemente D’Olera —miembro de la Congregación del Concilio— del 29 de octubre de 1566 solicitada por Eusebio de Ancona en nombre de los Capuchinos, así que el rescripto del 18 de mayo de 2022 se encuentra en continuidad con el magisterio de Pío V¹⁴ confirmado por Inocencio X¹⁵.

El origen de la costumbre de la voz activa y pasiva de los religiosos laicos y su no distinción de los clérigos en el ejercicio de los derechos capitulares en la Orden de los Frailes Menores y en los Capuchinos tiene naturaleza carismática, carácter fundacional, y deriva de la Regla bulada¹⁶ que fue redactada por San Francisco con el apoyo del cardenal Hugo de Segni (el gran canonista-decretalista y futuro Gregorio IX), e insertada dos veces en el *corpus iuris canonici*¹⁷. Esta norma, definida tradicionalmente por los autores franciscanos como *libertas regulae*¹⁸, fue incorporada en el derecho propio de los Frailes Menores¹⁹ especialmente de la Observancia cismontana²⁰.

¹⁴ Para el texto de la declaración, véase G. Gambaro, *Il diritto comune tridentino*, en *CF* 91 (2021) 64-65. Interesante notar la similitud entre la declaración *vivae vocis oraculo* del 1566, con la dificultad de la prueba, solucionada con el recién descubrimiento en el Archivo Apostólico Vaticano de la atestación del cardenal D’Olera miembro de la Congregación del Concilio, y el *rescriptum ex audientia ss.mi* del Prefecto y del Secretario de la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica.

¹⁵ Véase Innocentius X, *Exponi nobis* (24 de settembre de 1647), en Michael a Tugio in Helvetia, *Bullarium ordinis ff. Minorum Capuccinorum*, vol. I, Romae 1740, 103.

¹⁶ Este es el texto del capítulo séptimo de la Regla bulada: “Ipsi vero ministri, si presbyteri sunt, cum misericordia injungant poenitentias; si vero presbyteri non sunt, injungi faciant per alios sacerdotes ordinis, sicut eis secundum Deum melius videbitur expedire”.

¹⁷ Como parte de las decretales *Exiit qui seminat* de Nicolás III y *Exivi de paradiso* de Clemente V, la Regla bulada será en primer lugar insertada en el *liber sextus* VI° 5, 12, 3 en Æmilii Friedberg, *Corpus Iuris Canonici*, II, 1114-111 (en adelante citado como Friedberg CIC con la indicación del tomo y de la columna) y después en las clementinas, cf. Clem. 5, 11, 1 (Friedberg CIC II, 1193-1200).

¹⁸ Bartolomeo degli Albizzi en el *De Conformitate* define este derecho como *libertas regulae* y Marraccini escribe: “Se poi dagli Osservanti furono promossi alle Guardianie talvolta anche i Frati Conversi, o Laici, s’è fatto secondo la libertà datane dal Patriarca nella sua Regola, in cui non gli esclude dal Provincialato” (Marczic, 1750, vol. 2, p. 368).

¹⁹ Así por ejemplo De Gubernatis recuerda el capítulo general del 1443 celebrado en Padova al cual asistieron 2000 frailes observantes y conventuales en que: “In capitulo patavino sub Antonio de Rusconibus anno 1443, decretum fuisse, invenio, ut laici in discretos, diffinitores, atque vicarios locorum, et provinciarum inter observantes eligi possent, dummodo in ipsa tabula capituli pro forma iuris observanda describatur sacerdos aliquis pro gubernio loci, in quo laicus deputatur. Huius constitutionis effectus non apparet ex professo, de quo ad integram satisfactionem legendus est pater Sanctorius in doctissimis suis commentariis super ordinis constitutiones” (De Gubernatis, 1682, p. 457). Véase también Vecchioni (1778, p. 135, nota 9).

²⁰ Véase Ioannes de Capestrano, *Constitutiones*, en Michael Angelus (1650, p. 103) y D. de Gubernatis (1684, p. 98) y Ioannes de Capestrano, *Declarationes super praescriptas constitutiones*, en Michael Angelus

La fórmula canónica de la concesión del perímetro de ejercicio de la potestad de gobierno a los superiores monásticos y regulares se representaba también en el decreto de exención de la jurisdicción del obispo diocesano del monasterio o de la iglesia, y, por consiguiente, de las personas adscritas a ellos, emitido por autoridad del romano pontífice. Esto, en el caso de los Menores, puede verse en las bulas *Recolentes* e *Is qui ecclesiam* de 1230 con las que Gregorio IX concedió la *libertas romana* a la *ecclesia Beati Francisci* en Asís, *caput et mater ordinis*, y a los frailes, cuyos superiores generales y provinciales en ese contexto eran a menudo laicos²¹.

El rescripto del 18 de mayo aplica a las personas consagradas, fieles cristianos que tienen unas específicas obligaciones y derechos en la Iglesia, la posibilidad prevista en el canon 129 § 2, interpretando de forma más amplia el sentido de cooperación –o de *partem habere*– de los laicos en el ejercicio de la potestad de régimen eclesiástico no solo en la función judicial sino también en la ejecutiva. El rescripto confirma el valor del principio de realidad eclesial y carismática en el debate sobre la *potestas sacra* y la distinción entre la potestad necesaria para el ejercicio de la función de santificación y la potestad necesaria para las funciones de enseñanza y de gobierno, así como la necesidad de mantenerse fiel al enfoque realista y funcionalista. En este sentido, Ghirlanda afirma que es el propio oficio eclesiástico –en este caso de superior local o mayor, o de moderador supremo de un instituto– en su concreción el que determina el poder que necesita, y recuerda la expresión de Tomás de Aquino en la primera sección de la segunda parte de la *Suma Teológica*: “Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso” (I-IIae, q. 91, art. 3, argumento 2), concluyendo que: “Sono le cose, i fatti, che ci dicono se le nostre

(1650, p. 111), y en De Gubernatis (1684, p. 105).

²¹ Véase Gregorius IX, *Recolentes* (29 de abril de 1228), en *Bullarium Franciscanum Romanum Pontificum constitutiones, epistolas, ac diplomata continens tribus Ordinibus Minorum, Clarissarum, et Poenitentium a seraphico patriarcha sancto Francisco institutis concessa, studio et labore fr. Ioannis Hyacinti Sbaralaeae*, tomos I: *Ab Honorio III ad Innocentium IV*, (en adelante citado como *BF*) Romae 1759, pp. 40-41. La bula *Is qui ecclesiam* establece: “Cum igitur apud Assisium in fundo nobis, et ecclesiae romanae oblato, in loco qui dicitur Collis Paradisi... Nos... ecclesiam ipsam sub beati Petri et nostra protectione suscipimus et praesentis scripti privilegio communimus. In primis si quidem statuentes ut ecclesia ipsa nulli nisi romano pontifici sit subiecta; et vestri ordinis, cuius institutor et pater extitit confessor praedictus, caput habeatur et mater; ac in ea per fratres eiusdem ordinis perpetuo serviat”, Gregorius IX, *Is qui ecclesiam* (22 de abril de 1230), en *BF*, I, pp. 60-62. El complejo inmobiliario iglesia y convento fue insertado en el *liber censuum* al n° 277 con esta fórmula: “Ecclesia sancti Francisci de Asisio, quae libera est, I libram cerae, ad indicium autem huius libertatis ab ecclesia romana perceptae, persolvat ecclesia nobis et successoribus nostri annuatim”, un oficial de la Curia Romana, Lanfranco de Scano, anota el pago: “Solvit in curia, ut percepti”, en Paul Fabre, *Le liber censuum de l’église romaine*, Paris 1889, p. 81. Por lo que concierne la dimensión dominical-agraria del derecho canónico, véase Alfons M. Stickler, *La proprietà fondiaria della chiesa nella società medievale*, en *Bibliothèque de la Revue d’histoire ecclésiastique* 56 (1972) 3-42. Panizzolo recién confirma que “in passato potestà di giurisdizione ed esenzione venivano attribuite nello stesso momento”, Francesco Panizzolo, *La potestà di governo nella vita consacrata. Linee di sviluppo storico-giuridico ed ecclesiologico del can. 596*, Venezia 2009, 156-157). Cuanto al caso particular de los Menores véase Giuseppe Di Mattia, *La protectio beati Petri e la libertas romana nelle decretali e in Benedetto XIV*, en ed. a cargo de Giuseppe Forchielli – Alfons M. Stickler, *Studia Gratiana*, vol. 13, Bologna 1967, pp. 524 ss.

costruzioni intellettuali sono vere o false. Così il diritto nella sua fattualità di regolazione dei rapporti precede la sua sistematizzazione doctrinale” (Guirlanda, 2017, p. 625)²². Veamos, por tanto, las fuentes canónicas relevantes para nuestro tema.

2. Los institutos ni clericales ni laicales y su potestad: el decreto

Perfectae caritatis y el proceso de redacción de los cánones 588 y 596

En *Lumen gentium* se afirmaba, en relación con la participación de los religiosos en la constitución jerárquica de la Iglesia, que no se trata de una posición intermedia entre el clero y los laicos, sino de un don para su misión salvífica²³, y *Perfectae caritatis* urgía la

²² Sobre todo, véase el principio anti-ideológico declarado en la sección de *Evangelii gaudium* intitulada “La realidad es más importante que la idea”, en Francisco (2013, nn. 231-233). Ya Cabrerros de Anta afirmaba que “el concepto de potestad se aclara y completa examinando sus funciones” (1959, p. 578).

²³ Así se expresa *Lumen gentium*: “Status huiusmodi, ratione habita divinae et hierarchicae ecclesiae constitutionis, non est intermedius inter clericalem et laicalem conditionem, sed ex utraque parte quidam christifideles a Deo vocantur, ut in vita ecclesiae peculiari dono fruuntur et, suo quisque modo, eiusdem missioni salvificae prosint”, LG 43, en AAS 57 (1965) 50. Al contrario, Pío XII había considerado a los religiosos como pertenecientes a un estatuto público eclesial intermedio entre clérigos y laicos, así en *Provida mater ecclesia*: “Hinc, in primis status publicus perfectionis inter tres praecipuos ecclesiasticos status recensitus fuit, atque ex ipso ecclesia secundum personarum canonicarum ordinem gradumque unice petivit (c. 107). Res sane digna quae attente ponderetur: dum alii duo canonicarum personarum ordines, scilicet clericorum et laicorum, divino iure, cui ecclesiastica adiungitur institutio (cc. 107, 108, § 3), ex Ecclesia petuntur, quatenus ipsa est societas hierarchice constituta et ordinata; haec media, inter clericos et laicos, religiosorum classis, quae utrisque clericis et laicis communis esse potest (c. 107), ex arcta peculiarique relatione ad ecclesiae finem, sanctificationem nempe, efficaciter, rationibusque adaequatis prosequendum, tota desumitur”, Pío XII, *Provida mater ecclesia* 4 (2 febbraio 1947), en AAS 39 (1947) 116. Véase también la alocución de Pío XII, *Annus sacer* (8 de diciembre de 1950) al I Congreso Generale degli Stati di Perfezione, en Pío XII, en AAS 43 (1951) 27-28. La Pontificia Comisión para la Revisión del Código en su respuesta a la observación al canon 202 del *schema novissimum* indica que el código no tiene la intención de excluir la estructura tripartita: “Codex tamen minime intendit excludere divisionem tripartitam communiter usitatam et ab ipso Concilio Vat. II admissam”, Pontificia commissio codici iuris canonici recognoscendo, *Relatio complectens syntheses animadversionum ab em.mis atque exc.mis patribus commissionis ad novissimum schema codicis iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a secretaria et consultoribus datis (reservata)*, Città del Vaticano 1981, p. 51. La Pontificia Comisión para la Revisión del Código Oriental, destacando el carácter secular de los laicos y la neta diferencia con los religiosos, es más decidida y afirma: “Tutto considerato, il gruppo di studio, non ha accettato il canone 207 del CIC, se non per quanto riguarda il principio imprescindibile, contenuto nel § 1”, Pontificia commissio iuris canonici orientalis recognoscendo, *Schema de laicis et de christifidelium consociationibus nella nuova revisione*, en *Nuntia* 21 (1985) 6-7, véase el canon 399 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*. La Glossa Ordinaria y los decretalistas habían resaltado la diferencia de estatuto canónico entre los “laicos puros”, los “*laici conversi qui ad saeculum redire possunt*” y los “religiosos laicos” especialmente en relación al derecho de voz activa y pasiva en sus respectivas iglesias, conventos y monasterios, véase entre otros: Innocentius IV, en X. 1, 2, 9 *Cum M.*, *Francofurti ad Moenum* 1570, 5; Idem, en X. 3, 7, 2 *In Ecclesia*, *Francofurti ad Moenum* 1570, f. 368r; Bartholomeus brixiensis, *Glossa ordinaria* en C. 27, q. 1, c. 40 *Ut lex*, *Basileae* 1493, sin número; Ioannes Teutonicus, *Decretum Gratiani cum glossis Ioannis Theutonicus*, en C. 27, q.1, c. 40, *Venetis* 1514, p. 482; Hostiensis, *Summa aurea*, *Venetis* 1574, pp. 101-102; Ioannes de Imola, *Lectura super clementinis*, *Lugduni* 1525, p. 35; Petrus de Ancharano, *Super clementinis facundissima commentaria*, *Bononiae* 1580, p. 35; Helya Regnier, *Casus longi sexti et clementinarum*, en *De aetate et qualitate c. Ut hii*, *Argentine* 1496, sin número; Franciscus De Zabarellis, *Commentaria in clementinarum volumen*, *Lugduni*, 1513, pp. 30-31; Ioannes Andreae, en VI° 1, 6, 32 v. *Conversi laici*, en *Sextus decretalium liber a Bonifacio octavo*, *Venetis* 1572, p. 90; Bonifacius Vitalini, en Clem. 1, 6, 2 *Ut ii*, *Venetis* 1574, f. 33r; Antonius a Butrio, en VI° 1, 6, 32, *Venetis* 1575, ff. 60r-61 y Guido

necesidad de volver continuamente a las fuentes inspiradoras fundacionales²⁴. El decreto conciliar subrayaba que para que este proceso de renovación sea eficaz debe implicar a todos los miembros del instituto, el Concilio indicaba también que la Iglesia tiene un interés particular, un derecho y una obligación de salvaguardar y proteger estos dones de Dios²⁵. *Perfectae caritatis* pedía también a los institutos no exclusivamente laicos y a los monasterios masculinos que tuvieran cuidado de reconocer la igualdad de derechos y obligaciones de los religiosos laicos en la vida de las comunidades religiosas, “salvo los derivados de las órdenes sagradas”²⁶, de acuerdo con su índole. Veremos cómo esta última expresión será objeto de interpretaciones ambiguas y de dificultades.

El código de 1983, último documento del Concilio²⁷, en los cánones 588 y 596, a pesar de algunas resistencias en la comisión encargada de la revisión, establece categorías y definiciones como la de estatuto de vida consagrada, de instituto de vida consagrada clerical o laical, o de potestad de gobierno de los institutos, que conviene revisar. El código confirma que la naturaleza, el carácter y la finalidad del instituto de vida consagrada en relación con el ejercicio del sacerdocio determinan sus estructuras de gobierno, por lo que ambos cánones se entrelazan y dependen el uno del otro. La investigación ya ha explorado ampliamente el debate post-codicial, sobre todo después del Sínodo sobre la

a Baisio, *Rosarium decretorum*, en C. 17, q. 4, c. 21 *Quisquis*, Lugduni 1497, p. 250.

²⁴ Así *Perfectae caritatis*: “Ut autem praestans valor vitae per consiliorum professionem consecratae eiusque necessarium munus in praesentis temporis adiunctis ad maius ecclesiae bonum cedat, haec sacra synodus sequentia statuit, quae nonnisi principia generalia respiciunt accommodatae renovationis vitae ac disciplinae religionum... Accommodata renovatio vitae religiosae simul complectitur et continuum reditum ad omnis vitae christianae fontes primigeniamque institutorum inspirationem et aptationem ipsorum ad mutatas temporum condiciones”, *PC* 1 y 2, en *AAS* 58 (1966) 703.

²⁵ Véase *PC* 4, en *AAS* 58 (1966) 704 y *Lumen gentium*: “... necnon institutis ad aedificationem corporis Christi passim erectis, ut secundum spiritum fundatorum crescant atque floeant, auctoritate sua invigilante et protegente adest”, *LG* 45, en *AAS* 57 (1965) 51, véase el canon 576. Pablo VI impulsaba a los institutos a tener una actitud positiva, en *Ecclesia sancta* así indicaba: “Potiores partes in renovanda et aptanda vita religiosa pertinent ad ipsa instituta, quae id efficient praesertim per capitula generalia... Munus capitulorum non absolvitur tantummodo leges ferendo sed insuper promovendo vitalitatem spiritualem et apostolicam” (II, I, 1, 1966, 775) y “Ceterum apta renovatio non semel fieri potest, sed continua quadam ratione fovenda est, fervoris sodalium ope, necnon capitulorum et superiorum sollicitudine” (II, III, 19, 1966, 778). Véase Iriarte (1994, p. 495).

²⁶ “Ut autem inter sodales intimius sit vinculum fraternitatis, illi qui conversi, cooperatores vel alio nomine vocantur, vitae et communitatis operibus arcte coniungantur... Virorum autem monasteria et instituta non mere laicalia pro indole sua clericos et laicos, ad normam constitutionum, admittere possunt, pari ratione paribusque iuribus et obligationibus, salvis iis quae ex ordine sacro proveniunt”, *PC* 15, en *AAS* 58 (1966) 709-710. Jesús Torres, subsecretario de la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica, confirma que: “Il concilio intende stabilire come principio che quella uguaglianza di diritti e condizione di vita che è richiesta nella vita fraterna in comune, divenga norma assoluta per ogni istituto religioso, laicale o meno, esclusa per necessità quella differenza che porta con sé il sacerdozio che esiste nella Chiesa per divina istituzione”, Jesús Torres, *Chierici e laici nelle congregazioni religiose clericali secondo il nuovo codice di diritto canonico*, en ed. a cargo de Fernando Taccone, *Il fratello religioso nella comunità ecclesiale oggi*. Atti del I Convegno intercongregazionale, Roma, 18-23 aprile 1982 *La vocazione del fratello negli istituti clericali*, Roma 1983, p. 104.

²⁷ San Juan Pablo II a los religiosos y a las religiosas: “Codex vero iuris canonici qui nuper coeperat vigere... quodammodo postremum documentum concilii potest haberi” (1984, n. 514).

Vida Consagrada y la exhortación apostólica *Vita consecrata* en los números 60 y 61; en general se reconoce la necesidad de superar la rigidez de la dicotomía clerical/laical y la necesidad de abordar oportunamente la cuestión de las estructuras de gobierno y la participación de los religiosos laicos en los institutos, de modo que sean coherentes con su índole y naturaleza²⁸.

2.1. Los institutos “mixtos” y el canon 588

El debate sobre las tipologías de los institutos de vida consagrada en el período posterior a la codificación se centró sobre todo en los aspectos específicos de la participación de los religiosos laicos en los institutos clericales y abrió a la hipótesis de los llamados institutos “mixtos”, ni clericales ni laicales, o tanto clericales como laicales, o no meramente laicales²⁹.

La Iglesia ha tratado a menudo de identificar tipologías de formas de vida religiosa, como por ejemplo en el IV Concilio de Letrán con el decreto *Ne nimia religionum*³⁰, en las que comprender la variedad de experiencias carismáticas. En este sentido, se destaca que la forma de vida de San Francisco en varios aspectos fue significativamente reconocida como *novitas*³¹. La Iglesia ha acompañado el surgimiento de diversidades y especificidades en la vida religiosa con apertura y responsabilidad, especialmente en lo que concierne a su autonomía, para lo cual el principio *exemptio est nomen iurisdictionis* y la indicación de Inocencio IV a evaluar *diligentius* los documentos de exención para cada orden, monasterio o comunidad, reafirman la necesidad de considerar constantemente las especificidades de cada instituto para que puedan encontrar una expresión adecuada

²⁸ En específico, Noguchi, Panizzolo y Luisi consagraron sus investigaciones a las conexiones entre índole y naturaleza de los institutos de vida consagrada y sus estructuras de gobierno, indicando una amplia bibliografía, véase Noguchi (2002) y (2003, pp. 196-235); Panizzolo (2009) y Luisi (2014).

²⁹ Juan Pablo II durante la plenaria de la Congregación para los Religiosos y los Institutos Seculares del 24 de enero de 1986 elaboró la presencia de tres tipologías de institutos y reconoció que: “Altri fondatori pensarono di creare istituti, in cui i religiosi sacerdoti e i religiosi laici, in unione senza confusione, lavorassero uniti per il regno di Dio”, Ioannes Paulus II, *Allocutio ad eos qui plenario coetui Congregationis pro religiosis et institutibus saecularibus interfuerunt, coram admissos* (24 de enero de 1986), en *AAS* 78 (1986) 726 y *VC* 61. Andrés, considerando la articulación bipartita del pueblo de Dios en clérigos y laicos, considera las dos tipologías del canon 588 como exhaustivas, sin embargo, es significativo que declare la posibilidad de un tercero grupo “clerical-laical”, escribe: “... né potrà esistere una forma di vita consacrata che possa essere non classificabile né come laicale, né come clericale, né come laicale-clericale” (Domingo, 2005, 61).

³⁰ Véase Concilium lateranense IV, const. 13, *De novis religionibus prohibitis*, en *COD*, p. 242.

³¹ Hugo de Digne utiliza el registro de la novedad de la forma de vida franciscana considerando el tema del “derecho de no tener ningún derecho” sobre las cosas, véase Hugo de Digne, *Expositio regulae*, ed. a cargo de D. Flood, Grottaferrata 1979, p. 161. Así pensaba también el gran jurista del ‘300, Bartolo da Sassoferrato, quien afirmaba: “Minorum fratrum sacra religio fuit a Christi confessore Francisco in arctissima paupertate fundata et a multis summis pontificibus approbata, cuius vitae tanta est novitas, quod de ea in corpore iuris civilis non reperitur autoritas: sacri tamen cánones circa eos multa sanxerunt, et ut reprehenderent mordentium linguas et purificarent eorum conscientias principaliter providerunt” (1585, p. 106). Véase para profundizar Coccia (2013, p. 208); Agamben (2011); y para la novedad franciscana en los aspectos pastorales y litúrgicos, Paciocco (2009, p. 208).

incluso canónica e institucional³². En este sentido, el rescripto del 18 de mayo que renueva el canon 588 § 2, si por un lado abre a la posibilidad de que un religioso laico ejerce la potestad de gobierno en un instituto clerical, por otro lado, da al Dicasterio para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica la facultad de evaluar su aplicación caso por caso a la luz, entre otras, de la forma de vida, la índole, la finalidad, la misión, las intenciones del fundador y de las sanas tradiciones del instituto.

El canon 588 recuerda la premisa fundamental de que el estado de vida consagrada no es ni clerical ni laical, no se define por estas categorías, sino por la pertenencia a la vida y santidad de la Iglesia³³ luego, la naturaleza, el carácter o el fin distingue a los institutos en clericales o laicales, ya sea que, en relación con el fin o el proyecto del fundador o con las tradiciones legítimas, asuman o no el ejercicio de las órdenes sagradas. Sin embargo, tanto el *coetus* que revisó la parte del código relativa a la vida consagrada como los autores coinciden en que el criterio definitivo que reúne y sintetiza estos elementos es el reconocimiento³⁴ de la Iglesia que sanciona la pertenencia de cada instituto a uno u otro grupo, y no tanto el hecho de que solo los clérigos puedan ser superiores³⁵.

³² Véase Innocentius IV, en X. 5, 33, 8 *Recepimus*, Francofurti ad Moenum 1570, p. 531. Cuantos a los privilegios y la exención de los frailes menores, véase R. Paciocco, *Le interpretazioni eccessive dei frati minori (secc. XIII-XIV). In margine ad una abbreviatura privilegiorum della Marca d'Ancona*, en Aa. Vv., *Gli ordini mendicanti (sec. XIII-XIV)*. Atti del XLVIII Convegno di studi maceratesi (24-25 novembre 2007), Macerata 2009, 204, nota 16 y Idem, *Frati minori e privilegi papali tra due e trecento*, Padova 2013. Para el listado de las bulas de exención desde el inicio hasta el concilio di Vienne véase la monografía sobre los privilegios de los Menores de Burkhard Mathis, *Die Privilegien des Franziskanerordens bis zum Konzil von Vienne* (1311), Paderborn 1928, pp. 133-135.

³³ Véase LG 43 y el canon 207 § 2 y LG 43; afirma con autoridad San Juan Pablo II: “Questo stato di vita rimarrà sempre come elemento essenziale della santità della Chiesa” (1994, p. 4). Si es innegable la santidad de la dimensión sacerdotal de la tradición franciscana y capuchina vivida por muchos hermanos sacerdotes que fueron testigos del ejercicio del ministerio sacerdotal según la espiritualidad y la forma de vida franciscana y capuchina, es igualmente innegable la santidad de muchos hermanos laicos. Algunos dicen que la familia capuchina no existiría hoy si no hubieran existido San Félix de Cantalicio, san Crispín de Viterbo, San Francisco María de Campososso, entre otros hermanos laicos capuchinos; lo que une a los hermanos sacerdotes y a los hermanos laicos es la profesión de la única forma de vida, la única misión, el único *sensum ecclesiae*, dentro de una fraternidad carismática.

³⁴ El reconocimiento es un acto de voluntad de la autoridad competente que implica el conocimiento y es un acto de potestad, así escribe Gutiérrez: “Sed agnoscere est magis quam cognoscere; cognoscere est actus intellectus, agnoscere supponit cognitionem, sed in se est actus voluntatis; est recipere, excipere consensum dare, aliquo modo probare; agnoscere innuit actum reflectendi super rem cognitam eamque mente et animo benevolo excipiendi. Agnoscere in iure implicare videtur aliquem actum potestatis ecclesiasticae saltem magisterii” (Gutiérrez, 1983, p. 256) en *Commentarium pro Religiosis* (en adelante citado como *CpR*) 64.

³⁵ Dammertz, después de haber subrayado que el código del 1983 define los institutos laicales mientras que el código piano-benedictino los consideraba simplemente como una categoría residual y mutuamente excluyente, afirma de toda manera que: “Anche qui è decisivo il riconoscimento della competente autorità ecclesiastica” (1982, p. 638). Beyer escribe: “La définition dépend finalement de la nature du charisme de ces instituts, charisme reconnu par l'autorité de l'église” (1988, p. 89), mientras Rincón-Pérez más pragmáticamente subraya el reconocimiento de la Iglesia como el criterio definitivo, véase Tomás Rincón-Pérez (2001, p. 110). También Fernández Castaño considera que en el caso de duda el criterio pragmático para seguir es aquello del reconocimiento por parte de la autoridad de la Iglesia, véase Fernández Castaño (1998, p. 51). Durante la sesión del 2 de marzo de 1979 de la comisión para la revisión del texto *de institutis vitae consecratae* en que se tomó en examen el canon 15 del esquema relativo a los institutos laicales,

El texto de referencia para la redacción del canon 588 fue el canon 488 del CIC 17', para el que se había pensado inicialmente en incluir el aspecto del ejercicio de las órdenes sagradas para cumplir la misión y finalidad del instituto como elemento discriminatorio entre los distintos tipos de instituto. Sin embargo, el texto final del código piano-benedictino solo mantuvo el criterio numérico³⁶. La fuente conciliar para la revisión de la norma es el número 15 del decreto *Perfectae caritatis* antes mencionado y el número 27 de la segunda parte de la carta apostólica *Ecclesiae sanctae* que Pablo VI pretendía como instrumento para aplicar *Perfectae caritatis*, en la que se decía que:

Capitula generalia et synaxes modum explorent, vi cuius sodales qui conversi, cooperatores vel alio nomine vocantur, gradatim in determinatis actibus communitatis et in electionibus votum obtineant activum et, in quibusdam muneribus, etiam passivum; ita revera fiet ut ipsi cum vita et communitatis operibus arcte coniungantur, et sacerdotes liberius in ministeria propria incumbere possint. (II, II, 1, 1966, 780)

Cabe señalar que las razones que el pontífice destacó para que los institutos reconocieran la voz activa y pasiva de los laicos al menos en algunas funciones, fueron para reforzar la inclusión de los religiosos laicos en la vida y actividades de la comunidad y para que los sacerdotes pudieran dedicarse más libremente a sus ministerios.

El texto base con el que se inició el proceso de revisión en relación con los tipos de instituto fue el canon 100 del *De institutis vitae consecratae* de 1977, que decía lo siguiente:

distintos consultores subrayaron el reconocimiento por parte de la Iglesia como el único criterio definitivo para determinar la tipología de cada instituto, así en las actas de la comisión: “Un altro consultore rileva che nella definizione degli istituti laicali non sembra che ci siano elementi propri e veramente caratteristici; infatti, il riconoscimento da parte della gerarchia, il carisma proprio, la legittima tradizione e le norme stabilite dal fondatore sono elementi che valgono per tutti gli istituti; l'unica cosa specifica sarebbe il non esercizio dell'ordine sacro, ma questo è proprio un elemento negativo. Propone un terzo consultore che si dica soltanto: *Institutum laicale appellatur quod ab ecclesiae auctoritate uti tale agnoscitur, attento charismate proprio*”, Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum”, *Sesión III* (2 de marzo de 1979), en *Communicationes* (en adelante citado como *Comm.*) 11 (1979) 60.

³⁶ El canon 488, 4º del esquema preparatorio del 1914 así indicaba: “Religionis clericalis, religio quae ex proprio fine tendit ad opera quae sacerdotium requirunt et plerosque sodales, etsi non omnes, ad sacerdotium disponit; secus est laicalis”, Petrus Gasparri, *Schema codicis iuris canonici* (sub secreto pontificio), Romae 1914, 204-205. Sobre el tema véase Eutimio Sastre Santos, *Sobre los hermanos coadjutores en los institutos clericales. Variaciones en torno al canon 588*, Roma 1985. Schaefer considera que el discrimen no se encuentra tanto en el simple dado numérico cuanto más bien el hecho que el instituto sea o menos gobernado por clérigos, véase Timotheus Schaefer, *De religiosis ad normam codicis iuris canonici*, Roma 1947, 85.

§ 1. Instituta monastica quae integre ad contemplationem ordinantur praeclarum in Christi corpore mystico partem semper retinent et ecclesiam arcana foecunditatem ditant; ideo quantumvis actuosi apostolatus urgeat necessitas, in suo statu firmiter permaneant. § 2. Instituta autem quae aliqua apostolatus vel christiane caritatis opera legitime assumpserint, iis tantum incumbant quae vitae monasticae indoli consentanea sint. § 3. Instituta monastica per se nec clericalis nec laicalis sunt. (Pontificia commissio codici iuris canonici recognoscendo, 1977, p. 30)

El texto se refería únicamente a los institutos monásticos, pero en el curso del proceso de revisión el principio indicado en el tercer párrafo se incorporó al canon 14 § 1 del esquema de 1979 y se extendió a todos los institutos, que quedó establecido así: “Instituta vitae consecratae, suapte natura, neque clericalia neque laicalia”³⁷. El texto fue aprobado por unanimidad por la comisión sin comentarios, pero hubo más discusiones sobre los dos párrafos siguientes en relación tanto a la incardinación de clérigos en los institutos seculares clericales, como a la potestad de jurisdicción relacionada con la incardinación de clérigos propios en institutos de derecho pontificio y a la expresión *sub moderamine clericorum*³⁸.

³⁷ Así en las actas del *coetus*: “Sessione del primo marzo. Canone 14 (il canone 14 proposto dal Relatore è stato sostituito dal § 3 del canone precedente). La formula, che corrisponde al canone 5 dello schema, è la seguente: ‘§ 1. Instituta vitae consecratae, suapte natura, neque clericalia neque laicalia sunt. § 2. Institutum autem clericale dicitur quod ab ecclesiae auctoritate uti tale agnoscitur, attenta assumptione exercitii ordinis sacri a fundatore definita vel legitima traditione comprobata. § 3. Institutum vero laicale appellatur quod ab ecclesiae auctoritate uti tale agnoscitur, attento charismate proprio, quod, etsi exercitium ordinis sacri non includat, proprium tamen munus habet a fundatore statutum vel legitima traditione definitum’”, *Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, Sesión III* (1 de marzo de 1979), en *Comm.* 11 (1979) 57.

³⁸ En las actas del *coetus* se encuentra que: “Il relatore è dell’opinione che questo § 2 valga per tutti gli istituti di vita consacrata, perché non si può escludere che anche tra gli istituti secolari e le società di vita comune ci siano istituti che assumono l’esercizio dell’ordine sacro... Secondo una risposta della s. Congregazione per la Dottrina della Fede ad un quesito posto dalla nostra commissione, anche i laici possono partecipare della potestà di giurisdizione quando ‘singulis pro causis auctoritas ecclesiae suprema ipsis concedit’; ma ciò non impedisce che sia conveniente aggiungere nella definizione degli istituti clericali l’espressione ‘quae sub moderamine sunt clericorum’. Un consultore vede difficoltà sia giuridiche che di fatto per la predetta aggiunta; si potrebbe ammettere se viene riferita alla *pars regens*, ma non a tutti i livelli; perciò sarebbe meglio mantenere la dicitura dello schema. La stessa opinione è manifestata dal relatore. Un altro consultore pensa che l’unico criterio veramente sicuro si trova nell’espressione ‘quod ab ecclesiae auctoritate uti tale agnoscitur’; dire ‘sub moderamine sunt clericorum’ richiederà in molti casi ulteriori precisazioni. Un terzo consultore si dichiara d’accordo con la formula proposta da uno degli organismi consultivi, e cioè: ‘Nomine instituti clericalis intelligitur institutum quod ratione finis seu propositi a fundatore intenti vel vi legitimae traditionis, sub moderamine est clericorum, exercitium ordinis sacri assumit et uti tale ab ecclesiae auctoritate agnoscitur’. Essa è una formula accuratamente studiata, e che può avere varie modalità di applicazione. Non ci sono più interventi in materia, per cui si sottomette a votazione il seguente testo per il § 2 del canone: ‘Institutum clericale dicitur quod, ratione finis seu propositi a fundatore intenti vel vi legitimae traditionis, sub moderamine est clericorum, exercitium ordinis sacri assumit et uti tale ab ecclesiae auctoritate agnoscitur’ (placet 10, non placet 1)”, *Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, Sesión III* (26 de febrero-3 de marzo de 1979), en *Comm.* 11 (1979) 58-59.

Durante el examen del canon 15 relativo a los institutos laicales, se debatió entorno a su definición, sobre todo la inclusión o menos del no ejercicio del ministerio sagrado como aspecto distintivo y el reconocimiento por parte de la autoridad eclesiástica competente como único elemento verdaderamente dirimente y significativo. En este contexto, la comisión también consideró la propuesta de insertar un párrafo final en este canon que hubiera establecido la obligación de que cada instituto definiera en sus constituciones su carácter clerical, laical o “indiferente”, hipótesis que significativamente no fue aceptada³⁹. El proceso de revisión no sufrió más cambios y continuó hasta el texto final con la importante modificación en el primer párrafo del término “instituto” por el de “estado” que tuvo lugar tras la consulta promovida en 1982 y por intervención del cardenal Pierre-Paul Philippe, fraile dominico, secretario de la Congregación para la Doctrina de la Fe y Prefecto de la Congregación para las Iglesias Orientales⁴⁰.

Como nota al margen, y como confirmación adicional de que el *coetus* de estudio sobre los institutos de vida consagrada no consideraba la distinción entre clérigos y laicos como el único criterio para distinguir los institutos y que no debía entenderse de forma rígida, cabe mencionar que se pidió a un ponente que preparara un esquema de algunos cánones que partiendo de la lista del canon 488, 1-2 y 7-8 del CIC '17 y, teniendo en cuenta las novedades que habían surgido mientras tanto entre las diferentes experiencias religiosas y carismáticas, pudo ordenar y definir los tipos de institutos y expresar su diversidad. Durante la última sesión del *coetus*, el 30 de mayo de 1980, se examinó una propuesta de cinco cánones preparada por un “cuarto consultor”. El presidente, el cardenal Pericle Felici, expresó su opinión negativa sobre la propuesta, afirmando: “che la natura

³⁹ Así se encuentra en las actas: “Cuiuscumque instituti est suis in constitutionibus determinare utrum clericale sit vel laicale vel ‘indifferens’. Il risultato della votazione è il seguente: placet 2, non placet 8”, *Ibidem*, p. 61. Cabe señalar que, a pesar de ello, la Sagrada Congregación para los Institutos Religiosos y Seculares pidió insistentemente a los Capuchinos que se definieran como instituto clerical. Según Primetshofer, el hecho de que la comisión no haya acordado concluir el canon con este texto y no haya querido exponer los motivos es indicativo de que la referencia al PC 15 en el primer párrafo del canon 588 deja implícita la posibilidad ordinaria y normal de institutos no clericales ni laicos. Véase Primetshofer (1997, p. 490).

⁴⁰ La aclaración entre instituto y estado, coherente con LG 43, fue acogido por el texto del 1982 en el *schema novissimum* después la consultación solicitada por Pablo VI. Así la *relatio*: “Can. 516 1. Clarius redigatur § 1 (quidam pater, card. Wyszynski). 2. In § 1 dicatur: ‘Status vitae consecratae... est, quia non instituta, sed status est clericalis vel laicalis, uti patet ex Const. LG 43’, (alter pater, card. Paul-Pierre Philippe). R. Animadversiones recipiuntur iuxta modum, ita ut § 1 sic redigatur: ‘Status vitae consecratae, suapte natura, non est sive clericalis sive laicalis’. 3. In § 2 addatur ‘exercitium ordinis sacri praevalenter (vel principaliter) assumit...’ (nonnullus pater, card. Pironio). R. Animadversio recipienda non videtur, quia sunt instituta iuridice clericalia quorum tamen opera et activitates (ex. gr. iuvenum institutio in scholis) dici non possunt “praevalenter” vel “principaliter” clericalia. 4. Addatur in § 2: ‘clericorum, et in quo plerique sodales exercitium...’, quia fere in omnibus institutis clericalibus adsunt fratres laici (unus pater, card. Philippe). R. Additio proposita non recipitur, quia talis clausula can. 488, 4º CIC consulto vitata est propter eiusdem difficultatem applicationis in praxi”, Pontificia commissio codici iuris canonici recognoscendo, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab em.mis atque exc.mis patribus commissionis ad novissimum schema codicis iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a secretaria et consultoribus datis (reservata)*, Città del Vaticano 1981, 137, véase también en *Comm.* 15 (1983) 61-62.

particolare dei singoli istituti deve apparire sia dalle norme generali del CIC che dal diritto particolare”. El secretario Castillo Lara y la mayoría de los consultores coincidieron en no aceptar el esquema propuesto, pero tampoco en imponer definiciones que pudieran “condizionare giuridicamente espressioni e termini la cui esposizione è compito della dottrina”⁴¹. Una vez más, el *coetus* se resistió a la tentación de insertar definiciones en un código legislativo y forzar la variedad de la experiencia religiosa en categorías, optando en cambio por la referencia al derecho propio de los institutos y a la doctrina.

En cuanto al ejercicio de las órdenes sagradas como factor discriminatorio, Calabrese recuerda que:

Non è il numero degli ordinati *in sacris* che determina quest’aspetto dell’istituto clericale, ma il fatto che, secondo il progetto del fondatore o in forza di una legittima tradizione, i membri ex istituto sono destinati e si dedicano prevalentemente all’esercizio dell’ordine sacro. (1997, p. 47)

La doctrina, sin embargo, parecía tender gradualmente hacia la posibilidad de considerar un tercer grupo de institutos intermedio entre los dos, de acuerdo con un enfoque menos rígido y más coherente con la autocomprensión de los Capuchinos, los Menores, los Marianistas⁴², los Hijos de la Inmaculada Concepción⁴³, entre otros, incluyendo algunas órdenes monásticas⁴⁴.

⁴¹ Coetus studii de institutis vitae consecratae, *Sesión XII* (26-31 de mayo 1980), en *Comm.* 13 (1981) 403.

⁴² “Il convent donc dire qu’à la Société de Marie s’applique bien la qualification d’institut mixte, ni clerical ni laical, tel qu’on peut le dégager de la lecture du code, bien que ce type d’institut n’y soit pas défini”, Enrique Torres, *Composition mixte*, en ed. a cargo de Ambrogio Albano, *Dictionnaire de la règle de vie marianiste*, Roma 1988, p. 233.

⁴³ Las constituciones de los Hijos de la Inmaculada Concepción declaran que la congregación está “compuesta de religiosos laicos e de religiosos sacerdotes” con igualdad de derechos y obligaciones, ministerio de la autoridad incluso.

⁴⁴ Escribe Dammertz, abad primado de la confederación benedictina: “Tra questi due estremi o ‘modelli’ o ‘tipi’ esiste poi nella Chiesa una vasta gamma di forme miste che si avvicinano più o meno a questi due tipi... il concilio Vaticano II ha parlato degli ‘istituti non del tutto laicali’ (PC 15); analogamente si potrebbe parlare di ‘istituti non del tutto clericali’. Il nuovo CIC ha voluto tener conto di questa ricca realtà. Eliminando l’inciso *secus est laicalis* del vecchio canone 488, 4° CIC ‘17 fa capire che le due categorie considerate nel canone 588 non vogliono essere esclusive e normative per tutti gli istituti; non sono un ‘letto di Procuste’, sono due tipi ai quali il diritto proprio deve orientarsi. Il punto di riferimento è sempre il progetto del fondatore oppure la legittima tradizione riconosciuti dall’autorità competente della Chiesa, come insiste il canone 588 § 2 e § 3” (1986, pp. 59-60). Gambari, Boni, Rincón-Perez, Ghirlanda, Beyer, Forgues, Dammertz, Salaverri e Primetshofer son autores que han expresado opiniones en buena substancia favorables a la hipótesis, Calabrese, Castaño y Andrés la excluyen.

2.2. El Sínodo de los Obispos sobre la vida consagrada, la llamada a la participación de los religiosos laicos en las estructuras de gobierno y la hipótesis de los institutos “mixtos”

San Juan Pablo II, con su exhortación apostólica postsinodal *Vita consecrata*, impulsó la posibilidad de una tercera categoría de los llamados institutos “mixtos”, afirmando así:

Nonnulla religiosa instituta, quae ad conditoris primigeniam mentem veluti fraternitates habebantur in quibus omnes sodales – sive sacerdotes sive non sacerdotes – aequales inter se considerabantur, progrediente tempore novam adepti sunt speciem. Instituta haec, quae ‘mixta’ vocantur, foundationis charismate prae oculis habito, perpendant oportet sitne consentaneum et tolerabile ad primigeniam mentem et voluntatem redire. Patres synodales exoptarunt ut in id genus institutis eadem omnibus religiosis iura officiaque adsignentur, praeter illa quae ex ordine sacro oriuntur. Ut hac de re quaestiones ponderentur eademque solvantur, apposita constituta est commissio, cuius praestolandae sunt conclusiones, ut aptae deprecantur electiones prout legitime statuetur⁴⁵.

Al comienzo de la fase de preparación de la IX Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos, no se hizo ninguna referencia especial a este tema y los *lineamenta*⁴⁶ indicaron que solo existen las dos categorías previstas por el Código de Derecho Canónico latino y el Código de Derecho Canónico para las Iglesias Orientales. Posteriormente, el *instrumentum laboris* subrayó la complementariedad entre los religiosos laicos y clérigos y afirmó que: “Vi sono istituti laicali, composti da soli fratelli; altri sono per fondazione e carisma laicali; altri invece clericali e laicali insieme, in quanto vi appartengono, sulla base della stessa consacrazione e carisma, chierici e laici, secondo la diversa natura degli istituti e con una diversa partecipazione nella vita, nel governo e nell’apostolato”⁴⁷. Además, el número 13 consideraba la posibilidad de institutos mixtos,

⁴⁵ VC 61, en AAS 88 (1996) 435. San Juan Pablo II tomó de nuevo el tema dirigiéndose con estas palabras a los frailes capuchinos reunidos durante el congreso internacional *La vocación capuchina en sus expresiones laicales* (Roma, 2-21 de septiembre de 1996) con estas palabras: “Codesto ordine religioso costituisce dunque una fraternità, composta da chierici e laici che condividono la stessa vocazione religiosa secondo il carisma francescano e cappuccino, descritto nei suoi tratti essenziali dalla propria legislazione approvata dalla Chiesa” (1996, p. 566).

⁴⁶ Véase Synodus episcoporum IX coetus generalis ordinarius, de vita consecrata deque eius munere in ecclesia et in mundo, *Lineamenta*, Città del Vaticano, 1992, n° 18. Crítico con respecto a los *lineamenta* fue Beyer sobre todo porque no hubieran orientado de manera adecuada la reflexión sobre los institutos laicales, faltando de claridad en relación a los “tipi di vita consecrata vissuta negli istituti” (1993, pp. 562-563).

⁴⁷ Synodus episcoporum IX coetus generalis ordinarius, de vita consecrata deque eius munere in ecclesia et in mundo, *Instrumentum laboris*, Città del Vaticano 1994, N. 12. Amigo Vallejo afirma en torno a la existencia de los institutos mixtos: “que la vida religiosa tiene un fundamento vocacional único, que se

pero destacaba la ambigüedad inherente a la propia expresión “mixto”, ya que podía referirse a “l’indole mista del gruppo, cioè composto di uomini e donne”⁴⁸. Finalmente, el *instrumentum laboris* encomendaba al Sínodo la petición de que se “risolva la questione della partecipazione dei fratelli nel governo degli istituti clericali e misti, in modo che, nel rispetto della propria natura e tradizione, sia regolata dalla legislazione dei singoli istituti”⁴⁹. En la *relatio ante disceptationem*, el cardenal Hume, monje benedictino, entre los retos para la vida consagrada, destacó el tema de la participación de los hermanos laicos en el gobierno de los institutos clericales o mixtos, preguntándose al final si “non occorre(sse) rivedere certe categorie troppo fisse tenendo conto dei carismi” (1994, p. 11). Durante las sesiones del Sínodo hubo veintitrés intervenciones relacionadas con el número 32 del *instrumentum laboris*, nos referimos a las tesis de Takayoshi Noguchi y Maia Luisi⁵⁰ consagradas específicamente al tema de los institutos “mixtos”, aquí recordaremos algunas que nos parecen más significativas. En general, se trataba de reflexiones y testimonios más interesados en subrayar la necesidad de abordar el asunto de la participación de los religiosos laicos en las estructuras de animación y de gobierno de los institutos clericales o mixtos, que en recordar la necesidad del reconocimiento de un tercer tipo de institutos, que ya se daba por supuesto y cuya existencia se pedía que la Iglesia simplemente la certificara⁵¹. Marcello Zago, superior general de los Oblatos de María Inmaculada y secretario especial del Sínodo, subrayó que la variedad carismática de los institutos exigía igualmente una variedad de estructuras y la necesidad de que esta fuera reconocida y protegida por la Sede Apostólica, de modo que no fuera necesario acudir a la Congregación para nombrar a un religioso laico como superior local de una casa religiosa de un instituto clerical. En cuanto a los casos de religiosos laicos como superiores mayores siempre en institutos clericales o mixtos, estos deberían haber sido

expresa y se vive en la profesión de los consejos evangélicos, conforme al carisma del instituto... puede favorecer la vitalidad del propio instituto y la complementariedad de su respectivo camino dentro de la misma vida religiosa” (1998, pp. 98-99).

⁴⁸ Una posible referencia puede ser, no solo a las experiencias actuales, sino también a los llamados monasterios “dobles”, tanto masculinos como femeninos, que se fundaron en Francia con cierta frecuencia ya desde la época merovingia bajo la influencia de los discípulos de San Columbano, que gozaban de la exención concedida tanto por las autoridades civiles como por la Sede Apostólica, y que a menudo eran gobernados por abadesas, como Faremoutiers, Chelles, Jouarre y Montivilliers. También cabe destacar uno de los centros monásticos más importantes de Francia, la abadía de Fontevrault fundada por Robert d’Arbrissel en 1099, donde la abadesa ya gobernaba a más de 5.000 monjas, monjes y sacerdotes en 1117, o la abadía “doble” de Goleto (Sant’Angelo dei Lombardi) fundada en 1133 y dirigida por la abadesa hasta su anexión en 1505 a la abadía de Montevergine, y las comunidades de Brigidinas y Brigidinos.

⁴⁹ *Instrumentum laboris*, n 32.

⁵⁰ Véase Noguchi (2003, pp. 217-226) y Luisi (2014, pp. 145-178).

⁵¹ Taccone escribe: “Gli istituti misti entrano in scena con ambigua apparenza di novità, una novità relativamente al codice di diritto canonico, ma non nella realtà della Chiesa e del concilio. Si chiede il riconoscimento di una consistente realtà di istituti... ma non tutti gli istituti denominati ‘misti’ hanno la stessa configurazione giuridica. Si attende legittimamente che la proposta sinodale trovi logica conferma con l’inserimento doveroso della figura degli istituti misti nell’ordinamento ecclesiastico, senza cadere in facili riduzionismi” (1995, pp. 725-726).

regulados puntualmente por el derecho propio de cada instituto, teniendo en cuenta tanto las necesidades específicas en cuanto a las funciones jurisdiccionales como la misión y fines del instituto (Zago, 1994, p. 7). Los frailes franciscanos presentes en el Sínodo como superiores generales o como obispos, por ejemplo, el capuchino monseñor Papamanolis (delegado de la Conferencia Episcopal Griega) recordaron la existencia de institutos cuyo carisma fundacional no está ligado exclusivamente a un ministerio, función o servicio específico, sacerdotal o laical, sino a una forma de vida evangélica propia, con la necesaria consecuencia de un continuo y adecuado reconocimiento canónico. Hermann Schalück, ministro general de los Frailes Menores, y John Corriveau, ministro general de los Capuchinos, indicaron la necesidad de entrar en una etapa de reflexión para llegar a una correcta integración entre lo carismático y lo estructural-canónico, como ocurrió en los inicios de los Menores y de los Capuchinos⁵². Flavio Carraro, en su calidad de ex presidente de la Unión de Superiores Generales y ex ministro general de los Capuchinos, recordó que no se trataba de “reivindicaciones sindicales” sino de respeto y puesta en práctica de la voluntad del fundador⁵³.

Tras escuchar los informes de los círculos menores, el Sínodo aprobó cincuenta y cinco proposiciones para presentarlas al pontífice. Con la décima proposición, el Sínodo pidió que se reconocieran en el derecho común los institutos mixtos en los que los religiosos clérigos y los religiosos laicos gozaban de los mismos deberes y derechos sin discriminación alguna, salvo los derivados de las órdenes sagradas, atribuyendo a sus respectivos capítulos generales la competencia para regular su ejercicio, afirmando así:

Ad dignitatem et identitatem propriam vitae religiosae virorum roborandas, publice agnoscaturn existentia institutorum mixtorum, id est, illorum in quibus, secundum propositum fundatoris, aequales sint religiosi clerici et laici pari

⁵² Afirma Schalück, que el *instrumentum laboris*, reconociendo la existencia histórica de los institutos mixtos: “Va più in là dell’attuale diritto canonico e apre la porta ad un’auspicabile evoluzione” (1994, p. 661). Corriveau recuerda la constante sensibilidad de la Sede Apostólica en el acoger la *novitas* franciscana y capuchina: “Il giudicare una ‘nuova’ realtà con un criterio canonico che quasi sempre la esclude, rappresenterebbe una grave condizione. Dico ‘nuova’ poiché la divisione di tutti gli istituti religiosi in laicali e clericali è un fenomeno relativamente recente. In effetti gli istituti ‘misti’, che non sono per propria natura né laicali né clericali, esistono e sono esistiti fin dalla nascita dei primi movimenti religiosi. Nel XIII e nel XIV secolo, uno dei periodi più significativi per il diritto canonico, le strutture ecclesiastiche hanno saputo adattare ed integrare una forma di vita come quella di San Francesco, che era così originale da far autorevolmente dire: ‘*cuius vita tanta est novitas quod de ea in corpore iuris non reperitur auctoritas*’ (Bartolo da Sassoferrato). Credo che, una volta che l’autorità ecclesiastica ha approvato i principi che regolano il loro diritto particolare, i capitoli e le altre strutture di governo possono trovare da sole i mezzi più appropriati per applicarli in modo coerente. Ad esempio: quando l’uguaglianza nella fratellanza evangelica è un principio fondamentale approvato ed è espressamente richiesto dall’istituto in fedeltà al suo proprio carisma, il capitolo deve essere libero di applicare tale principio a ogni livello, anche quello direttivo” (1994, p. 8). Confirma Corriveau que un instituto mixto “esiste per il fine della fraternità che definisce l’indole e lo spirito della sua presenza e del suo servizio nella Chiesa e nel mondo” (1997, p. 12).

⁵³ Véase Carraro (1994, p. 10).

*ratione paribusque iuribus et obligationibus, salvis in quae ex ordine sacro
proveniunt (PC 15). Proponitur insuper ut, capitulis generalibus id petentibus,
munera gubernationis aperta maneant sine discriminatione*⁵⁴.

La exhortación apostólica postsinodal *Vita consecrata*, en el número 61, retomó el tema y se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, observamos que el Sínodo no ha añadido ni quitado nada en cuanto a la definición de instituto laical o clerical, la única novedad parece ser la contenida en la VC 60 que señala como mejor terminología la de *instituta religiosa fratrum* en lugar de instituto laical para evitar la confusión con el carácter secular reconocido como propio de los fieles laicos⁵⁵. *Vita consecrata* reconoce la existencia de institutos mixtos como aquellos institutos en los que la intención del fundador y el carisma fundacional fueron establecer una fraternidad de sacerdotes y no sacerdotes que se consideran iguales entre sí reconociéndose mutuamente iguales obligaciones y derechos; en consecuencia, a los religiosos no sacerdotes se les debe reconocer por su derecho propio la igualdad de oportunidades para asumir oficios, cargos y ministerios, excepto los directamente relacionados con el orden sagrado, incluidos los de gobierno y animación a todos los niveles. El elemento que califica a un instituto como mixto, que la exhortación considera que se refiere exclusivamente a la co-presencia de sacerdotes y no sacerdotes y no, por ejemplo, de hombres y mujeres, es solo el de la voluntad e intención del fundador, que la Iglesia acepta como un don de Dios y que, por tanto, se siente obligada a proteger.

Obsérvese que, entre la proposición décima del Sínodo, con su referencia a PC 15, y VC 61, hay un cambio significativo de términos. El primer texto se refiere a *iuribus et obligationibus* mientras que el segundo se refiere a *iura officiaque adsignetur*. La sustitución de *obligatio* por *officium* —término que puede asumir el significado tanto de deber como de oficio— y el verbo *adsignor*, orientó la reflexión posterior por un camino más complejo que estaría vinculado más a los temas relacionados con la noción de oficio eclesiástico, y por tanto de potestad de jurisdicción, que a aquellos conectados con la identidad y el estatuto específico del religioso. El Concilio y el Sínodo hablaban de derechos y obligaciones, mientras que *Vita consecrata* se refirió a derechos, oficios y cargos a asignar.

El pontífice encomendó a una comisión la tarea de estudiar cómo poner en práctica estas indicaciones autorizadas. Como es sabido, la Congregación para los Institutos de

⁵⁴ Synodus episcoporum ix coetus generalis ordinarius, De vita consecrata deque eius munere in ecclesia et in mundo. *Propositiones*, n° 10, en *Enchiridion della vita consacrata. Dalle decretali al rinnovamento postconciliare (385-2000)*, Bologna-Milano 2001, n° 6802, y en *Adista Documenti* 78 (12 novembre 1994).

⁵⁵ Véase VC 60, en AAS 88 (1996) 434.

Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica no ha hecho pública ninguna conclusión de los trabajos de esta comisión postsinodal, y no cabe duda de que ante las muchas expectativas generadas por el camino sinodal desde la fase preparatoria hasta la etapa postsinodal de las proposiciones, la exhortación apostólica y la comisión convocada por la Congregación, se generó en la actualidad una situación de sustancial frustración, ya que no hay resultados oficiales que tengan un impacto adecuado en el derecho común⁵⁶. Sin embargo, el 11 de febrero de 2022, los superiores de la Congregación *ex audientia Ss.mi* recibieron la facultad de autorizar a un religioso laico de un instituto clerical de derecho pontificio a recibir el oficio de superior local o mayor, y de moderador supremo, en derogación de las disposiciones del canon 588 § 2.

El religioso laico elegido o nombrado superior mayor o moderador supremo de un instituto de vida consagrada o de una sociedad clerical de vida apostólica clerical de derecho pontificio en virtud del canon 596 § 2 tendrá la potestad de régimen en el fuero externo e interno no sacramental ejercida —en caso de institutos religiosos— *ad instar ordinarii* (canon 134 § 1). Es probable que las razones de este estancamiento se debieron a las dificultades relativas a la potestad de régimen que pueda tener un religioso laico en un instituto no meramente laical y a las posibles contradicciones con los cánones 129 § 1 y 274 § 1⁵⁷.

2.3. El canon 596

El 24 de enero de 1986, San Juan Pablo II se dirigió así a la asamblea plenaria de la Sagrada Congregación para los Religiosos y los Institutos Seculares:

È necessario che i religiosi laici prendano coscienza del fatto di essere responsabili, accanto ai loro fratelli sacerdoti, di tutto ciò che può favorire la vitalità del proprio istituto. Il codice di diritto canonico apre ad essi molte possibilità di partecipazione alla vita e missione della propria famiglia religiosa, eccettuando ovviamente quegli aspetti che dipendono strettamente dal carattere sacerdotale. Sarà compito dei capitoli generali lo studio più preciso e l'applicazione di tali possibilità, alla luce delle norme del diritto universale, e in un rinnovato impegno di fedeltà al carisma di fondazione, alla missione specifica di ciascun istituto nelle attuali necessità della Chiesa. (1986, p. 728)

⁵⁶ Véase Iglesias (2006, pp. 809-810).

⁵⁷ En este sentido es significativo que el decreto de la CIVCSVA 28 de mayo 2019 (Prot. n° 30336/1995) de derogación concedido a f. Mark Schenk, laico capuchino, para que pueda asumir el oficio de ministro provincial en la Provincia de Mid America hace explícita referencia al canon 129 § 1 y al ejercicio de la potestad de jurisdicción.

El texto base para el proceso de revisión de la norma que debía terminar con el canon 596⁵⁸ ha sido el canon 501 § 1 del código piano-benedictino, que decía lo siguiente: “Superiores et capitula, ad normam constitutionum et iuris communis, potestatem habent dominativam in subditos; in religione autem clericali exempta, habent iurisdictionem ecclesiasticam tam pro foro interno, quam pro externo”⁵⁹. A esta hay que añadir otras fuentes posteriores, como el canon 26 §§ 1-2 del Codex Iuris Canonici Orientalis del 9 de febrero de 1952⁶⁰ y la respuesta de la Comisión Pontificia para la Interpretación Auténtica del Código de Derecho Canónico del 26 de marzo de 1952 con la que se aplicaron al ejercicio de la potestad dominativa los cánones 197, 199 y 206-209 CIC ‘17 relativos al ejercicio de la potestad de jurisdicción en determinados casos. Este texto se convertirá en fuente directa del tercer párrafo del canon que estamos tratando⁶¹. El 6 de noviembre de 1964 Pablo VI, con el rescripto *Cum admotae* (Secretaria Status, 1967, 374-378), delegó a los moderadores supremos de los institutos clericales de derecho pontificio y a los abades-presidentes de las congregaciones monásticas ciertas facultades para facilitar y simplificar el gobierno interno de sus institutos. En continuidad con el *Cum admotae*, cabe recordar también dos decretos de la Sagrada Congregación para los Religiosos y los Institutos Seculares, el primero —*Religionum laicalium* del 31 de mayo de 1966 (Sacra Congregatio de Religiosis, 1967, 362-364)— que extendía a los moderadores supremos de los institutos seculares ciertas facultades no relacionadas con el ejercicio del orden sagrado, y el segundo —*Clericalia instituta* del 27 de noviembre de 1969⁶²— que se

⁵⁸ Canon 596 § 1. Institutorum superiores et capitula in sodales ea gaudent potestate, quae iure universalis et constitutionibus definitur. § 2. In institutis autem religiosis clericalibus iuris pontificii pollent insuper potestate ecclesiastica regiminis pro foro tam externo quam interno. § 3. Potestati de qua in § 1 applicantur praescripta canonum 131, 133 et 137-144.

⁵⁹ Canon 501 § 1 CIC ‘17. A su vez las fuentes del canon 501 § 1 son: X. 3, 35, 6 *Quum ad monasterium* (Friedberg CIC II, 599-600); Concilium tridentinum, sess. 25, *de regularibus*, c. 1, en *COD*, 776 y Leo XIII, Constitutio apostolica *Condita a Christo*, del 6 de diciembre de 1900, § 2, nn° I-II, en *ASS* 33 (1900-1901) 341-347. Se recuerdan también los siguientes cánones del código del 1917 que están directamente involucrados en la reforma del tema del canon 501 § 1: canon 502. “Supremus religionis Moderator potestatem obtinet in omnes provincias, domos, sodales religionis, exercendam secundum constitutiones; alii Superiores ea gaudent intra fines sui muneris”; canon 1312. § 1. “Qui potestatem dominativam in voluntatem voventis legitime exercet, potest eius vota valide et, ex iusta causa, etiam licite irrita reddere, ita ut nullo in casu obligatio postea reviviscat. § 2. Qui potestatem non quidem in voluntatem voventis, sed in voti materiam habet, potest voti obligationem tandiu suspendere, quandiu voti adimplementum sibi praeiudicium afferat”, además del canon 488 ya citado.

⁶⁰ “Superiores maiores monachorum non exemptorum cuiusvis condicionis iuridicae, et congregationum clericalium iuris pontificii non exemptarum vel iuris patriarchalis habent iurisdictionem ecclesiasticam in utroque foro tantum in casibus in iure expressis”, Codex Iuris Canonici Orientalis: *de religiosis, de bonis ecclesiae temporalibus, de verborum significatione pro ecclesiis orientalibus*, canon 26 § 2, 2°, en *AAS* 44 (1952) 74.

⁶¹ Véase Pontificia Commissio Ad Codicis Cánones Authentice Interpretandos (1952, pp. 496-497).

⁶² “2. Capitula generalia institutorum religiosorum clericalium possunt pariter eisdem religiosi laici vocem activam et passivam ad capitula cuiusque gradus, atque at electiones negotiorumque tractationem in iisdem capitulis habendas, secundum mensuram et condiciones tum ipsa rerum natura impositas tum a capitulo generali statuendas... 4. Sodales non clerici vero non poterunt munus superioris vel vicarii gerere sive generalis sive provincialis sive localis” (Sacra Congregatio Pro Religiosis et Institutis Saecularibus, 1969,

refería a la participación de los miembros no clérigos de los institutos clericales en ciertos aspectos del gobierno de sus institutos. El Concilio Vaticano II trató esta cuestión en *Perfectae caritatis*, en particular en el número 14⁶³, y Pablo VI, con el motu proprio *Ecclesiae sanctae*, abrió un tiempo de experimentación de las formas de gobierno de los institutos al confiarles la facultad de modificar, con prudente libertad, el ejercicio de la potestad de sus superiores y capítulos para favorecer la descentralización de las facultades de gobierno integrando el principio de subsidiariedad con el de legalidad⁶⁴.

Pasemos, pues, al proceso de redacción del canon 596. El punto de partida es el canon 501 § 1 del CIC '17, sin embargo de la lectura combinada del canon 118 CIC '17⁶⁵ y del rescripto *Cum admotae* ya se había extendido el ejercicio de la potestad de jurisdicción ordinaria —es decir la ejercida en virtud del oficio— a todos los superiores mayores de los institutos clericales de derecho pontificio, superando de hecho la distinción de régimen canónico entre los institutos exentos y los no exentos.

En el *coetus de institutis perfectionis*, durante la sesión del 9 al 14 de diciembre de 1968 se discutió del gobierno interno de los institutos religiosos. Ramón Bidagor y los demás miembros del *coetus* consideraron la relación entre la potestad de jurisdicción y la figura del superior mayor como “ordinario” en relación tanto con las dificultades vinculadas a la propia noción de *potestas dominativa publica* como con el tema del poder en los institutos laicales, por lo que un consultor se preguntaba si era posible que los superiores mayores y los capítulos de los institutos laicales —incluidos los femeninos— tuvieran la potestad de jurisdicción y la plena participación de los religiosos laicos en los capítulos. En este contexto de reflexión abierta y crítica sobre la naturaleza de la potestad de jurisdicción en los institutos religiosos, se afirmó que la doctrina no era pacífica en cuanto a la reserva de la potestad de jurisdicción a los clérigos únicamente y lo que establecía el canon 118 CIC '17⁶⁶. También es interesante notar la referencia que hicieron

pp. 739-740).

⁶³ PC 14, en *AAS* 58 (1966) 708-709.

⁶⁴ Véase *ES* II, 6, en *AAS* 58 (1966) 776.

⁶⁵ Que corresponde a el actual canon 129 § 1.

⁶⁶ Así en las actas del coetus: “Rev.mus Bidagor animadvertit quod si omnibus superioribus datur potestas iurisdictionis, tunc omnes venirent sub nomine ‘ordinarii’, non tantum superiores maiores religionis clericalis exemptae. Mens est ut supprimatur sic dicta ‘potestas dominativa publica’. Attamen ex hoc exurgit nota quaestio de potestate in institutis laicalibus; potestne potestas iurisdictionis extendi ad laicos, etiam ad mulieres? In iure hodierno (véase can. 118), soli clerici sunt capaces obtinendi potestatem iurisdictionis, sed hoc in doctrina non est pacificum. Quaestio haec evidenter connectitur cum alia memorata quaestione de potestate capitulorum, quia etiam in capitulis laici partem habent... Exc.mus secundus consultor quaerit an sit revera utilis locutio ‘tam pro foro interno quam pro foro externo’ per ipsam enim laici excluderentur a possibilitate exercendi potestatem iurisdictionis. Respondet tamen rev.mus nonus consultor quod, etiam si laicis non detur potestas iurisdictionis in foro interno sacramentali, quaedam semper ipsis tribui possunt in foro interno non sacramentali. Attamen cum de potestate ecclesiastica alio in coetu agendum sit, relinquatur haec quaestio”, *Coetus studii de institutis perfectionis, Sesión V* (9-14 de diciembre de 1968), en *Comm.* 25 (1993) 261-262.

dos consultores entorno al ejercicio de la potestad de jurisdicción en el fuero interno no sacramental por parte de los religiosos laicos, tema estrechamente relacionado con lo dispuesto en el capítulo séptimo de la Regla bulada de San Francisco⁶⁷. El *coetus* en esta fase de estudio se limitó a señalar que otros —el *coetus de normis generalibus*— estaban trabajando sobre la cuestión. Posteriormente, en la sesión del 24 al 27 de noviembre de 1969, se discutió, entre otras, la terminología utilizada, y se confirmó la decisión de eliminar el adjetivo *dominativa* del texto en revisión porque se refería a un poder de carácter doméstico y, por tanto, no era coherente con la realidad y la naturaleza eclesial de los religiosos⁶⁸. Así, tras algunas modificaciones de los textos que llevaron a la unificación de los párrafos y a cambios lexicales⁶⁹, se llegó al texto del canon 25 bajo el título *De institutorum regimine* del esquema *De vita consecrata*, que decía lo siguiente:

§ 1. Institutorum moderatores et capitula in sodales sua gaudent potestate ad normam iuris particularis et communis; in institutis autem clericalibus pollent insuper iurisdictione ecclesiastica pro foro interno quam pro foro externo. § 2. Moderatores omnes erga sodales suae curae commissos suam adimpleant missionem et suam potestatem exerceant ad normam iuris particularis et communis. § 3. In institutis exemptis ad normam canon 17, moderatores pleniorum obtinent potestatis ecclesiasticae participationem et eiusdem liberum usum ad normam iuris etiam particularis exercendum. Qui autem moderatores maiores clerici sunt nomine Ordinarii veniunt. (Coetus de Institutis Vitae Perfectionis, 1996, pp.132-133)

El texto del canon 21 del esquema de 1977 enviado a los consultores e instituciones para sus comentarios era el siguiente:

§ 1. Institutorum moderatores et capitula in sodales sua gaudent potestate ad normam iuris universalis et constitutionum; in institutis autem clericalibus iuris

⁶⁷ Es notable a este propósito recordar el texto de la Regla no bulada: “Et fratres mei benedicti tam clerici quam laici confiteantur peccata sua sacerdotibus nostrae religionis. Et si non potuerint, confiteantur aliis discretis et catholici sacerdotibus scientes firmiter et attendentes quia a quibuscumque sacerdotibus catholicis acceperint poenitentiam et absolutionem, absoluti erunt procul dubio ab illis peccatis, si poenitentiam sibi iniunctam procuraverint humiliter et fideliter observare. Si vero tunc non potuerint habere sacerdotem, confiteantur fratri suo, sicut dicit apostolus Iacobus: ‘*Confitemini alterutrum peccata vestra*’. Non tamen propter hoc dimittant recurrere ad sacerdotem, quia potestas ligandi et solvendi solis sacerdotis est concessa. Et sic contriti et confessi sumant corpus et sanguinem Domini nostri Iesu Christi cum magna humilitate et veneratione recordantes quod Dominus dicit: ‘*Qui manducat carnem meam et bibit sanguinem meum habet vitam aeternam*’ et ‘*Hoc facite in meam commemorationem*’”, ed. a cargo de Enrico Menestò, Stefano Brufani, Giuseppe Cremascoli, Emore Paoli, Luigi Pellegrini, Stanislao da Campagnola; aparatos de G. M. Boccali, *Fontes franciscani*, S. Maria degli Angeli-Assisi, 1995, XX, pp. 1-5.

⁶⁸ Véase Coetus de Institutis Vitae Perfectionis (1993, pp. 283-284).

⁶⁹ Véase Coetus de Institutis Vitae Perfectionis (1994, pp. 36 y 56).

pontificii pollent insuper iurisdictione ecclesiastica tam pro foro interno quam pro foro externo, firmo tamen praescripto canonis. § 2. Moderatores omnes erga sodales ipsorum curae commissos suam adimpleant missionem suamque potestatem exerceant ad normam constitutionum et iuris universalis. § 3. In institutis exemptis ad normam canon 17, moderatores pleniorum obtinent potestatis ecclesiasticae participationem et eiusdem liberum usum ad normam iuris universalis et constitutionem exercendum⁷⁰.

Como ya se ha dicho, el asunto de la participación de los laicos en la potestad de jurisdicción también fue objeto de debate en el coetus *de normis generalibus*, donde algunos miembros subrayaron que la cuestión de la incapacidad de los laicos en esta potestad debía considerarse un asunto de derecho eclesiástico y no divino, como había deseado el Vaticano II⁷¹. En enero de 1975, un *coetus mixto de sacra hierarchia et de institutis vitae consecratae* se reunió para discutir la naturaleza de esta potestad y para evaluar la posibilidad de atribuirle a los superiores no clérigos⁷². El año siguiente, en febrero de 1976, también el *coetus de lege Ecclesiae fundamentalis* abordó la cuestión y optó por preguntar a la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe si los laicos podían ser asumidos en cargos y oficios que implicaran el ejercicio de la potestad de jurisdicción. En las actas del *coetus de institutis vitae consecratae* de marzo de 1979 aparece la siguiente nota: “Secondo una risposta della S. Congregazione per la Dottrina della Fede ad un quesito posto dalla nostra commissione, anche i laici possono partecipare della potestà di giurisdizione *singulis pro causis auctoritas ecclesiae suprema ipsis concedit*” (Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, 1979, p. 59). La concesión por parte de la Sede Apostólica se habría debido entender en su contexto y como una excepción, teniendo en cuenta que en las actas de la sesión plenaria del 23 al 29 de octubre de 1981 de la Comisión para la Revisión del Código se informa de que el 8 de febrero de 1977 se preguntó a la Sagrada Congregación para la Doctrina de

⁷⁰ Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, *Sesión IV* (23-28 de abril de 1979), en *Comm.* 11 (1979) 305 y también Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici recognoscendo, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab em.mis atque exc.mis patribus commissionis ad novissimum schema codicis iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a secretaria et consultoribus datis (reservata)*, Città del Vaticano 1981, pp. 139-140, y en *Comm.* 15 (1983) 64-65.

⁷¹ En el contexto de la discusión sobre los preceptos el coetus se preguntó: “An laici subiectum esse possint ecclesiasticae iurisdictionis? Rev.mus Consultor declarat quod: 1. Theologice ac proinde etiam iuridice est laicorum inhabilitatem, a Codice constanter retentam, una alteraque exceptione mitigatam, ad recipiendam potestatem iurisdictionis ab uno promanare iure, ab illo, nempe ecclesiastico, non autem ab illo divino. 2. In novo Codice expedit, saltem pro nonnullis peculiaribus casibus, vigentem disciplinam aliquantulum mitigare. Concilium Vat. II in clara luce posuit sive dignitatem sive etiam maturitatem laicorum et hic aspectus conciliaris suadet illam mitigationem in novo Codice inducere, seu iurisdictionis potestatem quoque illis laicis concedere. Rev.mus Secretarius Ad. aestimat potestatem legislativam semper reservandam esse clericis, potestatem vero executivam concedendam etiam laicis” (Coetus de Normis Generalibus, 1987, pp. 202-203).

⁷² Véase Coetus studiorum de Institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum (1975, pp. 25 y 89-90).

la Fe sobre la posible participación de los laicos en la potestad de régimen y la respuesta fue que desde un punto de vista teológico los laicos deben considerarse excluidos solo “dagli uffici intrinsecamente gerarchici”, de aquellos para los que solo están hábiles los ordenados *in sacris*⁷³. Durante la sesión del 26 de abril de 1979, el *coetus* discutió el texto del canon 21 y las actas informan que:

Un consultore ricorda come la potestà di tutti gli istituti, purchè laicali, è in qualche modo ecclesiastica, derivata cioè dalla potestà ecclesiastica; non è amicale, privata, né dominativa (termine ormai superato). Anche nel caso dei laici, vi può essere una certa partecipazione nella potestà di regime. Si dica: “ea potestate ecclesiastica gaudent, quam eis tribuunt ius universale et constitutiones”. Il relatore fa notare che questa questione è stata discussa a lungo nella preparazione dello schema. Certamente non è in nostro potere prendere una decisione in merito. (Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, 1979, p. 306)

En el *coetus* surgió el entendimiento que la facultad otorgada a un instituto para incardinar clérigos implicaba la potestad de jurisdicción, se dijo que: “la potestà di regime negli istituti secolari di diritto pontificio è proporzionata al fatto che abbiano o meno la facoltà di incardinare... o hanno la potestà di regime soltanto quelli che siano istituti clericali di diritto pontificio con facoltà di incardinare” (Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, 1979, p. 307). A continuación se trataron cuestiones terminológicas y de las diferentes tipologías de institutos, especialmente en relación con los institutos clericales seculares de derecho pontificio y su facultad de incardinar diáconos y presbíteros. El Secretario declaró en un momento dado que: “la questione ha ripercussioni nell’insieme del CIC, perciò appare conveniente precisare bene se la potestà di regime dovrà essere per tutti gli istituti clericali di diritto pontificio oppure soltanto per gli istituti religiosi” (Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, 1979, p. 307). Por ello, el canon 523 del Schema *novum* de 1980 fue propuesto con esta fórmula:

⁷³ La duda sometida a la Congregación era formulada en estos términos: “Utrum laici, utpote baptisate suo modo munerum Christi participes facti, adsumi possint, sub ductu quidem episcoporum, ad aliqua munera regiminis seu iurisdictionis, participationem nempe secumferentia in potestatibus legislativa, executiva vel iudiciali; et, si affirmative, quaenam sint haec munera ecclesiastica ad finem spiritualem exercenda qua etiam laicis committi possunt?” La respuesta fue: “1. Dogmáticamente, i laici sono esclusi soltanto dagli uffici intrinsecamente gerarchici, la cui capacità è legata alla recezione del sacramento dell’ordine. Determinare concretamente tali uffici *ad normam iuris* spetta agli organismi istituiti “ad hoc” dalla Santa Sede. 2. Si proceda con la massima cautela per evitare che si crei un ministero pastorale laico in concorrenza con il ministero dei chierici. 3. Si raccomandi che l’assunzione di laici a uffici ecclesiastici sia contenuta nei limiti del diritto vigente senza nuova estensione” (Pontificium consilium de legum textibus interpretandis, 1991, p. 37).

§ 1. Institutorum superiores et capitula in sodales ea gaudent potestate quae iure universali et constitutionibus definiuntur. § 2. In institutis autem religiosis clericalibus iuris pontificii pollent insuper potestate ecclesiastica regiminis pro foro tam externo quam interno. (Pontificia commissio codici iuris canonici recognoscendo, 1981, pp. 139-140)

Las observaciones a este texto se referían a tres asuntos distintos y la secretaría respondió negativamente a todos ellos. La primera, del cardenal Florit, sobre la extensión de la potestad de régimen a los superiores de los institutos seculares de derecho pontificio, a la que la secretaría respondió que no era necesario que una norma general previera esta situación por dos razones: la primera, porque solo los institutos religiosos clericales de derecho pontificio tienen la facultad de incardinar, y la segunda, de orden más concreto, el hecho de que el número de estos institutos seculares era muy reducido. La segunda observación, del cardenal Pironio, pedía que se suprimiera el adverbio *insuper* en el texto del segundo párrafo porque del texto se podía entender que otros superiores, como los de las sociedades de vida apostólica o los institutos clericales de derecho diocesano, no podían recibir la potestad de régimen. El secretario respondió que: “Animadversio non recipitur, quia per verbum *insuper* non negatur ut etiam alii hanc habeant potestatem” (Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, 1979, p. 64)⁷⁴. Por último, el secretario incluyó una nota a la petición del cardenal Philippe de añadir al final del texto una referencia al canon 131 § 1, correspondiente al actual canon 134, que merece ser mencionado: “Non videtur necessarium. Attamen cum potestas regiminis nunc intelligenda tantum sit sensu c. 126, opportunum censetur ut quoad potestatem de qua in linn. 1-2 huius canonis (quae non est potestas regiminis, etsi quamdam potestatem ecclesiasticam publicam constituat), applicentur cánones 128, 130 et 134-141, prudentiae causa”⁷⁵. Así que, finalmente, el esquema *novissimum* de 1982 añadió el párrafo 3 al canon 596 de la siguiente manera: “Potestati de qua in § 1 applicantur praescripta cann. 131 et 137-144” (Pontificia commissio codici iuris canonici recognoscendo, 1982, p. 111).

Esta es la crónica, entremos brevemente en algunos detalles significativos. En primer lugar, salta a la vista que en el paso del texto del código piano-benedictino al del esquema *De vita consecrata*, desaparece la *potestas dominativa*, que indicaba la potestad

⁷⁴ Véase *Comm.* 11 (1979) 305-308. Rhode pero considera que: “La struttura del canone 596 circa la potestà esecutiva negli istituti religiosi è un indizio per una distinzione tra la potestà di tutti i superiori di cui al § 1 e la *potestas ecclesiastica regiminis* del § 2 che viene esercitata solo negli istituti clericali di diritto pontificio. In modo particolare l’avverbio *insuper* nel § 2 dà l’impressione che si tratti di due tipi distinti di potestà” (2017, p. 371).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 64.

propia de los superiores de todos los institutos. El intento de superar el problema lexical relacionado con el adjetivo *dominativa* no hizo más que volcar la cuestión de la naturaleza misma de esta potestad. En realidad, se trata de una potestad que permite realizar actos de gobierno ejecutivo, pero que no fue definida como *potestas regiminis executiva*, porque esta está reservada solo a los superiores ordenados *in sacris*, con ciertas excepciones. Además, esta potestad indefinida del que gozan todos los superiores tiene ciertamente una naturaleza pública, porque es *potestas a Deo recepta per ministerium Ecclesiae* (canon 618), sin embargo, paradójicamente, no se la puede llamar eclesiástica⁷⁶. El debate, como hemos señalado, fue muy acalorado y el *coetus de vita consecrata* decidió no abordar la cuestión.

Además, el nuevo texto extendía la potestad de régimen a todos los institutos religiosos clericales de derecho pontificio, y por extensión a las sociedades de vida apostólicas clericales de derecho pontificio (canon 732), restringiendo así de hecho el sentido de la exención, instituto canónico que ha tenido una importancia considerable en la historia del derecho de los religiosos, institución que sin embargo seguía presente en el código con el canon 591⁷⁷.

El *coetus* fue muy cauto y no quiso asumir la responsabilidad de precisar la naturaleza y la terminología del poder ejercido por los superiores y los capítulos de los institutos de vida consagrada en general, estos en todo caso poseen una estructura de gobierno suficiente con la legislación actual, ver por ejemplo los cánones 641; 647 § 1; 656 § 3; 684 § 1; 686 § 1; 689 § 1; 699 y 700. Sin embargo, queda abierta la discusión sobre qué normativa rige los actos de los superiores religiosos, especialmente de los

⁷⁶ Favorables a considerar la perspectiva pública de la potestad que poseen todos los superiores de los institutos religiosos son Maroto, Larraona, Bertrams y finalmente José Luis Gutiérrez, véase Maroto (1919, p. 460); Larraona (1937, pp. 147-180); Bertrams (1969, pp. 133-163) y Gutiérrez (1983, p. 74). En cambio, contrario es Michiels que sin embargo concede que se pueda entenderla como *non ex toto mere privata*, afirma: “Potestas dominativa communiter dicitur ex toto privata non solum modo ratione originis, ... sed etiam ratione subiecti atque obiecti eius... Ex se hoc etiam valet de potestate dominativa ecclesiastica, de ea scilicet quae ex dispositione iuris habetur in societatibus fidelium privato iure initis et ab Ecclesia recognitis aut approbatis, vel immo ab ipsa Ecclesia erectis et ordinatis... ut congregationes non exemptae, quarum potestas dominativa ex se mere privata ex speciali dispositione iuris ab Ecclesia publice agnoscitur et efficacia publica (in fuero externo) plus minusve extensa munitur, ita ut iam dici nequeat ex toto mere privata” (1949, p. 164). Aguirre, en cambio, considera que el contexto del ejercicio de la potestad dominativa es de todos puntos de vista privada, afirma: “Non vero omnem potestatem dominativam esse eo ipso mere privatam recte asserunt plures scriptores, quorum nonnulli id validis rationibus ostendunt” (1952, p. 164). Finalmente hay que citar como último aporte el de Panizzolo que considera: “Le osservazioni che si potrebbero fare in merito alla potestà esercitata dai superiori maggiori tutti, sia di istituti religiosi laicali che clericali sono molte, ma tutte ci porterebbero alla stessa conclusione e affermazione: essi esercitano potestà di governo esecutiva, perché tali sono gli atti che possono produrre per lo stesso diritto” (2009, p. 326).

⁷⁷ Se subrayó en el *coetus* que: “De institutis exemptis suppressa fuit quia instituta exempta non constituunt aliquam categoriam exclusivam. Possunt enim esse vel monastica vel religiosa apostolica vel non religiosa. Ceterum non videtur necessarium integrum titulum dedicare huic quaestioni et etiam locus forsitan non est aptus. De his quaestionibus coetus decisionem ferre debet tempore opportuno” (Manzo, 2005).

superiores mayores, y si por analogía deben considerarse las normas previstas para los actos administrativos singulares (cánones 35-93) y, por tanto, los amparos a utilizar son los previstos para los recursos contra ellos (cánones 1732-1739)⁷⁸, o si se debería pensar en soluciones puntuales a considerar en el derecho propio o en caminos alternativos de resolución.

3. La potestad en los institutos de vida consagrada y de sus superiores

3.1. La eclesialidad de la potestad en los institutos de vida consagrada

La vida religiosa tiene naturaleza carismática y no forma parte de la estructura jerárquica de la Iglesia, pero es expresión de su vida y santidad, y cada instituto de vida consagrada posee el poder necesario para la protección y promoción de su patrimonio carismático, espiritual y misionero en la Iglesia universal y particular. Según Bender, la diferencia entre la potestad dominativa—como se denominaba a la potestad de los superiores y capítulos de los institutos de vida consagrada (canon 501 § 1 CIC '17)—y la potestad de jurisdicción es el carácter público de esta última, escribe Bender: “Potestas dominativa distinguitur a potestate iurisdictionis stricte dictae ut potestas privata a potestate publica” (1957, p. 7). Sin embargo, Larraona ya en 1934 había subrayado el carácter público y eclesiástico del poder de los superiores y capítulos de los institutos de vida consagrada hasta el punto de elaborar la noción de potestad dominativa pública cuasi jurisdiccional que “accedit ad potestatem iurisdictionis, imo dici valet, iurisdictionis inchoata seu imperfecta, eodem gradu, et intra hunc gradum eodem iure, quo societas qua ipsa regitur publica aestimanda est” (Larraona, 1937, pp. 145-180, n. 23)⁷⁹. Cabreros

⁷⁸ Véase Rhode (2017, pp. 391-403). Rhode considera la posibilidad de entender como una acepción de la potestad de gobierno en sentido amplio y en sentido estricto utilizando la expresión de Erdö que opone la potestad de gobierno *strictu sensu* a las “*aliae formae potestatis publicae*” de manera implícita consideradas *latu sensu* (Erdö, 1988, pp. 374-375 nota 30 y 31). Así también Rincón-Perez, “la potestad de todos los institutos deriva de la potestad eclesiástica, aunque no llegue a ser potestad de régimen en sentido estricto” (2007, p. 436).

⁷⁹ Cicognani y Staffa escriben: “Potestas qua hae societates (religio, paroecia) reguntur non est igitur mere privata nec ad potestatem dominativam privatam reduci potest, sed est praevalenter publica, quamvis neque ad potestatem iurisdictionis reduci queat, licet eiusdem functionem publicam participet” (1939, p. 132). Ciprotti escribe: “La così detta potestà dominativa pubblica è, non ostante il canone 501 § 1, una vera e propria potestà di giurisdizione che viene chiamata vescovile: la differenza non è di natura, bensì soltanto di quantità” (1943, p. 241). La declaración de la *Pontificia commissio ad codicis cánones authentice interpretandos* de 26 de marzo de 1952 establecía que a la potestad dominativa se aplicaban las normas de la potestad estrictamente pública. De opinión contraria es Kindt (1945, p. 322) que describe la potestad dominativa como potestad “eclesiástica de tipo privado” y Boni (1989, p. 417) está contrario a razón de la justaposición de la atribución dominativa respecto a público. Schaumber considera que Arcadio Larraona logró a conectar las funciones de los superiores religiosos laicos con la potestad dada por el canon 501 § 1 sin buscar de conciliar la contradicción inherente a la utilización de dos adjetivos ‘público’ y ‘dominativo’ en la misma frase, véase Schaumber (2003, p. 77).

de Anta, comentando a Larraona, afirmaba que: “El concepto de potestad se aclara y completa examinando sus funciones. La potestad dominativa se asemeja en sus funciones a la potestad jurisdiccional, sin llegar a identificarse con ella y aún, distinguiéndose sustancialmente... las funciones generales de toda potestad de régimen pueden reducirse a tres, las cuales en la potestad de jurisdicción se llaman legislativa, judicial y ejecutiva; esta última recibe distintos nombres” (1959, p. 578).

La respuesta de la Comisión Pontificia para la Interpretación Auténtica del Código de Derecho Canónico, de 26 de marzo de 1952, no resolvió la ambigüedad, pero desde entonces la potestad dominativa pasó a ser ordinaria, es decir, adscrita a un oficio eclesiástico⁸⁰. En 1957, la Sede Apostólica aplicó los cánones sobre la jurisdicción a “todas las potestades eclesiásticas públicas” para las Iglesias orientales⁸¹, en las que “se reconoce la existencia de una potestad eclesiástica distinta de la potestad de orden y de jurisdicción y que es suficiente para constituir un oficio eclesiástico en sentido estricto” (Cabreros de Anta, 1959, p. 588). Cabreros de Anta, entre la respuesta de 1952, el Código para las Iglesias Orientales de 1957 y el *Cum admotae* de 1964, al tiempo que confirmaba la diferencia entre la potestad dominativa –constituida en virtud del acto libre y voluntario de incorporación del religioso con la profesión de los votos públicos– y la potestad de jurisdicción que proviene de Cristo cabeza del cuerpo y que se transmite a través del Romano Pontífice, subrayaba de toda manera la publicidad y eclesialidad de la vida

⁸⁰ Ya Maroto en el comentario al canon 153 CIC ‘17 afirmaba que los superiores en los institutos laicales asumen un verdadero y propio oficio eclesiástico también si no fueran clérigos porque la profesión religiosa podría ser entendida ‘en lugar’ de la ordenación. Así escribe: “Functiones officio adnexae possunt igitur respicere sive proprie dictam iurisdictionem... vel saltem aliqualem participationem potestatis iurisdictionis (e.g. ... in superiore religioso non exempto, ut suo loco dicemus), sive ordinis, vel cultus divini exercitium” (Maroto, 1921, p. 676) y anteriormente había escrito sobre el canon 153 “promovendus (ad vacans officium ecclesiasticum) debet esse clericus (cc. 153 § 1; 118), et colligitur ex ipsa notione officii, quod secumfert aliquam participationem ecclesiasticae potestatis (c. 145), qua laici sunt destituti. Pro religiosis officiis loco clericatus requiritur professio religiosa in eo instituto, de quo agitur (cc. 504 e 1442)” (Maroto, 1921, p. 693). También Regatillo en la definición de oficio eclesiástico que implica necesariamente una participación a la potestad eclesiástica de orden o de jurisdicción escribe: “Iurisdictio et ordo hic forSan late sumenda sint, pro quavis potestate imperativa, ut in superiore religionis laicalis; vel administrativa, ut in parrocho; non enim repugnata quod beneficium constituatur ex munere organoedi, sacristae, catechistae et huiusmodi” (Regatillo, 1961, p. 217). Misma línea la de Kloostermann que afirma la dimensión eclesiástica y pública de la potestad de los superiores religiosos de institutos laicales: “Acceptando potestatem dominativam, de qua loquitur can. 501 § 1, esse potestatem publicam... sequitur omnes superiores religiosos officio ecclesiastico stricto sensu (c. 145 § 1) fungi, quia hoc in casu potestas dominativa est quaedam participatio potestatis iurisdictionis... Aliqua participatio potestatis ecclesiasticae, etsi minima. Quare officium ecclesiasticum stricto sensu est functio exercendi potestatem ecclesiasticam regiminis ad bonum ecclesiae consequendum”, Alphonsus Kloostermann, *De potestate ordinaria et delegata superioris religiosi in missione*, Monasterii-Romae 1964, pp. 12, 20. Con referencia al canon 305 del entonces vigente *Codex Iuris Canonici Orientalis*, O’Connor escribe: “Some participation in ecclesiastical power either of orders or of jurisdiction or of dominion, i.e. dominative power (véase text of canon 305 of the Oriental Code)” (O’Connor, 1961, p. 19).

⁸¹ Así establecía el canon 153 para las iglesias de rito oriental: “Praescripta cánones 139-152 de potestate iurisdictionis, nisi natura rei aut textus contextusque legis obstet, servantur de omni ecclesiastica potestate publica” (Pío XII, 1957, p. 476).

religiosa laical y clerical⁸². Reconociendo la naturaleza jurisdiccional de la potestad que se ejerce en los institutos, también afirmó que: “Los efectos canónicos que acompañan a la potestad dominativa, en cualquier grado, no son efectos directos de ella, sino que son producidos por la potestad de jurisdiccional... Así, por ejemplo, de que los superiores en las religiones no exentas tengan a veces potestad jurisdiccional no se sigue que la potestad dominativa de ellos se equipare a la jurisdiccional, sino que hay dos potestades distintas acumuladas en un mismo sujeto. Otras veces no hay acumulación de dos potestades en un mismo sujeto, sino simplemente vinculación de efectos jurisdiccionales al ejercicio de la potestad dominativa, producidos por la potestad jurisdiccional” (Cabreros de Anta, 1959, p. 588)⁸³.

En el proceso de revisión del código, se consideró la cuestión sin llegar a definir su naturaleza o noción. Durante la sesión del 22 al 26 de octubre de 1973 del *coetus* de estudio para la revisión de los cánones relativos a las personas físicas y jurídicas en presencia de cuatro consultores del *coetus de normis generalibus* —en el marco de la discusión sobre los decretos y preceptos singulares incluidos los penales— cuando un “tercer consultor” planteó el asunto de los preceptos penales impuestos en virtud de la potestad dominativa pública, el Subsecretario Onclin respondió que: “Illam, si potestas est publica, esse potestatem executivam. Hodie moderator supremus potestate executiva gaudet, quae iurisdictionis potestati assimilatur”⁸⁴. Además, como ya hemos recordado,

⁸² Continúa Cabreros de Anta: “Si bien es cierto que de la publicidad del estado religioso se deduce la publicidad de su potestad; de este mismo principio no puede conducirse el carácter jurisdiccional de la potestad de los religiosos laicos y aun la de las mismas religiosas contra lo que prescribe el canon 118. Las facultades jurisdiccionales de que gozan los superiores en las religiones clericales no exentas van añadidas por el derecho positivo a la potestad dominativa, sin confundirse con ella, lo cual se verifica también, de forma más general, en las religiones clericales exentas” (1959, p. 590). Sigue Cabreros: “Es en efecto, evidente que las religiones y las sociedades equiparadas son un estado y organismo público, dentro de la iglesia, aunque su publicidad no sea igual que la que compete por institución divina a la misma Iglesia; es un estado reconocido y organizado, en una estructura interna y externa, por el derecho canónico. La condición de religioso es una cualidad que modifica la personalidad jurídica de las religiones y de cada uno de sus miembros” (1959, 589-590). Sobre la cuestión, véase también Fuertes (1953, p. 275).

⁸³ A propósito de la potestad dominativa como participación de la potestad de jurisdicción Gutiérrez escribe: “In se ipsa considerata potestas dominativa canonica superiorum religiosarum (immo et superiorissarum) nihil est nisi participatio potestatis qua ecclesia hierarchica ducit fideles per viam organizatam consiliorum evangelicorum; quae est potestas iurisdictionis. Illa participatio habet diversos gradus; in praesens reducit ad quandam participationem magisterii et ad functionem executivam-gubernativam, exclusa legislativa et poenali” (1967, p. 380, nota 8).

⁸⁴ *Coetus studii de personis physicis et iuridicis, Sesión XII* (22-26 de octubre de 1973), en *Comm. 22* (1990) 304. L’ultima versione del canone sui precetti penali dei superiori religiosi era stata approvata nell’undicesima sessione del *coetus de personis* del 12-16 marzo 1973, en *Comm. 22* (1990) 273, e il canone 4 § 1 così prevedeva: “Praecepta quae alia potestate quam regiminis data sunt cum quibus imponantur ubique ligant, et cessant resoluta iure praecipientis, nisi aliud constet. § 2 Quae praecepta, si iura personarum afficiant, ad normam iuris imponi debent”. Però lo stesso *coetus* nella dodicesima sessione del 22-26 ottobre 1973 ritenne che fosse preferibile trasferire la questione dei precetti alla sezione specifica del diritto dei religiosi, così riportano gli atti: “Praeferendum esset ut canon in iure religiosus inseratur, cum illos solummodo respiciat”, *Comm. 22* (1990) 304. En la sesión XIV del *coetus de normis generalibus* el asunto no se consideró más, véase *Coetus studii de normis generalibus deque personis physicis et iuridicis, Sesión XIV* (13-17 de marzo de 1974), en *Comm. 23* (1991) 32-35, y no fue tampoco incorporada en la sección sobre los religiosos.

el *coetus* encargado de preparar los cánones relativos a los institutos de vida consagrada decidió ir más allá de la noción de potestad dominativa y no especificar con definiciones la potestad que rige los institutos, dejando abiertas distintas posibilidades según la naturaleza y la finalidad de cada instituto, porque “non est de iure dare definitiones”⁸⁵.

El pensamiento de estos importantes canonistas ha sido retomado recién por Ghirlanda, quien saca las siguientes conclusiones: “Se non si ammettesse che i laici possono esercitare la potestà di governo, i superiori degli istituti religiosi e delle società di vita apostolica laicali, eserciterebbero una potestà naturale non pubblica per il buon ordine dell’istituto o società. Ma questo non si può ammettere perchè un istituto o una società hanno personalità giuridica pubblica e sono organismi soprannaturali che perseguono fini soprannaturali”⁸⁶. Como ya hemos recordado, durante el proceso de redacción del canon 596 y, en particular, en la *relatio* a la Asamblea Plenaria de 1981, se definió la potestad de los institutos como pública, aunque no debía considerarse como una potestad de régimen⁸⁷, ya que no deriva de la mera voluntad de los miembros del instituto o sociedad, sino del

⁸⁵ Así el *Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus codicis*, *Sesión V* (29 de septiembre - 4 de octubre de 1969), en *Comm.* 19 (1987) 186. Durante la discusión sobre la terminología a utilizar para las sociedades de vida común, las actas recuerdan que un sexto consultor en la reunión del 26 de mayo de 1980 propone un texto en que: “Ha tolto l’espressione ‘consociatio publica’ perchè è evidente che sono società pubbliche, in quanto erette dalla Chiesa e non c’è bisogno di chiarirlo” (*Coetus studii de institutis vitae consecratae*, 1981, p. 382).

⁸⁶ Luis Navarro, con referencia al Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español del 1979, considera que la atribución de la personalidad jurídica pública a los institutos de vida consagrada *ipso iure praescripto* es solo por motivos de carácter práctico patrimonial, véase Navarro (1999, pp. 135-136). Concluye Navarro citando a Lombardía: “Concibo la persona jurídica como un instrumento que el legislador utiliza para cumplir unas concretas finalidades” (1990, p. 139).

⁸⁷ Así la declaración del secretario: “non est potestas regiminis, etsi quamdam potestatem ecclesiasticam publicam constituat”, Pontificia commissio codici iuris canonici recognoscendo, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab em. mis atque exc. mis patribus commissionis ad novissimum schema codicis iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a secretaria et consultoribus datis (reservata)*, Città del Vaticano 1981, p. 140. También en las actas de la comisión para la revisión del código para las iglesias orientales se encuentra que los consultores consideraban la potestad de los superiores y capítulos (synaxes) una potestad pública pero distinta de la potestad de gobierno, véase Pontificia commissio iuris canonici orientalis recognoscendo, *Ultime modifichie* (28 de enero de 1989 – 25 de octubre de 1990), en *Nuntia* 31 (1990) 40, ad can. 441 (439) § 1 e Idem, en *Nuntia* 31 (1990) 43, ad can. 995 (990). Entre los autores que niegan que la potestad del canon 596 § 1 sea potestad de gobierno se pueden indicar: Hans Heimerl, *Der hierarchische Rekurs (cann. 1732-1739 CIC)*, en *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* 35 (1985) 159; Pier Giorgio Marcuzzi, *Natura della potestà degli istituti di vita consacrata*, en Aa. Vv., *Lo stato giuridico dei consacrati per la professione dei consigli evangelici*, Città del Vaticano 1985, p. 114; Agostino De Angelis, *I laici nell’attività amministrativa ed economica della Chiesa*, en Aa. Vv., *I laici nel diritto della Chiesa*, Città del Vaticano 1987, p. 161; Winfried Aymans – Klaus Mörsdorf, *Kanonisches Recht*, vol. 1, Paderborn 1993, pp. 229, 404-406; Bruno Esposito, *Alcune riflessioni sul superiore maggiore in quanto ordinario e sulla valenza ecclesiologica e canonica della qualifica*, en *Angelicum* 78 (2001) 712; Jorge Miras, v. can. 35, en ed. coord. por Ángel Marzoa – Jorge Miras – Rafael Rodríguez-Ocaña, *Comentario exegético al código de derecho canónico*, vol. 1, Pamplona 2002, p. 504; Velasio De Paolis, *La vita consacrata nella Chiesa*, Venezia 2010, pp. 233-235; Francisca Pérez-Madrid, *El acto administrativo canónico y los derechos de los fieles*, en ed. a cargo de Józef Wrocenski – Marek Stoklosa, *La funzione amministrativa nell’ordinamento canonico*. Atti del XIV Congresso internazionale di diritto canonico, Varsavia 14-18 de septiembre de 2011, Warszawa 2012, p. 469 nota 5.

derecho universal y del legislador supremo, cuya finalidad por lo tanto no es instrumental para un simple patrimonio asociativo, corporativo o privado, sino el de la Iglesia⁸⁸. El canon 618 declara que todos los superiores de los institutos religiosos ejercen la potestad recibida “a Deo per ministerium Ecclesiae receptam” (canon 734 para las sociedades de vida apostólica), por lo que, si es potestad de Dios, es la potestad de gobierno por la que Cristo mismo, cabeza de la Iglesia, la gobierna a través de sus ministros tanto en el ámbito jerárquico como en el de la vida consagrada⁸⁹. Ghirlanda concluye: “Allora, poiché la potestà è una per il fatto che è sempre la stessa potestà di Cristo esercitata in ambiti e con estensione diversi, quella dei superiori non chierici non può che essere della stessa natura della potestà di governo che il canone 596 § 2 attribuisce agli istituti religiosi e alle società di vita apostolica clericali di diritto pontificio (cf. canone 715)”. Precisa su opinión afirmando que “ha senso che il canone 596 § 2 chiami *potestas regiminis ecclesiastici* quella esercitata in questi istituti e società, perchè si estende non solo al foro esterno, ma anche al foro interno, e i superiori maggiori in un qualche modo sono assimilati ai vescovi, per cui sono considerati ordinari (canone 134 § 1)” (2017, pp. 609-610). Dado que el oficio eclesiástico de los superiores de institutos y sociedades laicales no requiere la asunción del orden sagrado, como el del superior laico de un instituto clerical y laical, la solución a la cuestión de la naturaleza de su poder se basará en las posibilidades, ofrecidas por el canon 129 § 2, de “cooperar” o “*partem habere*” en la potestad de régimen que tienen estos laicos en razón no solo del bautismo sino también de su especial estatuto de religiosos⁹⁰.

En el caso de un instituto carismáticamente “mixto”, donde la co-presencia de religiosos sacerdotes y religiosos laicos no es un mero hecho numérico o instrumental, sino que el patrimonio carismático y las intenciones del fundador definen intrínsecamente el modo de ejercer el ministerio sacerdotal y laical como expresión de fraternidad y comunión entre religiosos –pero también en aquellos en las que las intenciones del fundador no contemplan expresamente un valor carismático a la co-presencia de laicos y clérigos– el poder de los superiores y capítulos debe ser suficiente para que los sacerdotes, clérigos

⁸⁸ Véase Pío XII, el 11 de febrero de 1958 a los moderadores generales de las órdenes religiosas afirmaba en la alocución *Haud mediocri*: “... dilectissimi filii, sive recto tramite, aliquid vobis per codicem iuris delegantes nostrae supremae iurisdictionis, sive per ipsa nobis probata regulas et instituta vestra illius potestatis vestrae...” (1958, pp. 749-756) y en *AAS* 50 (1958) 154. Sobre la eclesialidad sobrediocesana de la vida consagrada y su valor público véase la carta *Communione notio* de la Congregación para la Doctrina de la Fe que declara: “Nel contesto della Chiesa intesa come comunione, vanno considerati pure i molteplici istituti e società, con i quali lo Spirito Santo arricchisce il corpo mistico di Cristo: pur non appartenendo alla struttura gerarchica della Chiesa, appartengono alla sua vita e alla sua santità. Per il loro carattere sovradiocesano, radicato nel ministero petrino, tutte queste realtà ecclesiali sono anche elementi al servizio della comunione tra le diverse chiese particolari” (Congregatio pro Doctrina Fidei, 1993, p. 848).

⁸⁹ Véase Rhode (2017, p. 370).

⁹⁰ En cuanto a la sustitución del verbo *partem habere* con *cooperari* en el canon 129 § 2, propuesta por el cardenal Ratzinger durante la congregación plenaria del 22 de diciembre de 1980, véase McDonough (1996, p. 294).

y laicos puedan realizar adecuadamente su misión y vocación, tal y como prescribe el derecho común. El Sínodo ha instado a que esto se regule por el derecho propio de cada instituto según sus necesidades específicas y sea confirmado por la autoridad eclesiástica competente, que en este caso debería confirmar, entre otras, la facultad de incardinar clérigos⁹¹.

Con el canon 586, el derecho común reconoce el principio de la justa autonomía de vida, especialmente de gobierno, orientada a tener estructuras adecuadas para proteger y promover el patrimonio carismático y espiritual, don de Dios a la Iglesia (canon 576). Si la Iglesia considera que la justa autonomía es un principio importante para ejercer adecuadamente su función de protección, que es necesariamente específica para cada instituto tanto en la fase de erección canónica (cánones 573 § 2 y 576) como de acompañamiento (cánones 576 y 578), y si las estructuras de gobierno y animación del instituto en su especificidad forman parte de su patrimonio, estas deberán ser evaluadas puntualmente para determinar la naturaleza de la potestad de los superiores y capítulos en cada instituto de vida consagrada, sin caer en generalizaciones que puedan perjudicar el debido respeto por las diferencias entre las formas de vida, dones del Espíritu Santo a la Iglesia.

3.2. Los superiores religiosos y ordinarios propios

Los superiores mayores sobre los religiosos que les han sido confiados ejercen la potestad que el derecho común y propio les atribuye, en los institutos religiosos clericales de derecho pontificio también la potestad de régimen tanto para el fuero externo como para el interno (canon 596 § 2). La potestad de los superiores en los institutos de vida consagrada y en las sociedades de vida apostólica es ordinaria porque va unida a un oficio reconocido por la Iglesia a cada instituto (canon 145), regulado por el derecho propio y común, de modo que pueden asumir el oficio eclesiástico y gobernarlo ejerciendo las funciones de enseñar, de gobierno y santificar⁹². Además, en el caso de un instituto religioso clerical de derecho pontificio, el superior mayor es ordinario (canon 134 § 1)⁹³

⁹¹ Véase Propositio n. 10, en la nota 54.

⁹² Luisi conviene que el cargo confiado a un superior religioso puede ser considerado un oficio eclesiástico, así que la noción de oficio eclesiástico no está necesariamente conectado a la potestad de gobierno, algunos oficios la necesitarán otros no, algunos serán anexos a la *cura animarum*, otros al *munus docendi* (2014, pp. 256-257). Arrieta escribe: “le funzioni assegnate a ciascun ufficio determineranno in ultima istanza quale debba essere il grado di abilitazione sacramentale richiesto al suo titolare per poter esercitare tali funzioni” (Arrieta, 1997, pp. 148-149). Véase también Schaumber (2003, p. 187).

⁹³ Viana escribe que los superiores religiosos: “no pertenecen a la organización jerárquica de la iglesia... dentro de los institutos de vida consagrada algunos institutos religiosos y sociedades de vida apostólica necesitan beneficiarse del ejercicio de la potestad de régimen, más allá de la potestad interna que en ellos se ejerce en virtud de las constituciones y que tradicionalmente se ha llamado potestad dominativa o asociativa. En efecto, tratándose de institutos y sociedades clericales (véase cánones 588 § 2 e 736 § 1), los superiores mayores ejercen en esas comunidades la potestad de un ordinario de incardinación, de modo

y ha recibido de la Iglesia la facultad de incardinar clérigos (canon 266 § 2 y canon 428 del CCEO). Las dos nociones de instituto con facultad de incardinar y de superior mayor con título de ordinario no se superponen; de hecho, es posible que un instituto incardine y no tenga superiores mayores que sean ordinarios, como ocurre, por ejemplo, con los institutos clericales de derecho diocesano o los institutos clericales seculares⁹⁴.

Si, por un lado, el derecho canónico y la autoridad eclesiástica reconocen a los institutos el poder necesario para cumplir su misión y asumir las necesidades de los religiosos clérigos o laicos adscritos de acuerdo con el patrimonio espiritual expresado en su derecho propio⁹⁵, los autores están divididos en cuanto al sujeto de este poder, si es atribuible exclusivamente al instituto o más bien a la persona del superior. El primer planteamiento hace hincapié en la eclesialidad y la dimensión pública del instituto, como hemos indicado ampliamente, pero hay que tener en cuenta que el canon 618 establece que la autoridad del superior es personal y no colegial⁹⁶. El canon 127 da las disposiciones relativas al proceso de formación de la voluntad del superior para que ponga un acto jurídico del que es personalmente responsable en virtud de la capacidad de actuar asociada al oficio conferido. Los efectos de la ley no radican en la ley positiva en sí misma, sino en la voluntad del superior que quiere que los efectos de la ley –abstractos y generales– se apliquen a la situación concreta, en cuanto responden a la voluntad que trasciende la ley

que, junto a su función referida a la dirección de los aspectos propios de la vida religiosa en sentido estricto, aquellos superiores velan además por el cumplimiento de los derechos y deberes clericales, al estilo de un obispo para los sacerdotes de su diócesis. Además, tratándose de institutos y sociedades de derecho pontificio (véase cánones 589 y 732), es preferible que el obispo diocesano no sea el ordinario ya que de lo contrario resultaría perjudicada la unidad de gobierno de esos institutos y sociedades interdiocesanas... Son las necesidades de la vida religiosa clerical interdiocesana las que reclama esa calificación... el título jurídico que les da la condición de ordinarios no es la exención en cuanto tal, sino el tipo de jurisdicción de que gozan algunos de ellos” (Viana, 2012, pp. 822-823). Andrés distingue, por un lado los superiores ordinarios en sentido propio y pleno junto a aquellos que en las mismas condiciones gozan de potestad ejecutiva ordinaria general como los vicarios generales y vicarios episcopales, y por el otro ordinarios en sentido propio pero limitado como el superior mayor de los institutos religiosos clericales de derecho pontificio y de sus vicarios cuando se encuentra ausentes o impedidos y los superiores de las sociedades de vida apostólica y el prelado personal, véase Andrés (1998, pp. 161-162).

⁹⁴ Navarro recuerda la opinión que no sea de excluir la hipótesis que también otras tipologías de institutos de vida consagrada puedan tener la potestad de gobierno, véase Navarro (2005, p. 77, nota 40). Rincón-Pérez reconoce que también los institutos seculares clericales de derecho pontificio podrían recibir la potestad de gobierno en el mismo momento del acto de la concesión de la facultad de incardinar, véase Rincón-Pérez (2002, p. 1479). También en ocasión del reciente debate sobre la incardinación de clérigos en asociaciones públicas clericales de fieles se subrayó la importancia de no ceder a la tentación de generalizar sino más bien de evaluar caso por caso las especificidades en torno a la relación entre ministerio ordenado y movimiento eclesial, que proceden de la naturaleza misma de su carisma. Para la bibliografía relativa al debate véase, por ejemplo, Delgado Galindo (2018, p. 655, nota 13). Además, el ejercicio del ministerio sagrado implica la existencia de aspectos jerárquicos, en cuanto al ministerio sacerdotal, por su naturaleza, no puede ser objeto de un mero pacto asociativo entre fieles porque se encuentra fuera del ámbito propio de su autonomía, postulando así la naturaleza pública de las asociaciones clericales, véase Valdrini (2013, p. 235).

⁹⁵ Véase Sugawara (2005, p. 288).

⁹⁶ Salvo el caso del canon 699 § 1 (y del canon 746 para las sociedades de vida apostólica) en que el supremo moderador actúa *collegialiter* con su consejo en el ejercicio de la función judicial.

positiva, que es la voluntad de Cristo⁹⁷. Sin embargo, se está de acuerdo con la opinión de Luisi en cuanto a la perplejidad hacia los autores que hacen demasiado hincapié en la dimensión “subjetiva” o “de estatuto personal” en relación con la potestad de régimen, como D’Auria que en relación con las asociaciones públicas de fieles deriva el principio general de la inoportunidad de que los no ordenados sean superiores de clérigos⁹⁸, aplicándolo al caso concreto de las cartas dimisorias que solo pueden emitir los ordinarios, o de la dimisión y excardinación, o del ejercicio de la potestad de gobierno judicial sobre clérigos⁹⁹. El requisito del orden sagrado se entiende para la dirección de las asociaciones clericales (canon 302), pero no necesariamente en todos los demás casos. Más bien se considera que el elemento principal y primario se encuentra en la naturaleza y índole de la entidad eclesiástica en la que se incardinan los clérigos, es decir, si el ejercicio del orden sagrado se asume o no en el propósito o proyecto del fundador o de una tradición legítima y como tal reconocida por la autoridad de la Iglesia (cánones 588 § 2 y 732). Según Navarro, la jurisdicción otorgada al superior de la entidad de incardinación no coincidiría con la potestad propia del instituto, se trataría de una potestad de jurisdicción otorgada a ese superior para que pueda gobernar a los clérigos. Por lo tanto, habría dos líneas de potestad, una de jurisdicción con respecto a los clérigos y otra propia del instituto¹⁰⁰. Hervada subraya que, junto a los argumentos sobre la potestad propia del instituto, hay quienes consideran la potestad de jurisdicción del superior en relación con los clérigos¹⁰¹,

⁹⁷ Véase Ghirlanda (2001, p. 228). Véase por ejemplo el decreto de la Congregatio pro religiosis et institutis saecularibus, en *AAS* 64 (1972) 393 y Esposito (2006, pp. 40-41).

⁹⁸ Sobre las razones de la no oportunidad de superiores religiosos laicos, véase, entre otros, Passerini (1661, p. 196); Rodrigues (1609, p. 142); Miranda (1612, pp. 56-58) y Domingo de Soto, en *In quartum sententiarum commentarii*, vol. 1, dist. 20, q. 1, art. 4, Methymnae a Campi (München) 1581, p. 881. Por lo contrario, Bellarmino (1608, p. 1278); Suarez (1634, p. 70); Barbosa (1650, p. 367) y San Juan de Capestrano en G. Gambaro (2021, p. 67, nota 43) que explícitamente afirman que no es inconveniente que un religioso laico sea superior de un religioso sacerdote.

⁹⁹ D’Auria considera que: “sottoporre dei chierici alla potestà dei laici ci pare andare contro la struttura costituzionale della Chiesa... resta comunque il fatto che troppo potere decisionale rimarebbe in capo al moderatore laico di un’associazione di fedeli nella quale il chierico viene incardinato. Inoltre, se si riconoscessero tali poteri al moderatore laico di un’associazione di fedeli non si finirebbe per clericalizzare i fedeli laici?” (D’Auria, 2006, p. 392). Véase Luisi (2014, p. 243, nota 123). Así también Recchi se pregunta sobre el moderador laico que “si troverebbe ad esercitare un’ autorità sui ministri sacri, laddove la normativa attuale stabilisce che le associazioni clericali debbano essere dirette da chierici” (Recchi, 2002, p. 174).

¹⁰⁰ Navarro escribe: “In ultima analisi, l’incardinazione esprime una peculiare forma costitutiva di messa in rapporto con la gerarchia della Chiesa. Il superiore dell’ente incardinante abitualmente è ordinario, possiede una potestà specifica per quanto riguarda i chierici e il loro ministero. C’è sempre un superiore dal quale si dipende. Lì dove c’è incardinazione v’è anche una potestà di giurisdizione, con la quale si governa quanto riguarda i chierici”, L. Navarro, *L’incardinazione nei movimenti ecclesiali. Problemi e prospettive*, in *Fidelium Iura* 15 (2005) 77, véase M. Luisi (2014, p. 254). Sin embargo, en las actas de la sesión del 25-26 de abril de 1979 se encuentra que el coetus consideró la conexión entre potestad de régimen y facultad de incardinación, sin tener la intención de dar definiciones, véase Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, *Sesión IV* (23-28 de abril de 1979), en *Comm.* 11 (1979) 307.

¹⁰¹ Afirma Hervada: “En estas formas mixtas son distinguibles lo asociativo y la línea institucional. Por ejemplo, en el gobierno lo asociativo se rige por la potestad dominativa y pertenece a los superiores propios, mientras que lo ministerial se rige por la jurisdicción y pertenece de suyo a los obispos, como de hecho

por lo que esta jurisdicción no coincide con la potestad propia del instituto religioso o de la sociedad de vida apostólica, sino que es una potestad de jurisdicción de carácter episcopal que se confía al superior de la entidad que incardina para que gobierne a los clérigos.

El clérigo incardinado en una entidad no es simplemente un miembro de esa cómo podría serlo un socio en una asociación, está incardinado en un instituto religioso también en cuanto ministro de la Iglesia y está de hecho incardinado o adscrito “tamquam [ut] clericus” (canon 266 § 2 y canon 358 del CCEO). Por tanto, el superior de un instituto clerical, mixto, no meramente laical, o con co-presencia de religiosos laicos y clérigos, tiene una función de carácter público en la Iglesia, no solo por el don de Dios a la Iglesia del patrimonio carismático del instituto o de la parte que preside, sino también porque interviene como superior de clérigos tanto en su formación inicial y permanente como en el ejercicio de su ministerio. Si se considerara al clérigo únicamente como miembro del instituto, la posición sería diferente, porque se basaría solo en la incorporación al instituto, mientras que con la incardinación adquiere un elemento más de participación en la Iglesia y su estructura jerárquica.

Este debate, entre una posición que pretende enfatizar la dimensión pública y eclesial de la potestad de los superiores y capítulos, y la de los autores que enfatizan la condición personal de los superiores¹⁰², con el Magisterio de Francisco está recibiendo un nuevo impulso en torno a las múltiples y constantes llamadas a abordar las tendencias al clericalismo y al ejercicio de la sinodalidad en la Iglesia. Nos parece reconocer que la *mens* del legislador del rescripto del 18 de mayo de 2022 se inscribe dentro de este debate, y que el discernimiento que la Dicasterio deberá hacer caso por caso no puede dejar de

ocurrió durante siglos. Sin embargo, en la práctica actual —véase cánones 596 § 2 y 732— la jurisdicción se concede a los superiores propios, generando así fenómenos mixtos —asociativos y ministeriales— con una línea de jurisdicción” (Hervada, 1989, p. 177).

¹⁰² Así los define Beal: “The result of this personalization [by the Navarre school] of the two powers was forgetfulness of the fact that these powers were entrusted by Christ not to individuals but to the church and that they are to be exercised by private individuals in and for the service of the church”, John P. Beal, *The Exercise of the Power of Governance by Lay People: State the Question*, en *The Jurist* 55 (1995) 42. Sobre la distinción entre potestad de orden y potestad de jurisdicción, la primera conectada a las órdenes sagradas y la segunda unida al oficio y no tanto al estatuto del sujeto, así entre *ordo* y *officium* Stickler escribe: “de facto tamen duplex hierarchia et duplex potestas existerit, altera ordinis, altera regiminis; illa cum ordine, haec cum officio conferenda, illa personae, haec officio inhaerens”, A. M. Stickler, *De potestatis sacrae natura et origine*, en *Periodica* 71 (1982) 71 y recién Orazio Condorelli, *La distinzione tra potestà di ordine e potestà di giurisdizione nella tradizione canonica bizantina*, en ed. a cargo de Giuseppe D’Angelo, *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, vol. 1, Torino 2018, pp. 241-271. Para una amplia bibliografía sobre la participación de los laicos en la potestad de gobierno véase A. Viana, *El problema de la participación de los laicos en la potestad de régimen*, en *Ius Canonicum* 54 (2014) 635-638 y Émile Kouveglo, *I fedeli laici e l’esercizio della potestà nella Chiesa. Status quæstionis e ricerca di una chiave funzionale di lettura*, en *Apollinaris*, 40 (2017/1) 207-230, en particular véase página 212.

referirse a la finalidad, al carácter y a las sanas tradiciones del instituto, es decir, a su eclesialidad¹⁰³.

3.3. Superiores “ad instar ordinariorum”

Si un instituto ha recibido la facultad de incardinar clérigos de acuerdo con los cánones 265 y 266 § 2, esto significa que la Iglesia ha considerado que puede ejercer un poder específico con respecto a los religiosos clérigos y su ministerio¹⁰⁴, y que en sus articulaciones estructurales y a través de sus superiores¹⁰⁵ ha sido y es capaz de asumir la responsabilidad de evaluar la idoneidad de los candidatos a la admisión a las órdenes menores y especialmente a las órdenes sagradas¹⁰⁶; de asegurar su preparación humana,

¹⁰³ Un ejemplo del encuentro entre estas dos perspectivas puede ser la institución del sínodo diocesano en la Iglesia particular, donde se subraya cómo la función del obispo diocesano —en cuanto legislador— debe entenderse como un ministerio dentro de la comunidad eclesial y al servicio de la misma (canon 466), en lugar de subrayar la exclusividad de sus prerrogativas subjetivas. Véase por ejemplo Myriam Wijlens, “*For you I am a Bishop, With you I am a Christian*”: *The Bishop as Legislator*, en *The Jurist* 56 (1996) 68-91 que toma una conocida expresión de San Agustín: “Vobis enim sum episcopus, vobiscum sum Christianus. Illud est nomen suscepti officii, hoc gratiae; illud periculi est, hoc salutis”, Augustinus hippoensis, Sermo 340 *In die ordinationis suae*, en *PL* 38, col. 1483.

¹⁰⁴ Escribe Woestmann: “The importance of incardination in an institute as a cleric lies in the fact that the superiors of the institute are also superiors of the individual as a cleric, even though they might not direct his ordained ministry, and that they are responsible for his temporal support, not only by virtue of his religious profession, but also by his affiliation to the institute (and not to a particular church)”, William H. Woestmann, *The Sacrament of Orders and the Clerical State*, Ottawa 1999, p. 149. Con motivo de la Asamblea Plenaria de la Congregación para el Clero, celebrada del 30 de mayo al 1 de junio de 2017, se presentó una nota de síntesis sobre la institución canónica de la incardinación, en la que se indicaban los criterios a seguir para valorar la idoneidad de la realidad eclesial (en el caso de las asociaciones clericales públicas) para recibir la facultad de incardinación, véase la nota de la Congregación para el Clero en <http://www.clerus.va/content/dam/clerus/Plenaria%202017/01p%20%20Incardinazione.pdf>. Así concluye la nota: “L’incardinazione di chierici infatti è foriera di varie e importanti conseguenze, teologiche, canoniche, umane, che devono essere ben ponderate, caso per caso e senza generalizzazioni”.

¹⁰⁵ Navarro subraya que, al no haberse planteado ninguna objeción durante el proceso de revisión del código, la facultad de incardinar implicaba también una potestad de carácter jurisdiccional para gobernar a los clérigos, afirma: “tale giurisdizione non coincide con il potere proprio dell’istituto o società: si tratta di un potere di giurisdizione (di natura episcopale) che viene concesso al superiore dell’ente incardinante perché possa governare i chierici”, L. Navarro, *L’incardinazione nei movimenti ecclesiali?* en *Fidelium Iura* 15 (2005) 77. En cambio, las actas de la sesión del 25 y 26 de abril de 1979 del coetus *de vita consecrata* ponen de manifiesto la conexión entre el poder de régimen y la facultad de incardinación, pero se sabe que la comisión no pretendía entrar en definiciones, véase Coetus studiorum de institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum, *Sesión IV* (23-28 de abril de 1979), en *Comm.* 11 (1979) 307, véase también Stephan Haering, *Die Inkardination in den Religioseninstituten und in den Gesellschaften des apostolischen Lebens. Zur geschichtlichen Entwicklung und zum geltenden Recht der Bindung von Klerikern an geistliche Gemeinschaften*, en L. Navarro, *L’istituto dell’incardinazione: Natura e prospettive*, Milano 2006, pp. 161-193.

¹⁰⁶ Véase Congregazione per il culto divino e la disciplina dei sacramenti, *Lettera circolare agli eccellentissimi vescovi diocesani ed agli altri ordinari che hanno facoltà di ammettere agli ordini sacri circa gli scrutini sulla idoneità dei candidati* (10 de noviembre de 1997), n° 3, en *Notitiae* 33 (1997) 496. Para un comentario a este documento, véase Ariel David Busso, *Los escrutinios acerca de la idoneidad de los candidatos a las sagradas órdenes*, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 5 (1998) 155-184. Véase también Congregatio de institutione catholica, *Istruzione alle conferenze episcopali circa l’ammissione in seminario di candidati provenienti da altri seminari o famiglie religiose* (8 marzo 1996), en *Enchiridion Vaticanum* 15, nn° 384-394 y Congregatio de institutione catholica, *Instructio circa criteria ad vocationes discernendas eorum qui inclinatur ad homosexualitatem, intuitu eorundem admissionis ad seminarium et*

espiritual y cultural con continuidad, así como su formación permanente y maduración gradual¹⁰⁷; garantizar oportunidades concretas para el ejercicio de las obligaciones y derechos que corresponden a los clérigos incardinados como tales y no simplemente como religiosos¹⁰⁸, y desempeñar los ministerios según las formas de apostolado del instituto¹⁰⁹, como conceder la facultad de recibir las confesiones de los miembros del instituto y dar el consentimiento –incluso presunto– para que el ordinario del lugar lo conceda para su ejercicio en la Iglesia universal¹¹⁰, o ejercer el derecho de presentación para el nombramiento y la asignación de oficios eclesiásticos, supervisando su ejercicio¹¹¹; y, por último, asumir la responsabilidad de intervenir con respecto a los clérigos que se encuentren en situaciones excepcionales que requieran la imposición de sanciones¹¹². Se considera ordinario al superior mayor del instituto o sociedad de vida apostólica que tiene la facultad de incardinar, y en el caso de un instituto o sociedad de derecho pontificio los superiores mayores y sus equivalentes tienen autoridad para emitir las cartas dimisorias¹¹³.

El código actual y el piano-benedictino no definen la noción de ordinario, solo enumeran quién debe ser llamado así. Para los religiosos, hay cuatro características para que un superior sea considerado ordinario: debe tratarse de un instituto religioso, es decir, un instituto de vida consagrada “cuyos miembros... emiten votos públicos y perpetuos... y llevan vida fraterna en comunidad” (canon 607 § 2) y no de un instituto secular; sean superiores mayores o moderadores supremos, que gobiernan el instituto o una parte de él, al igual que sus respectivos vicarios (canon 620); sea un instituto clerical, en el que el ejercicio del orden sagrado es necesario para la realización y el cumplimiento del proyecto del fundador o de una tradición legítima¹¹⁴, y como tal es reconocido por la autoridad

ad ordines sacros (4 de noviembre de 2005), en *AAS* 97 (2005) 1007-1013.

¹⁰⁷ Véase San Juan Pablo II, *Pastores dabo vobis* (1992, n. 70, pp. 778-782).

¹⁰⁸ Véanse cánones 279, pp. 281-283.

¹⁰⁹ La relación canónica constituida por la incardinación genera el derecho en sentido amplio de recibir un cargo o funciones en el contexto de la entidad que incardina, véase A. Viana, *L'incardinazione nelle circoscrizioni ecclesiastiche*, en ed. a cargo de L. Navarro, *L'istituto dell'incardinazione. Natura e prospettive*, Milano 2006, 152.

¹¹⁰ Véanse los cánones 967 § 3 y 969 §§ 1-2 y para los Capuchinos véase Const. año 2013, n. 115.1.

¹¹¹ Véanse los cánones 523; 682 §§ 1-2.

¹¹² Véanse los cánones 1341, 1348, 1355, etc., con la distinción entre sanciones penales en fuerza de la potestad de jurisdicción o de la potestad disciplinaria.

¹¹³ Véase canon 1019 § 1, afirma De Paolis: “Le dimissorie infatti esprimono un giudizio della competente autorità ecclesiastica sull' idoneità del candidato a ricevere l'ordine sacro e l'utilità o necessità del suo ministero nella Chiesa. Si tratta della Chiesa che, trovato il candidato idoneo, lo chiama al sacerdozio. Ora tale giudizio va lasciato all'autorità ecclesiastica”, V. De Paolis, *I ministri sacri o chierici*, en ed. a cargo de Adolfo Longhitano, *Il fedele cristiano. Il codice del Vaticano II*, Bologna 1989, p. 152. Continúa De Paolis: “La Chiesa vuole impegnare la coscienza e la responsabilità degli ordinari particolarmente nel rilasciare le lettere dimissorie. Ciò deve comportare che l'ordinario che si impegna a dare le dimissorie abbia avuto la possibilità di accompagnare il cammino dell'ordinando, in modo da poter emettere responsabilmente un giudizio di idoneità, e abbia avuto la possibilità di vigilare e controllare che tutto il cammino formativo si sia svolto nel rispetto delle norme della Chiesa”, V. De Paolis, *Le associazioni nate con l'intento di divenire istituti religiosi*, en *Informationes SCRIS* 21 (1995) 174. Para los Capuchinos véase Ord. año 2013, n° 2/19.

¹¹⁴ También hay que tener en cuenta otra aclaración, los cánones 129 § 1 y 274 se refieren a la exigencia de las órdenes sagradas para el acceso a los oficios con potestad de gobierno, en cuanto a la potestad

eclesiástica competente (canon 588 § 2), ya que la naturaleza o el carácter clerical del instituto determina intrínsecamente su vida interna y externa¹¹⁵; y, por último, la misión del instituto exceda en extensión territorial la dimensión de la Iglesia particular y está sometida a la potestad inmediata y exclusiva de la Sede Apostólica en lo que concierne a su gobierno interno (cánones 589 y 593). Por lo tanto, los miembros de estos institutos tienen a su superior mayor como su ordinario propio¹¹⁶. Sin embargo, estos religiosos también están sometidos a la autoridad específica del ordinario del lugar en determinados asuntos, especialmente los relacionados con la *cura animarum* (canon 678 § 1), lo que implica un perímetro de potestad muy amplio¹¹⁷.

Sin embargo, si el religioso no tiene su ordinario propio, como en el caso de los institutos clericales de derecho diocesano o de los institutos laicales de derecho pontificio o diocesano, su ordinario propio será el del lugar de la casa religiosa (cánones 103 y 107 § 1), por lo que el ordinario del lugar ejercerá también su potestad como ordinario propio en lo referente a la casa religiosa, la disciplina, el apostolado y los asuntos económicos.

Los institutos clericales de derecho diocesano están bajo el cuidado especial del ordinario del lugar (canon 594) y no tienen un religioso como ordinario propio, a pesar de que su naturaleza clerical, su carácter o su finalidad podrían permitir a sus superiores asumir la calidad de ordinarios, como parece ocurrir en el caso de las cartas comendaticias solicitadas en virtud del canon 903 por el rector de la iglesia para autorizar

en los institutos religiosos, la exigencia se limita de hecho y sustancialmente a los sacerdotes, ya que existe una dificultad específica para el acceso al diaconado en forma permanente en los institutos de vida consagrada. En efecto, es necesario que el superior mayor del religioso llamado a este ministerio presente, a través de la Curia General, una solicitud a la Congregación para el Clero y a la Congregación para la Educación Católica para que se autorice la ordenación, véase Paulus VI, *Sacrum diaconatus ordinem* (18 giugno 1967), VII, 32-35, en *AAS* 59 (1967) 703-704; Congregación para la Educación Católica, *Ratio fundamentalis institutionis diaconorum permanentium* (22 febbraio 1998), pp. 17, 39, en *AAS* 90 (1998) 843-879, y para los Capuchinos véase Ord. año 2013, n° 2/19.

¹¹⁵ Sugawara subraya que la distinción entre la clericalidad y la laicidad de un instituto es de derecho eclesiástico, véase Y. Sugawara, *Ordinari per i membri degli istituti religiosi*, en *Periodica* 101 (2012) 422 nota 11.

¹¹⁶ Para Sugawara, las facultades específicas que tienen los ordinarios religiosos en relación al *munus sanctificandi* son los cánones: 936 (conservación de la Eucaristía), 951 § 1 (finalidad de las ofrendas de binación), 968 § 2 (recepción de confesiones de los hermanos religiosos, pero con las atenciones del canon 630 § 4), 969 § 2 (concesión de la misma facultad a otros sacerdotes), 1019 § 1 (cartas dimisorias), 1042 § 3 (evaluación de la idoneidad del neófito para la ordenación), 1207 (bendición de lugares sagrados), 1224 (construcción de oratorios y su conversión al uso profano); en relación al *munus regendi*: 87 § 2 (dispensa de las leyes disciplinarias universales y particulares), 557 § 2 (presentación del candidato a rector de una iglesia), 1301 § 1 (ejecución de la causa pía), 1308 § 5 (reducción de cargos de ss. misas), 1310 § 1 (ejecución de reducción y cambio de testamentos a favor de causas pías); en relación a la *potestas iurisdictionis iudicialis* los cánones: 1319 (imponer por precepto penas no perpetuas), 1339 § 1 (amonestar al religioso en ocasión inminente de delinquir), 1340 § 3 (añadir penitencias a la amonestación o reprimenda), 1341 (iniciar un procedimiento penal judicial o administrativo), 1355 (remidir la pena), 1480 § 2 (presentarse en juicio en nombre de la persona jurídica), 1708 (acusar la validez de la ordenación del clérigo religioso), 1717-1724 § 1 (iniciar un juicio), véase *Ibidem*, pp. 423-424.

¹¹⁷ Para las disposiciones sobre la potestad exclusiva del ordinario del lugar en el ámbito pastoral del *munus docendi*, litúrgico, económico-administrativo, véase *Ibidem*, pp. 429-433.

a un sacerdote a celebrar. Los superiores de los institutos laicales de derecho pontificio tampoco tienen la potestad de régimen, aunque es teóricamente posible que el código les reconozca una participación en la misma, tal y como establece el canon 129 § 2. En el caso de estos superiores, el código presenta de hecho algunas contradicciones, como por ejemplo el juramento de desempeñar honesta y fielmente las obligaciones administrativas que el administrador debe prestar ante el ordinario (canon 1283 § 1), o el consentimiento del ordinario para invertir los excedentes (canon 1284 § 2, 6°), y en otros casos previstos en el Libro V¹¹⁸. En estas situaciones, no parece que el ordinario del lugar sea el superior más adecuado para asumir estas responsabilidades en relación con los institutos religiosos de derecho pontificio; razonablemente, deberían ser facultades que se atribuyeran también al superior mayor para asegurar su adecuada autonomía en una dimensión sobre-diocesana. Además, se puede considerar la condición de los institutos religiosos laicales con sacerdotes, como los Hospitalarios de San Juan de Dios, donde el derecho propio reconocido por la Sede Apostólica establece que se pueden atribuir facultades específicas, propias de los ordinarios, a los superiores mayores laicos que de por sí no gozan de la potestad de gobierno¹¹⁹. Por último, si bien es cierto que cada clérigo tiene su ordinario propio, también ocurre que el código atribuye al ordinario funciones que no están necesariamente relacionadas con la dimensión clerical y que son más bien independientes de ella¹²⁰.

La figura del ordinario para los religiosos, sus competencias y responsabilidades, representan una realidad que parece problemática en relación con ciertos tipos de institutos de vida consagrada, incluso los mixtos, sobre todo cuando la norma común se refiere a las competencias y responsabilidades del ordinario propio, y éste, si se aplican las normas

¹¹⁸ Como en numerosos cánones del Libro V, por ejemplo: 1276 §§ 1-2, 1281, 1287 § 1, 1302 § 1, 1304 § 1, 1305 o el canon 1288 § 1 relativo al consentimiento del ordinario de lugar para iniciar un litigio ante la justicia civil por parte de una persona jurídica pública como un instituto, una provincia o una casa religiosa; la aplicación y remisión de penas (cánones 1348 y 1356 § 1, 2°).

¹¹⁹ Véase Alexander VII, Breve (15 de julio de 1664), en *Bullarium totius ordinis hospitalaris s. Joannis de Deo*, Romae 1724, 270-271, o el indulto para la provincia de Alemania concedido por la Congregación de Obispos y Religiosos el 18 de julio de 1721, en el que el General de la Orden en su petición a la Congregación hace un recorrido de los documentos de la Sede Apostólica sobre el privilegio concedido a los superiores generales para emitir las dimisorias, en *Ibidem*, 159-160. La Congregación para el Clero, mediante carta del 19 de julio de 1968 (Prot. n° 119159/I), confirmó los privilegios, al igual que el art. 58 de los Estatutos Generales de la orden revisados por el Capítulo General de 2009, véase Ciro Mezzogori, *Vocazione sacerdotale e incardinazione nei movimenti ecclesiali. Una questione aperta*, Roma 2012, p. 290, nota 338. Saucedo concluye así su estudio sobre la potestad de los superiores laicos en la orden: “a) Privilegium exemptionis requirit exigentia moraliter necessaria jurisdictionem ecclesiasticam in propriis pastoribus. b) Quod superiores ordinis s. Joannis de Deo, etsi laici, gaudent vera et propria jurisdictione spirituali in suos subditos. c) Sunt veri et proprie praelati, et hoc nomine plerumque designantur a romanis pontificibus praesertim a Benedicto XIV et a constitutionibus ordinis. d) Possunt proinde agere et exercere ea omnia, quae non requirunt potestatem ordinis, et quae ad superiores regulares spectant”, R. M. Saucedo, *Exercitium jurisdictionis et superiores laici ex ordine hospitalario s. Joannis de Deo*, en *CpR* 13 (1932) 302.

¹²⁰ Rhode considera que la voluntad del legislador era reservar el ejercicio de la potestad de gobierno normalmente a los clérigos, y en el ámbito de la actividad administrativa normalmente a los ordinarios, véase U. Rhode, *Attività amministrativa*, en *Periodica* 106 (2017) 383.

al pie de la letra, solo puede ser el ordinario del lugar, esta solución no siempre parece óptima. El superior de estos institutos se encuentra a menudo actuando como ordinario de hecho, y esto ocurre especialmente en lo que se refiere a los asuntos relacionados con el gobierno interno del instituto y no solo de carácter administrativo y económico. Según Rhode, en efecto, estos superiores mayores ejercen una potestad ejecutiva ordinaria entendida en sentido amplio¹²¹, diferente de la prevista en el 596 § 2, que, sin embargo, requiere una referencia implícita, de hecho y prudencial, por analogía a las normas sobre los actos administrativos (cánones 35-93) al menos para las competencias relativas a la forma de vida y al ministerio de los religiosos y de los institutos, a pesar de que se trata de actos de los superiores mayores colocados sin potestad de gobierno¹²².

La expresión “sin perjuicio del canon 134 § 1” en el rescripto de derogación del canon 588 § 2 sugiere que el superior mayor o moderador supremo de un instituto religioso clerical de derecho pontificio, aunque sea laico, debe ser considerado como el ordinario propio de los religiosos miembros del instituto. En cambio, en el caso de un instituto secular clerical de derecho pontificio, si bien puede nombrar o elegir a un miembro laico como superior, éste no puede ser considerado ordinario. En el caso de que se pretendiera que solo los clérigos pudieran ser considerados ordinarios, la expresión que los Capuchinos habían sugerido, era que el ejercicio de la potestad de gobierno en el caso

¹²¹ “Il fatto che i superiori di tutti gli istituti possano, secondo la terminologia del CIC/1983, emanare ‘decreti’ (canone 647 § 1: erezione di un noviziato; canoni 699-700: dimissione di un membro), viene addotto come argomento secondo cui essi possono emanare atti amministrativi singolari e, dunque, godono di potestà esecutiva”, U. Rhode, *Attività amministrativa*, en *Periodica* 106 (2017) 371. Los superiores mayores, aunque no posean la potestad de régimen, emiten actos administrativos que se ajustan de hecho a la forma canónica, por ejemplo, por escrito, como los relativos a la admisión al noviciado (canon 641) o a los votos (cánones 656, 3º y 689 § 1), y “pongono atti giuridici a nome della Chiesa hanno bisogno di quella potestà che Gesù Cristo ha trasmesso agli apostoli per governare la sua Chiesa, cioè della potestà di governo”, *Ibidem*, 382. También De Paolis conviene que se trata de verdaderos y propios actos administrativos según el canon 35, véase V. De Paolis, *I ricorsi amministrativi presso gli istituti religiosi*, en *Informationes SCRIS* 18 (1992) 225, también Grocholewski incluye los actos de los superiores religiosos como la admisión al noviciado entre los actos administrativos, véase Zenon Grocholewski, *De ordinatione ac munere tribunalium in ecclesia ratione quoque habita iustitiae amministrativae*, en *Ephemerides Iuris Canonici* 18 (1992) 67.

¹²² Véase U. Rhode, *Attività amministrativa*, en *Periodica* 106 (2017) 387-391. Sobre el recurso jerárquico ex cánones 1732-1739 presentado en contra de un acto administrativo hecho sin ejercicio de potestad de gobierno, véase *Ibidem*, pp. 400-401.

de un superior mayor o moderador supremo laico tuviera lugar “ad instar ordinariorum”¹²³ o “secundum quid”¹²⁴.

3.4. El ejercicio de la potestad de gobierno de los superiores en los institutos religiosos

La Nota presentada el 10 de noviembre de 1995 con un texto conjunto preparado por los Frailes Menores y los Capuchinos a la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica como respuesta a la encuesta promovida tras la IX Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos¹²⁵, indica en el apéndice el resultado del examen cruzado de las normas del código relativas al superior, al superior mayor y al ordinario y las implicaciones concretas que pueden tener para el *ministerium fratrum* en las órdenes franciscanas. Se han considerado los cánones que se refieren al ejercicio ordinario —por estar adjunto al oficio eclesiástico— de los superiores mayores de los institutos religiosos clericales, pero también como ordinarios porque así lo define el código, o *ad instar ordinariorum*, en consideración a que no todos los que tienen potestad ordinaria son ordinarios¹²⁶. A esta lista pueden añadirse los siguientes cánones

¹²³ Véase Curia generalis ordinis fratrum minorum capuccinorum, *Risposta OFM-OFMCap alle “Riflessioni e Osservazioni” di un consultore della Congregazione per gli Istituti di Vita Consacrata e le Società di Vita Apostolica (25 febbraio 1994)*, del 2 giugno 1994 (Prot. n.º 00739/94). La expresión fue utilizada por Fuertes en su comentario a *Cum admotae* de 7 de febrero de 1964 porque consideraba que tras la concesión de facultades a los superiores mayores de institutos clericales de derecho pontificio “... conceditur tamen illis exercitium iurisdictionis, non officium, ad instar regularium et ad normas can. 501 ° 1 et can. 198 § 1; unde plano est non esse ordinarios stricto sensu, sed ad instar”, J. B. Fuertes, *Commentarium in rescriptum pontificium ‘Cum admotae’*, en *CpR* 47 (1966) 64. La expresión “ad instar” se encuentra tres veces en el código (cánones 370; 713 § 1 y 715 § 3) y se origina en el latín *in-stare*, y significa una posición de equilibrio o igualdad, puede indicar igualdad de peso o tamaño o significado, de ahí los sinónimos imagen, figura, similitud. Un ejemplo es el utilizado por Sixto V en la bula *Etsi pro debito* del 1 de octubre de 1586 por la que se establece la orden de los Hospitalarios de San Juan de Dios: “... tamquam in diversa et distincta membra in unum commune corpus coniungimus et unimus, ad instar aliarum approbatarum monachorum aut regularium personarum congregationum”. Commenta Fuertes: “Sixtus V non erigit hospitalia s. Ioannis in congregationem monasticam quia talis non est, nec in ordinem regularem eadem ratione; sed ad instar ut de natura et iuribus veri ordinis participet et quidem de iurisdictionem”, J. B. Fuertes, *Commentarium in rescriptum pontificium ‘Cum admotae’*, en *CpR* 47 (1966) 61 (nota 18), véase R. M. Saucedo, *Exercitium iurisdictionis et superiores laici ex ordine hospitalario s. Ioannis de Deo*, en *CpR* 13 (1932) 227.

¹²⁴ Véase Curia generalis ordinis fratrum minorum capuccinorum, *Risposta OFM-OFMCap alle “Riflessioni e Osservazioni” di un consultore della Congregazione per gli Istituti di Vita Consacrata e le Società di Vita Apostolica (25 febbraio 1994)*, del 2 de junio de 1994 (Prot. n.º 00739/94), o *secundum quid* como propone Pujals en los casos en que el superior de incardinación no sea ordinario se puede considerarlo ‘ordinario secundum quid’, escribe: “porque no goza de todas las potestades del ordinario, aunque solo sea *secundum quid*”, Antonio Pujals i Ginebreda, *La relación jurídica de incardinación en el código de 1983*, Roma 1992, p. 122. Véase el *Cum admotae* en Secretaria status, *Rescriptum pontificium supremis moderatoribus religionum clericalium iuris pontificii atque abbatibus praesidibus congregationum monasticarum facultates quaedam ab apostolica sede delegantur*, en *AAS* 59 (1967) 374-378.

¹²⁵ Con carta del Prefecto, cardinal Eduardo Martínez Somalo del 20 de octubre de 1995 (Prot. n.º SpR 749/88).

¹²⁶ Se trata concretamente de los siguientes cánones: 14; 65 § 1; 66; 68; 84; 87 § 2; 107 § 1; 131-133; 137-144; 162; 258; 266 § 2; 268 § 2; 274 § 2; 283; 285 § 4; 289 § 1; 317 § 2; 346; 443 § 3, 2º; 474; 520; 557

relativos al servicio de gobierno y animación: 85 (concesión de una dispensa de una ley puramente eclesiástica en un caso particular)¹²⁷; 273 (vigilancia de la obligación de los clérigos de especial respeto y obediencia al sumo pontífice y al ordinario); 312 § 1, 3º (erección de fundaciones pías autónomas por privilegio apostólico)¹²⁸; 307 § 3 (consentimiento para que un religioso se una a una asociación); 581 (facultad, de acuerdo con las constituciones, de dividir el instituto en partes, designadas con cualquier nombre, de erigir otras nuevas, de fusionar las ya constituidas o de circunscribirlas de manera diferente); 587 § 1 (disposición conjunta del canon 94 § 3 relativa a la competencia para promulgar estatutos y reglamentos en el ejercicio de la potestad legislativa, por ejemplo el moderador supremo para la promulgación de las constituciones); 587 § 4 (aprobación de normas para el instituto, que son de rango inferior a las constituciones, revisarlas y adaptarlas según las necesidades de los lugares y tiempos); 609 (erección de una casa religiosa con el consentimiento escrito del obispo diocesano); 616 §§ 1-2 (supresión de una casa religiosa legítimamente erigida, previa consulta al obispo diocesano, siempre que no sea la única casa del instituto); 625 § 3 (nombramiento, previa consulta, de los superiores locales); 630 §§ 1-5 (en particular 4 y 5 sobre la prohibición de oír las confesiones de los súbditos); 638 § 3 (autorización escrita para las enajenaciones y cualquier transacción de la que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica); 668 § 2 (concesión a un profeso del derecho a modificar las disposiciones relativas a la administración de los bienes temporales); 682 § 2 (destitución de un religioso del oficio o cargo eclesiástico que le ha sido conferido en la diócesis, incluso sin el consentimiento del obispo diocesano); 686 § 1 (conceder a un profeso perpetuo por una causa grave, con el consentimiento de su consejo, un indulto de excomunión por un período no superior a tres años); 690 § 1 (readmitir, con el consentimiento de su consejo, a una persona que ha abandonado legítimamente el instituto); 694 (reunir pruebas y declarar el hecho para la expulsión *ipso facto* del instituto en los casos previstos, y transmitir la declaración a la Sede Apostólica para su confirmación)¹²⁹; 699 § 1 (emitir un decreto de destitución de

§ 2; 611, 3º; 613 § 2; 615; 620; 623; 623; 625 § 3; 630; 636 § 1; 641; 645 § 2; 647 § 3; 649 § 2; 650 § 2; 653 § 2; 665 § 1; 672; 678 § 2; 679; 684 § 3; 688 § 2; 689 § 1; 694 § 2; 695 § 2; 697; 703; 708; 709; 764; 765; 826 § 3; 832; 833, 8º; 903; 911; 936; 951 § 1; 956; 958 § 2; 967 § 3; 968 § 2; 969 § 2; 970; 971; 974 §§ 1 e 4; 1019 § 1; 1025 § 1; 1029; 1030; 1032 § 2; 1034 § 2; 1036; 1038; 1039; 1042, 3º; 1043; 1044 § 2, 2º; 1047 § 4; 1048; 1051, 2º; 1052 § 2; 1053 § 2; 1054; 1179; 1189; 1196, 2º; 1203; 1207; 1210; 1212; 1223; 1224 § 1; 1245 § 1; 1265 § 1; 1267 § 2; 1276 § 2; 1279 § 2; 1281 § 1; 1283, 1º; 1284 § 2, 6º; 1288; 1301; 1302 § 2; 1304 § 1; 1305; 1308 §§ 2 e 5; 1309; 1310 §§ 1-2; 1319; 1339 § 3; 1340 § 3; 1341; 1348; 1350 § 2; 1354; 1355 § 1; 1356 § 1, 2º; 1371; 1373; 1427; 1480 § 2; 1708; 1717; 1718; 1719-1722; 1724 § 1, véase la nota del 10 de noviembre de 1995 en respuesta a la encuesta promovida por la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica.

¹²⁷ El canon 85 establece que la concesión de una dispensa presupone la potestad ejecutiva, respecto a los superiores de los institutos religiosos y las sociedades de vida apostólica, la facultad de conceder dispensas solo está prevista para los institutos clericales de derecho pontificio (cánones 1196, 2º y 1245), en consonancia con el canon 596 § 2.

¹²⁸ Véase Benedicto XVI, *Intima Ecclesiae natura “de caritate ministranda”* (2012, art. 1 § 4, pp. 998 ss).

¹²⁹ Véase Francisco *Communis vita* del 19 de marzo de 2019, en *L'Osservatore Romano*, 27/03/2019, p. 9.

un religioso de votos perpetuos, después del proceso mencionado en el canon 697, por una causa grave, el decreto debe ser confirmado por la autoridad competente de acuerdo al canon 700); 702 § 2 (uso de la equidad y de la caridad evangélica con respecto a un religioso que se separa del instituto); 750 § 2 (punición con pena justa a los que, además de lo dispuesto en el canon 1364 § 1, enseñan doctrinas condenadas y, amonestados por la Sede Apostólica o por ellos mismos, no se retractan, cf. 1371, 1^o)¹³⁰; 829-830 § 3 (sobre la licencia de publicación, también para las traducciones y nuevas ediciones, y la obligación de comunicar los motivos de su denegación); 951 § 1 (para establecer la finalidad de las santas misas binadas)¹³¹; 968 § 2 (de oficio recibir las confesiones de los súbditos y otras personas que viven en la casa, salvo lo dispuesto en el canon 630 § 4); 1224 § 2 (conversión del oratorio a uso profano); 1342 § 3 (obligaciones y derechos en caso de procesos administrativos penales, para declarar una sanción por decreto extrajudicial); 1732-1739 (procedimiento de recurso contra los decretos administrativos). Por otra parte, es necesario recordar las normas del motu proprio, *Vos estis lux mundi*, del 7 de mayo de 2019, que en su artículo 3 § 1 dispone sobre la obligación de recibir el informe a que se refiere el artículo 1 del mismo motu proprio y el artículo 6 d) relativo a la conducta realizada por los moderadores o ex moderadores —*durante munere*— de los institutos de vida consagrada de derecho pontificio, clérigos o no clérigos¹³².

Estos casos se refieren a las funciones de enseñar, santificar y de régimen legislativo, judicial y ejecutivo, y no parece que se realicen acciones o se prevean realidades jurídicas que impliquen “intrínseca” y “estrictamente” el ejercicio de las órdenes sagradas¹³³. De hecho, por ejemplo, incluso cuando un superior, sacerdote o laico, autoriza o limita a un clérigo el ejercicio del ministerio sagrado, en realidad se trata de un mero acto de gobierno¹³⁴. A la luz de este listado no exhaustivo, se considera que la potestad de gobierno de los superiores de los institutos de vida consagrada está al servicio de la función de gobierno ejecutivo en el fuero externo (canon 596 § 3), se recibe de Dios por el ministerio de la Iglesia (canon 618) y es, en el caso de un superior laico, participación en la potestad de gobierno que se ejerce como cooperación (canon 129 § 2); es por tanto

¹³⁰ Véase San Juan Pablo II, *Ad tuendam fidem* (18 de mayo de 1998), en *AAS* 90 (1998) 457-461.

¹³¹ Véase Pontificia commissio codici iuris canonici authenticae interpretando, *Responsio I* (20 de febrero de 1987), en *AAS* 79 (1987) 1132.

¹³² Véase Francisco, *Vos estis lux mundi* (2019, p. 10).

¹³³ Cuanto al adverbio “intrínsecamente” se reenvía a la respuesta de la Congregación para la Doctrina de la Fe citada líneas arriba en la nota 73.

¹³⁴ Muchos autores han presentado listas de competencias y obligaciones de los superiores mayores, por ejemplo, véase: M. Luisi, *Gli istituti misti di vita consacrata*, 237-240; B. Esposito, *Il superiore maggiore in quanto ordinario: alcune riflessioni sull'evoluzione storica degli aspetti ecclesiologici e canonici e sulle prospettive future*, en *Religiosi in Italia* 9 (2004) 57-64 y Luigi Sabbarese, *L'autorità e il governo nelle congregazioni moderne*, en *Angelicum* 85 (2008) 1036-1038.

una verdadera potestad de jurisdicción¹³⁵ cuyo objeto está delimitado y circunscrito por el derecho común y propio y cuyo ejercicio está regulado por el canon 596¹³⁶.

La potestad de gobierno, tanto para el fuero externo como para el interno, se concede *ipso iure* a los superiores y capítulos de los institutos religiosos y sociedades de vida apostólica clericales de derecho pontificio. Si bien sus superiores se asimilan a los ordinarios diocesanos según el canon 134 § 1, se trata, sin embargo, de aquella potestad que es necesaria para el gobierno del instituto según su naturaleza y finalidad propia y específica¹³⁷. Se trata de una potestad de carácter ejecutivo transmitido a los superiores por la jerarquía para el instituto mediante la erección canónica y la aprobación de las constituciones, para ser ejercida según el canon 596. La potestad ejecutiva se define como “potestà pubblica, cioè una situazione soggettiva connessa alla posizione giuridica dell’autorità, che consente al suo titolare di agire giuridicamente modificando in modo efficace le situazioni nelle quali viene a incidere e vincolando con il dovere di obbedienza i destinatari dei propri atti. Per il fatto di essere pubblica, essa rappresenta una potestà-funzione”¹³⁸. En el caso de los institutos clericales con miembros laicos profesos carismática y estructuralmente iguales a los miembros clérigos, es necesario asegurar que a cada miembro se le atribuyen las condiciones jurídicas específicas de tutela y funcionamiento de acuerdo con su estatuto personal, y debería recaer en el derecho

¹³⁵ Ghirlanda y Sugawara convienen, Ghirlanda afirma en general sobre la potestad en los institutos: “La potestà di cui al can. 596 non proviene dai membri dell’istituto, né dal loro voto di obbedienza, ma è data ai superiori e ai capitoli dallo stesso diritto universale e dalle costituzioni, cioè in ultima istanza dallo stesso Legislatore, il romano pontefice, e dal fatto che le costituzioni sono approvate dall’autorità ecclesiastica competente can. 617. Ciò viene confermato dal can. 618, secondo il quale i superiori esercitano la potestà che hanno ricevuto da Dio mediante il ministero della Chiesa”, G. Ghirlanda, *Relazioni tra istituti religiosi e vescovi diocesani*, en *Informationes SCRIS* 14 (1988) 64. Sugawara es más específico para los institutos laicales: “La potestà di governo proprio della Chiesa viene ricevuta ed esercitata ma in modo limitato... Per il fatto che almeno in parte a tale potestà si applicano i canoni sulla potestà ordinaria e delegata di governo ecclesiastico o di giurisdizione, si deve ammettere che la potestà esercitata dagli istituti religiosi laicali è radicalmente della stessa natura della potestà ecclesiastica di governo... Non si vede perché superiori e capitoli degli istituti laicali non possano ricevere la potestà ecclesiastica di governo necessaria al buon governo dell’istituto, poiché i laici idonei possono ricevere uffici che comportano l’esercizio della potestà ecclesiastica di governo, purché non siano uffici strettamente clericali, cioè non esigano la ricezione dell’ordine sacro come condizione *sine qua non* canoni 129 § 2 e 228 § 1”, Y. Sugawara, *La natura della potestà interna presso gli istituti religiosi non clericali*, en *Folia canonica* 8 (2005) 290. Parece que compartimos el uso que hace Sugawara del adverbio “radicalmente” y enfatizamos el origen y la raíz de la potestad más que los sujetos como autor (el superior) o el religioso sujeto del acto de gobierno.

¹³⁶ Véase Francesco Romano, *I superiori del can. 596 nel corpo sociale della Chiesa*, en *Teresianum* 57 (2006) 440 y M. Luisi, *Gli istituti misti di vita consacrata*, p. 241.

¹³⁷ Véase E. McDonough, *The Potestas of c. 596*, en *Antonianum* 63 (1988) 597; Idem, *Jurisdiction Exercised by Non-Ordained Members*, in *Canon Law Society of America Proceedings* 58 (1996) 292-307; G. Ghirlanda, *De natura, origine et exercitio potestatis regiminis iuxta novum codicem*, en *Periodica* 74 (1985) 147-149; J. Beal, *The Exercise of Jurisdiction by Lay Religious*, en *Bulletin on Issues of Religious Law* 13 (1997) 1-6 y J. A. Coriden, *Lay Person and the Power of Governance*, en *The Jurist* 59 (1999) 334-347.

¹³⁸ Jorge Miras – Javier Canosa – Eduardo Baura, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2007, p. 40.

propio, aprobado por la autoridad eclesiástica competente, el establecer el perímetro de las competencias y la forma de ejercer la potestad de gobierno tanto para los clérigos como para los laicos¹³⁹, como es el caso de los Marianistas donde en el caso el superior fuese un religioso laico, “peut exercer aussi le pouvoir de gouvernement ecclésiastique, excepté dans les cas où l’exercice de ce pouvoir requiert le caractère sacerdotal”¹⁴⁰.

4. Conclusiones

La Regla bulada franciscana establece que, en caso de necesidad, si el superior mayor o el moderador supremo no es presbítero, nombrará a un sacerdote de la orden para que cumpla con las exigencias de gobierno en el fuero interno sacramental. A la luz de la derogación del canon 588 § 2, la expresión del Concilio en *PC* 15 “salvis iis quae ex ordine sacro proveniunt” parece haber recibido una interpretación auténtica en sentido restrictivo, reduciendo los casos que requieren el sacramento del orden a lo esencial. El rescripto no entra en el fondo de cómo resolver y regular estas situaciones, sin embargo –en mi opinión– al menos para los franciscanos, la mejor solución es la indicada en el capítulo VII de la Regla y que la Congregación utilizó en el caso de fray Ignacio Fever, laico capuchino, cuando fue nombrado ministro provincial de la Provincia de Canadá Central, es decir, el nombramiento por el superior mayor de un sacerdote de la orden para proveer a los casos de fuero interno sacramental.

Por lo que concierne a los superiores locales, el Dicasterio parece haber aceptado desde hace tiempo esta práctica de hecho, y según algunos autores esta posibilidad debería haber sido incorporada al derecho común incluso antes del rescripto como resultado de la comisión postsinodal, de modo que a nivel local el acceso de todos los religiosos al servicio de la autoridad y el ejercicio de la potestad de jurisdicción en institutos no meramente laicales o mixtos debería considerarse generalmente admisible¹⁴¹.

Como consecuencia del cambio introducido por la derogación del canon 588 § 2 es probable que los institutos religiosos clericales de derecho pontificio se vean afectados o tengan que cambiar su derecho propio; por ejemplo para los Capuchinos se trataría de modificar el número 123.6 de sus Constituciones para adecuarlo a lo dispuesto y a los términos utilizados en el capítulo séptimo de la Regla bulada, este cambio tendría también el mérito de hacer más coherente el texto con el número 90.3 de las mismas

¹³⁹ Sobre la oportunidad de remitir el tema al derecho propio, véase B. Primetshofer, *Instituta nec clericalia nec laicalia. Möglichkeit und Konsequenzen*, en ed. a cargo de J. Kremsmair – H. Pree, *Ars boni et aequi. Gesammelte Schriften von Bruno Primetshofer*, p. 490.

¹⁴⁰ E. Torres, *Composition mixte*, en ed. a cargo de A. Albano, *Dictionnaire de la règle de vie marianiste*, Roma 1988, p. 233.

¹⁴¹ Cf. Vincenzo Mosca, v. *Instituto laical*, en J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano, *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. 4, Pamplona 2012, p. 659 y M. Luisi (2014, p. 255).

Constituciones, con un añadido que especifique lo que debe ocurrir en caso de necesidad, se propone esta fórmula:

Como somos una orden de hermanos, según la voluntad de San Francisco y la genuina tradición capuchina, todos los hermanos de votos perpetuos pueden acceder a todos los oficios o cargos. En caso de que sea necesario, se debe nombrar a un sacerdote para que asista al superior en los actos para los que se requieren las órdenes sagradas. Pero el cargo de superior sólo puede ser conferido válidamente a los hermanos que hayan profesado perpetuamente durante al menos tres años.

San Benito y San Francisco, al igual que otros padres de la vida monástica y religiosa, no eran sacerdotes¹⁴² y, sin embargo, utilizando las categorías actuales, ejercían una potestad de gobierno no simplemente dominativa en la medida en que influían en la vida, la formación y el ministerio de los monjes y religiosos sacerdotes y laicos, así como el haber impreso en el patrimonio carismático e institucional de sus familias religiosas una naturaleza, un carácter y una finalidad propios en la dimensión laical y clerical, que fueron reconocidos, confirmados y acompañados a lo largo de muchos siglos por la autoridad suprema de la vida religiosa en la Iglesia (canon 590 § 1). La vida consagrada no forma parte de la constitución jerárquica de la Iglesia, pero esta no agota a toda la Iglesia, es más, la Congregación para la Doctrina de la Fe ha declarado que “la dimensión carismática nunca puede faltar en la vida y en la misión de la Iglesia”¹⁴³ y esta tiene la

¹⁴² La comisión inter-franciscana así escribe respecto al posible diaconado de San Francisco: “L’affermazione che Francesco sia stato diacono, ma ci si domanda quando sia stato ordinato, non contraddice alla constatazione di fatto, di cui sopra. Al contrario, con tutta probabilità, lo stesso ‘diaconato’ di Francesco deve essere spiegato in quest’ordine di idee. Non si può escludere che il diaconato di Francesco (più presunto che comprovato) non si debba iscrivere nella facoltà che la Regola benedettina concedeva e concede all’abate di cantare il vangelo (con brevi parole di commento), rivestito di veste liturgiche. Si tratterebbe dei *leviticis ornamentis indutus* di cui parla il Celano (1Cel 86), quando Francesco, avvalendosi della facoltà concessa dal diritto comune ad un superiore laico, canta a Greccio il vangelo nella notte di Natale. Non si deve dimenticare che al tempo di Francesco il diaconato permanente non era più in uso. Tutto ciò, evidentemente, non ha niente a che fare con l’affermazione che Benedetto e Francesco abbiano rinunciato al sacerdozio per umiltà e non si sono neppure messi in cammino verso il sacerdozio”, Commissione interfrancescana (OFM – OFMConv – OFMConv) per lo studio dell’ordine francescano come istituto misto, *Identità dell’ordine francescano, nel suo momento fondativo, come istituto misto*, in *Analecta OFMConv* 114 (1998) 953 nota 71. También Andrea Boni tiene la misma tesis en Andrea Boni, *La “novitas franciscana” nel suo essere e nel suo divenire (cc. 578/631)*, (Spicilegium Pontificii Athenaei Antonianum, 33), Roma 1998, pp. 298-318. San Francisco en su Testamento parece hablar de sí como clérigo cuando afirma: “Officium dicebamus, clerici, secundum alios clericos, laici dicebant Pater noster”. Felice Accrocca y Mariano D’Alatri consideran con referencia también al Memorial de Tommaso de Celano, que el diaconado de Francisco sea un hecho ya comprobado, véase Mariano D’Alatri – Felice Accrocca, *L’urgenza della predicazione. San Francesco diacono*, premisa de Flavio Ubaldi, Santa Maria degli Angeli – Assisi 2015.

¹⁴³ Congregatio pro doctrina fidei, *Iuvenescit ecclesia* (15 de mayo de 2016), n° 13, Città del Vaticano 2016. El magisterio más reciente desde LG 4 ha manifestado repetidamente el principio de coesencialidad de los dones jerárquicos y carismáticos, San Juan Pablo II a los movimientos afirmó: “La dimensione istituzionale e la dimensione carismatica, di cui i movimenti sono un’espressione significativa. Ambedue

obligación y el derecho de protegerla y promoverla, así que la propia composición de la fraternidad franciscana en religiosos sacerdotes y laicos representa la articulación de la Iglesia en los dos tipos de cristianos¹⁴⁴, ciertamente en la forma de vida regular y no secular, en una vida religiosa que tiene un carácter carismático y que no forma parte de la estructura jerárquica, pero que sin embargo es expresión de su vida y santidad. Los institutos de vida consagrada y las sociedades de vida apostólica poseen la potestad necesaria y suficiente para la protección y promoción de su patrimonio carismático, espiritual y misionero, en la Iglesia universal en el caso de los institutos o sociedades de derecho pontificio. Esta potestad tiene naturaleza pública y la personalidad jurídica pública eclesiástica –reconocida *ope legis* a las estructuras centrales y periféricas– expresa su significado canónico y es ordinaria porque está vinculada a oficios reconocidos por la Iglesia, de modo que los superiores pueden gobernarlas ejerciendo las funciones de enseñanza, santificación y de gobierno también respecto a los clérigos incardinados en su instituto o sociedad.

La derogación del canon 588 § 2 debe considerarse la respuesta de la Sede Apostólica a las peticiones surgidas durante el Sínodo sobre la vida consagrada y pone fin al uso de la dispensa, pero otorga a la Congregación la facultad de aplicarla caso por caso, es decir, evaluando –entre otras– la intención del fundador, el carisma fundacional y las sanas y legítimas tradiciones, la finalidad, el carácter, la índole y la misión que el instituto o la sociedad desempeñan en la Iglesia. En la tesis discutida el 4 de agosto de 2020, se propuso: “Quanto alle modifiche del diritto comune ci si potrebbe limitare a un intervento

sono co-essenziali alla costituzione divina della Chiesa fondata da Gesù, perché concorrono insieme a rendere presente il mistero di Cristo e la sua opera salvifica nel mondo” (1998, n. 5, p. 1065). Véase Benedicto XVI (2007, p. 558). Se coincide con Navarro en que la vida consagrada no forma parte de la jerarquía porque la relación interna no es del tipo *clerus-plebs*, no hay encomienda a un párroco de la cura de almas de una comunidad, pero, según Hervada, tiene un carácter “asociativo”, afirma: “Il semplice fatto che nella Chiesa —o in un gruppo sociale ad essa interno— vi siano chierici e laici non è dunque sufficiente a dar vita alla struttura *ordo-plebs*. Essa si avrà soltanto ove si dia una formazione organica dell’*ordo* e della *plebs* secondo le rispettive funzioni e posizioni costituzionali. Così, per esempio, un ordine religioso composto di chierici e laici non presenta la struttura *ordo-plebs*, perché i vincoli che li uniscono sono di carattere associativo, e in quanto religiosi, essi non si associano secondo la struttura *ordo-plebs*; la quale invece si dà nella parrocchia, ove la relazione fra clero parrocchiale e fedeli presenta appunto le forme proprie di tale struttura”, J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, p. 182, véase L. Navarro, *L’incardinazione nei movimenti ecclesiali? Problemi e prospettive*, in *Fidelium Iura* 15 (2005) 89. Misionariedad y universalidad a servicio de toda la Iglesia “il cui carisma ha come nota propria l’universalità e l’attività missionaria, che è riconosciuta e approvata con l’erezione da parte della santa sede, dovrebbe ottenere la facoltà di incardinare i propri chierici, per un miglior servizio apostolico e missionario a favore di tutta la Chiesa di Cristo, sia universale, sia particolare”, G. Ghirlanda, *Questioni irrisolte sulle associazioni di fedeli*, en *Ephemerides Iuris Canonici* 49 (1993) 96. En cambio, si el carisma tiene “una nota di diocesanità, l’incardinazione nella chiesa particolare esprime meglio il legame con l’ordinario del luogo e la dipendenza da esso, soprattutto nell’ambito pastorale”, *Ibidem*. De la misma opinión es Alberto Perlasca, *Le associazioni nate con l’intento di diventare IVC o SVA. Ulteriori riflessioni*, en *Informationes SCRIS* 30 (2004) 109.

¹⁴⁴ Es significativo que los dos hermanos Raffaele y Ludovico Tenaglia de Fossombrone, considerados “los fundadores” de la orden como destinatarios de la bula *Religionis zelus* de Clemente VII del 3 de julio de 1528, documento fundacional de los Capuchinos, fueran el primero un laico y el segundo un sacerdote.

sul canone 588 con l'inserimento di specificazioni rispetto alle tipologie di istituti di vita consacrata". La Sede Apostólica parece haber aceptado esta línea en respuesta a las exigencias manifestadas por el Sínodo y algunos institutos.

En cuanto al superior mayor o moderador supremo, que por la lectura combinada de los cánones 134 § 1 y 596 § 2 tiene la potestad de régimen en el fuero interno y externo y es ordinario, es decir, tiene autoridad sobre los clérigos incardinados en el instituto como tal, si es clérigo ejercerá esta potestad con todas las facultades previstas para la potestad de régimen, si fuera laico el que asume uno de estos oficios gobernará *ad instar ordinariorum* con la potestad que el código de derecho canónico concede a los religiosos ordinarios, sin perjuicio del principio de que los laicos deben ejercer a través de los sacerdotes los actos que requieren el orden sagrado¹⁴⁵. El origen de la potestad de gobierno en los institutos de vida consagrada no es, en efecto, el voto de obediencia, y éste no tiene simplemente un carácter doméstico, es decir, privado, sino que es público y participa de aquella potestad de la Iglesia que es de institución divina, cuyo perímetro es establecido por la Iglesia en el momento del reconocimiento del instituto y de su código fundamental. En el caso de un instituto *sive clericale sive laicale*, clerical-laical o no meramente laical, este perímetro de jurisdicción debe incluir, entre otras, las facultades necesarias tanto para el ministerio sacerdotal como para su ejercicio, tales como la formación, el discernimiento sobre la idoneidad, el ejercicio del ministerio, los procedimientos judiciales, etc., y proveer lo necesario para la promoción de la vocación religiosa laica y los ministerios relacionados.

El derecho común admite el ejercicio de la potestad de régimen eclesiástico por parte de un laico en el caso de la función judicial, el código establece que los jueces (canon 135 § 3) y por tanto también los jueces laicos (cánones 1421 § 2, 1673 § 3 y 135 § 1) gozan de esta potestad, mientras que en el ámbito de la función ejecutiva no existen oficios o cargos que puedan ser confiados *ope legis* a los laicos y a los que el código –con similar claridad– atribuye la potestad de régimen. Históricamente, la Iglesia no solo ha reconocido la obligación y el derecho de los institutos de dotarse de un derecho propio que permita la participación en las elecciones con voz activa a los religiosos, ya sean sacerdotes, clérigos o laicos, indistintamente, sino también que, respetando la naturaleza y la índole del instituto, se reconozca la posibilidad de que los religiosos laicos asuman el cargo de superior, incluso de superior mayor, con la facultad de ejercer la *potestas iurisdictionis spiritualis*, la que hoy se denomina potestad de régimen, salvo para los actos

¹⁴⁵ Véase Curia generalis ordinis fratrum minorum capuccinorum, *Risposta OFM-OFM-Cap alle "Riflessioni e Osservazioni" di un consultore della Congregazione per gli Istituti di Vita Consacrata e le Società di Vita Apostolica (25 febbraio 1994)*, de 2 de junio de 1994 (Prot. n.º 00739/94). Véase también el caso de la Sociedad de María (Marianistas), donde solo el superior y el vicario general deben ser clérigos. En el derecho propio de los Capuchinos la figura del ordinario solo se menciona en dos textos, en Ord. año 2013, 2/19 con referencia al diaconado permanente y en Const. año 2013, 115.1-3 sobre las facultades para recibir confesiones.

que requieran el sacerdocio. La derogación al 588 § 2 recoge hoy lo que históricamente fue reconocido por la Sede Apostólica a los Capuchinos y a los Observantes, y –de acuerdo con la lectura combinada de los cánones 129 § 2 y 596– abre la posibilidad de la participación de los religiosos laicos en la potestad de gobierno necesaria para un instituto religioso formado por sacerdotes, clérigos y laicos, esto por las exigencias del ejercicio del orden sagrado siendo un componente coesencial de su misión.

Una última consideración de carácter más general. El rescripto aborda una cuestión relacionada con la vida consagrada y su especificidad religiosa en la Iglesia, pero no se puede dejar de reconocer que se enmarca en el contexto de otras disposiciones como el motu proprio *Spiritus Domini* del 10 de enero de 2021 (Francisco, 2021) con el que la Sede Apostólica autorizó confiar de manera estable los ministerios de lector y acólito a mujeres, con la consiguiente modificación del canon 230 § 1 que las excluía; cinco meses después —el 10 de mayo de 2021— el motu proprio *Antiquum ministerium* (Francisco, 2021) instituyó el ministerio laico del catequista, indicando la posibilidad de que los laicos asuman funciones de servicio ministerial en la comunidad eclesial; además de la ya mencionada y reciente constitución apostólica *Praedicate Evangelium* (Francisco, 2022) sobre la reforma de la Curia Romana que, a diferencia de *Pastor bonus* (art. 3 § 1), no establece que la presidencia de los dicasterios recaiga necesariamente en un cardenal o en un arzobispo, abriendo así a la hipótesis de que hayan laicos como figuras apicales de los organismos de la Curia, como es el caso del actual Prefecto del Dicasterio para la Comunicación. Desde el punto de vista de la potestad de gobierno eclesiástico, parece que asistimos a un crescendo en la encomienda a los fieles laicos de espacios de servicio de autoridad en la Iglesia, no solo de naturaleza operativa, como viene siendo habitual, sino también en formas estables de ejercicio de la potestad de gobierno eclesiástico, desde el encomendar a laicos los ministerios del lectorado y del acolitado, que solían ser órdenes menores y que conferían la condición de clérigo¹⁴⁶, a la institución del ministerio laical

¹⁴⁶ Es muy distinto el estatuto del clérigo en el actual ordenamiento canónico, en sentido restrictivo, respeto a aquel previsto por el derecho antiguo y también por el CIC '17, así que Suarez emblemáticamente afirmaba que un superior religioso puede tener la potestad de jurisdicción espiritual solo si es “clérigo” por lo tanto el religioso laico no es hábil a recibir la potestad de jurisdicción, pero no es necesario que sea sacerdote o diacono, sería suficiente que fuera “clérigo” en cualquiera orden hasta simplemente con la primera tonsura. Así escribe Suarez: “At vero considerando in praelato religionis spirituales potestatem, ex generali lege canonica necessarium est et sufficit ut sit clericus, quia laicus etiam religiosus non est capax spiritualis iurisdictionis, ut supra dixi. Quod autem sit sacerdos, non videtur necessarium, quia quicumque ordo, etiam prima tonsura, sufficit, quantum est ex generali ratione spiritualis potestatis. Nec etiam ex speciali ratione iurisdictionis religiosae videtur haec conditio necessaria, aut aliquo iure praescripta, nam in dictum c. Ut abbates solum mandatur ut: ‘Abbates decani et praepositi, qui presbyteri non sunt, presbyteri fiant’, illa tamen non ponitur ut conditio necessaria, ut eligi possint ad tales dignitates, nec de religiosis aliquid ibi speciale dicitur” (Suarez, 1634, p. 70). Daneels observa que la noción de oficio con anexa *cura animarum* en el canon 154 CIC '17 preveía el sacerdocio y que se trataba de una condición mucho más exigente de aquella del derecho antiguo, véase X. 1, 6, 7 (ie Friedberg CIC II, 51 y 52); X. 1, 14, 1 (Friedberg CIC II, 125) e Extrav. Jo. XXII, 3, un. (Friedberg CIC II, 1209), véase Daneels (1973, 58 ss.) y Van de Kerchove (1938, pp. 10-14).

del catequista, a la atribución de la potestad de régimen ordinaria vicaria en la Curia Romana, hasta considerar la posibilidad de religiosos laicos con potestad ordinaria de gobierno en los institutos clericales de derecho pontificio.

Sin embargo, es oportuno recordar que la escansión del programa magisterial y pastoral de Francisco –conversión personal al Evangelio, conversión pastoral de la comunidad y, finalmente, reforma de las estructuras eclesiales– es cada vez más actual, para evitar el riesgo al que Rahner ya prevenía al episcopado alemán a mediados de los años 50, cuando advertía de la tentación de clericalizar a los laicos concediéndoles una porción más o menos amplia de poder litúrgico o de gobierno o judicial¹⁴⁷.

Referencias

- Acta capituli generalis specialis*. (1969). (Vol. 2). Curia Generalis OFMCap.
- Acta capituli generalis LXXIX*. (1983). Curia Generalis OFMCap.
- Agamben, G. (2011). *Altissima povertà. Regole monastiche e forme di vita. Homo sacer*. Editorial Neri Pozza.
- Aguirre, P. (1952). Adnotationes ad responsiones datas a P. Comm. Codicis d. 26 martii, a. 1952. *Periodica*, 42, 164.
- Alberigo, J., Dossetti, J. A., Joannou, P. P., Leonardi, C. y Prodi, P. (Eds.). (1991). Concilium tridentinum, sess. 22 *de reformatione*, c. 4. En *Conciliorum Oecumenicorum Decreta* (p. 739). Istituto per le Scienze Religiose.
- Amigo Vallejo, C. (1998). Profetas para el 2000. Lectura y comentario de la exhortación. *Vita consecrata*, 98-99.
- Analecta Ordinis Fratrum Minorum Capuccinorum*. (1971). Curia Generalis OFMCap.
- Andrés, D. J. (1998). Los superiores de los religiosos según el código: IV Estatuto específico de los superiores mayores ordinarios. *CpR*, 79, 161-162.
- Andrés, D. J. (2005). *Le forme di vita consacrata. Commentario teologico-giuridico al codice di diritto canonico*. Ediurcla.
- Antonius a Butrio. (1575). VI° 1, 6, 32. Venetiis, fol. 60r-61.
- Arrieta, J. I. (1997). *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*. Milano.
- Aymans, W. y Mörsdorf, K. (1993). *Kanonisches Recht* (Vol. 1). Paderborn, (pp. 229, 404-406). Paderborn.
- Barbosa, A. (1650). *Ius ecclesiasticum universum. De personis* (Vol. 1). Lugduni.

¹⁴⁷ Véase Rahner (1977, pp. 733-743) y (1955, pp. 340-342), también Corecco (1997).

- Bartholomeus brixienis. (1493). *Glossa ordinaria* en C. 27, q. 1, c. 40 *Ut lex*, Basileae, sin número.
- Bartolus de Saxoferrato. (1585). Tractatus minoricis. En *Consilia, quaestiones et tractatus* (fol. 106). Venetiis.
- Beal, J. (1995). The Exercise of the Power of Governance by Lay People. State of the Question. *The Jurist*, 55, 1–92.
- Beal, J. (1997). The Exercise of Jurisdiction by Lay Religious. *Bulletin on Issues of Religious Law*, 13, 1-6.
- Bellarmino, R. (1608). *Disputationum de controversiis christianae fidei* (Vol. 3). Parisiis.
- Bender, L. (1957). *Potestas ordinaria et delegata*. Desclée.
- Benedicto XVI. (2007, 24 de marzo). Discorso ai partecipanti al pellegrinaggio promosso dalla fraternità di Comunione e Liberazione in occasione del XXV anniversario del riconoscimento. En *Insegnamenti di Benedetto XVI* (Vol. 3/1) (p. 558). Città del Vaticano.
- Benedicto XVI. (2012, 11 de noviembre). Intima Ecclesiae natura “de caritate ministranda”, art. 1 § 4. *Acta Apostolicae Sedis*, 104, 998 ss.
- Bertrams, W. (1969). De publicitate iuridica statuum perfectionis ecclesiae. *Quaestiones fundamentales iuris canonici*, 47, 133-163.
- Beyer, J. (1988). *Le droit de la vie consacrée* (Vol. 2). Editions Tardy.
- Beyer, J. (1993). Gli aspetti giuridici della vita consacrata nei lineamenta. *Vita Consacrata*, 29, 562-563.
- Bonifacius Vitalini. (1574). Clem. 1, 6, 2 *Ut ii*. Venetiis, fol. 33r.
- Boni, A. (1989). *Gli istituti religiosi e la loro potestà di governo*. Roma.
- Boni, A. (1998). *La “novitas franciscana” nel suo essere e nel suo divenire (cc. 578/631)*. Roma.
- Cabreros de Anta, M. (1959). La potestad dominativa y su ejercicio. *Salmanticensis*, 3(6), 569-617. <https://summa.upsa.es/details.vm?q=id:0000006412&lang=es&view=main>
- Calabrese, A. (1997). *Istituti di vita consacrata e società di vita apostolica*. Libreria Editrice Vaticana.
- Carraro, F. R. (1994, 13 de octubre). Discorso tenuto nella 14° congregazione generale del Sinodo 1994. *L'Osservatore Romano*, 10.
- Celeghin, A. (1987). *Origine e natura della potestà sacra: posizioni postconciliari*. Brescia.

- Cicognani, A. G. y Staffa, D. (1939). *Commentarium ad primum librum CJC* (Vol. 1). Romae.
- Ciprotti, P. (1943) *Lezioni di diritto canonico*. Padova.
- Coccia, E. (2013). Regula et vita. Il diritto monastico e la regola francecana. *De Medio Aevo*, 3, 208.
- Coetus Studii de Institutis Vitae Consecratae. (1981). Sesión XII. *Comm.*, 13, 382.
- Coetus de Institutis Vitae Perfectionis. (1993). Relatio quarta, adnexum III, Sesión VI (24-27 de marzo de 1969). *Comm.*, 25, 283-284.
- Coetus de Institutis Vitae Perfectionis. (1994). Sesión VII (29 de septiembre – 4 de octubre de 1969). *Comm.*, 26, 36 y 56.
- Coetus de Institutis Vitae Perfectionis. (1996). Sesión XVI (6-9 de mayo 1974). Adnexum III. Relatio introductiva decima quarta. IV De mutationibus, praesertim terminologicis quae in schema canonum introducendae proponuntur. *Comm.*, 28, 132-133.
- Coetus de Normis Generalibus. (1987). Sesión V (29 de septiembre – 4 de octubre de 1969). *Comm.*, 19, 202-203.
- Coetus studiorum de Institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum. (1975). De nova terminologia in hoc schemate adoptata. *Comm.*, 7, 25 y 89-90.
- Coetus studiorum de Institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum. (1979). Sesión III (26 de febrero-3 de marzo de 1979). *Comm.*, 11, 59.
- Coetus studiorum de Institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum. (1979). Sesión IV (23-28 de abril de 1979). *Comm.*, 11, 306.
- Concilio Vaticano II. (1965). *Lumen Gentium. Constitución Dogmática sobre la Iglesia*. Roma: Libreria Editrice Vaticana. http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19641121_lumen-gentium_sp.html
- Concilio Vaticano II. (1966). *Perfectae Caritatis. Decreto sobre la adecuada renovación de la vida religiosa*. Roma: Libreria Editrice Vaticana. http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/document/vat-ii_decree_19651028_perfectae-caritatis_sp.html
- Concilium lateranense IV. (1215). Const. 13 *De novis religionibus prohibitis*, en *COD*, 242.

- Condorelli, O. (2018). La distinzione tra potestà di ordine e potestà di giurisdizione nella tradizione canonica bizantina. En G. D'Angelo (Ed.), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero* (Vol. 1) (pp. 241-271). Giappichelli Editore- Torino.
- Congregatio pro Doctrina Fidei. (1993). Communio notio, n. 16. *Acta Apostolicae Sedis*, 85, 848.
- Costituzioni dell'ordine dei frati minori cappuccini*. (2013). Curia Generale dei Frati Minori Cappuccini.
- Constitutiones año 1575. (1980). *Constitutiones ordinis fratrum minorum capuccinorum* (Vol. 1) (p. 186). Editio anastatica.
- Corecco, E. (1997). I fedeli laici. En E. Corecco, *Ius et communio: scritti di diritto canonico* (G. Borgonovo y A. Cattaneo, Eds.). Casale Monferrato.
- Coriden, J. A. (1999). Lay Person and the Power of Governance. *The Jurist*, 59, 335-347.
- Corriveau, J. (1994, 12 de octubre). Sia accordato il massimo rispetto alla natura specifica dei carismi dei vari istituti. Discorso tenuto nella 11° congregazione generale del Sinodo 1994. *L'Osservatore Romano*, 8.
- Corriveau, J. (1997). Fraternità evangelica. *Analecta OFM Cap*, 113, 12.
- Curia Generalis OFM Cap. (1968). Schema provisorium capp. VII-VIII Constitutionum OFM Cap, Romae.
- D'Auria, A. (2006). Incardinazione dei preti nei movimenti? Riflessioni su un tema attuale. En L. Navarro (Ed.), *L'istituto dell'incardinazione. Natura e prospettive*. Giuffrè Editore.
- Dammertz, V. J. (1982). Gli istituti di vita consacrata del nuovo codice di diritto canonico. *Apollinaris*, 55, 638.
- Dammertz, V. (1986). Il ruolo dei fratelli negli istituti clericali. *Vita Consacrata*, 12, 59-60.
- Daneels, F. (1973). *De subiecto officii ecclesiastici attenda doctrina concilii vaticani II*. Roma.
- Delgado Galindo, M. (2018). Movimenti ecclesiali e incardinazione dei chierici: a proposito dell'erezione di un'associazione clericale con facoltà di incardinare. *Ius Ecclesiae*, 30 p. 655, nota 13.
- De Angelis, A. (1987). I laici nell'attività amministrativa ed economica della Chiesa. En *I laici nel diritto della Chiesa*. Città del Vaticano.
- De Digne, H. (1979). *Expositio regulae* (D. Flood, Ed.). Grottaferrata.
- De Gubernatis, D. (1682). *Orbis seraphicus* (Vol. 1). Romae.

- De Gubernatis, D. (1684). *Orbis seraphicus* (Vol. 3). Romae.
- De Paolis, V. (2010). *La vita consacrata nella Chiesa*. Venezia.
- De Soto, D. (1581). *In quartum sententiarum commentarii* (Vol. 1, Dist. 20, q. 1, art. 4). Methymnae a Campi (München).
- De Zabarellis, F. (1513). *Commentaria in clementinarum volumen*. Lugduni, pp. 30-31.
- Di Mattia, G. (1967). La protectio beati Petri e la libertas romana nelle decretali e in Benedetto XIV. En Giuseppe Forchielli y Alfons M. Stickler (Eds.), *Studia Gratiana* (Vol. 13) (pp. 524 ss.). Bologna.
- Erdö, P. (1988). Quaestiones quaedam de provisione officiorum in ecclesia. *Periodica*, 77, 374-375, notas 30 y 31.
- Esposito, B. (2001). Alcune riflessioni sul superiore maggiore in quanto ordinario e sulla valenza ecclesiologica e canonica della qualifica. *Angelicum*, 78(4), 669-731.
- Esposito, B. (2004). Il superiore maggiore in quanto ordinario: alcune riflessioni sull'evoluzione storica degli aspetti ecclesiologici e canonici e sulle prospettive future. *Religiosi in Italia*, 9, 57-64.
- Esposito, B. (2006). La partecipazione del superiore religioso alle votazioni con il suo consiglio quando il diritto richiede il consenso: questione risolta? *Periodica*, 95, 40-41.
- Fabre, P. (1889). *Le liber censuum de l'église romaine*. Paris.
- Fernández Castaño, J. (1998). *La vida religiosa. Exposición teológico-jurídica*. Editorial San Esteban.
- Francisco. (2013, 24 de noviembre). Evangelii Gaudium. *Acta Apostolicae Sedis*, 105, 1113-1114.
- Francisco. (2019, 27 de marzo). Communis vita del 19 de marzo de 2019. *L'Osservatore Romano*.
- Francisco. (2019, 10 de mayo). Vos estis lux mundo. *L'Osservatore Romano*.
- Francisco. (2021, 10 de enero). *Motu proprio Spiritus Domini*. https://www.vatican.va/content/francesco/es/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio-20210110_spiritus-domini.html.
- Francisco. (2021, 10 de mayo). *Motu proprio Antiquum ministerium*. https://www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio-20210510_antiquum-ministerium.html.
- Francisco. (2022, 19 de marzo). Constitución apostólica *Praedicate Evangelium*. https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_constitutions/documents/20220319-costituzione-ap-praedicate-evangelium.html.

- Friedberg, Æ. (1955). *Corpus Iuris Canonici* (T. II). Akademische Druck U. Verlagsanstalt
<https://archive.org/details/BD1141952/mode/2up>
- Fuertes, J. B. (1953). De potestate dominativa in religionibus non exemptis. *CpR*, 32, 275.
- Fuertes, J. B. (1966). Commentarium in rescriptum pontificium «Cum admotae». *CpR*, 47, 52-69.
- Gambaro, G. (2021). Il diritto comune tridentino e la voce attiva e passiva dei frati laici nell'ordine dei cappuccini tra il 1566 e il 1909. *Collectanea Franciscana*, 91, 51-118. <http://www.istcaorg/component/k2/cf-91-2021-1-2.html>
- Ghirlanda, G. (1985). De natura, origine et exercitio potestatis regiminis iuxta novum codicem. *Periodica*, 74, 109-164.
- Ghirlanda, G. (1997). Accettazione della legittima elezione e consacrazione episcopale del romano pontefice secondo la costituzione apostolica *Universi Dominici gregis* di Giovanni Paolo II. *Periodica*, 86, 634.
- Ghirlanda, G. (1997). V. *Potestà sacra*. En C. Corral Salvador, V. De Paolis y G. Ghirlanda, *Nuovo dizionario di diritto canonico* (pp. 806-807). Alba.
- Ghirlanda, G. (2001). Atto giuridico e corresponsabilità ecclesiale (can. 127 CIC). *Periodica*, 90, 228.
- Ghirlanda, G. (2017). L'origine e l'esercizio della potestà di governo dei vescovi. Una questione di 2000 anni. *Periodica*, 106, 537-631.
- Ghirlanda, G. (2019/3). Il fondamento ecclesiologico della potestà dei superiori degli istituti religiosi, in particolare di quelli clericali di diritto pontificio ed esenti. *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 32, 263-279.
- Gutiérrez, A. (1965). Commentarium in rescriptum pontificium. Cum admotae. quo speciales facultates superioribus conceduntur. En *Commentarium pro Religiosis et Missionariis* 46, 8-26, 106-114, 210-224.
- Gutiérrez, A. (1967). Participatio laicorum in regimine religionis clericalis. *CpR*, 48, 380, nota 8.
- Gutiérrez, A. (1983). Cánones circa instituta vitae consecratae et societatis vitae apostolicae vagantes extra partem eorum propriam. *Commentarium pro Religiosis*, 64, 256.
- Gutiérrez, J. L. (1983). Dalla potestà dominativa alla giurisdizione. *Ephemerides Iuris Canonici*, 39, 74.
- Gutiérrez, J. L. (1984). Dalla potestà dominativa alla *giurisdizione*. En *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi* (Vol. 1) (pp. 649-669). Vita e pensiero.

- Guido a Baisio. (1497). *Rosarium decretorum*. En C. 17, q. 4, c. 21 *Quisquis*. Lugduni, fol. 250.
- Heimerl, H. (1985). Der hierarchische Rekurs (cann. 1732-1739 CIC). *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht*, 35, 158-177.
- Helya Regnier. (1496). Casus longi sexti et clementinarum. En *De aetate et qualitate c. Ut hii*. Argentine, s. n.
- Hervada, J. (1989). *Pensamientos de un canonista en la hora presente*. Pamplona.
- Hervada, J. (1989). *Diritto costituzionale canonico*. Milano.
- Hostiensis. (1574). *Summa aurea*. Venetiis, 101-102.
- Hume, G. B. (1994, octubre). Relatio post disceptationem, N. 32. *L'Osservatore Romano*, 11.
- I Consiglio plenario dell'ordine. (1971). *Analecta Ordinis Fratrum Minorum Capuccinorum*, 87, 335.
- Iglesias, F. (2006). L'identità dell'ordine alla luce delle intenzioni del fondatore. *Analecta OFM Cap*, 122, 809-810.
- Inocencio IV. (1570). X. 1, 2, 9 *Cum M.*, Francofurti ad Moenum, fol. 5.
- Inocencio IV. (1570). X. 3, 7, 2 *In Ecclesia*, Francofurti ad Moenum fol. 368r.
- Inocencio X. (1647, 24 de septiembre). *Exponi nobis*. En Michael a Tugio, *Bullarium ordinis ff. Minorum Capuccinorum* (Vol. I) (p. 103). Romae.
- Ioannes Andreae. (1572). VI° 1, 6, 32 v. *Conversi laici*. In *Sextus decretalium liber a Bonifacio octavo*. Venetiis, 90.
- Ioannes Teutonicus. (1514). *Decretum Gratiani cum glossis Ioannis Theutonicis*, en C. 27, q.1, c. 40, Venetiis, fol. 482;
- Ioannes de Imola. (1525). *Lectura super clementinis*. Lugduni, fol. 35.
- Iriarte, L. (1994). Le nuove costituzioni dei frati minori cappuccini: tra creatività ed istituzione, tra fedeltà e rinnovamento. *Laurentianum*, 35, 495.
- Jaeger, D.-M. (1984). Animadversiones quaedam de necessitudine inter potestatem ordinis et regiminis iuxta C.I.C. recognitum. *Antonianum*, 59/3-4, 628-646.
- Kindt, G. (1945). *De potestate dominativa in religione*. Bruges.
- Kouveglo, É. (2017/1). I fedeli laici e l'esercizio della potestà nella Chiesa. *Status quaestionis* e ricerca di una chiave funzionale di lettura. *Apollinaris*, 40, 207-230.
- Larraona, A. (1937). De potestate dominativa publica in iure canonico. *Acta congressus iuridici internationalis a. 1934* (Vol. 4) (pp. 145-180). Romae.

- Lombardía, P. (1990). Persona jurídica pública y privada en el ordinamiento canónico. *Apollinaris*, 63, 139.
- Luisi, M. (2014). *Gli istituti misti di vita consacrata. Natura, caratteristiche e potestà di governo*. Ariccia.
- Manzo, O. (2005). *L'esonazione canonica degli istituti di vita consacrata (can. 591)*. Roma.
- Marcuzzi, P. G. (1985). Natura della potestà degli istituti di vita consacrata. En *Lo stato giuridico dei consacrati per la professione dei consigli evangelici*. Città del Vaticano.
- Marczic, R.-F. [Crescenzo Marraccini]. (1750). *Apologia per l'ordine de' frati minori in risposta al libro intitolato Ragioni storiche...* (Vol. 2). Lucca.
- Maroto, F. (1919) *Instituciones de derecho canónico. De conformidad con el nuevo código* (Vol. 2). Madrid.
- Maroto, Ph. (1921). *Institutiones iuris canonici* (Vol. 1). Romae.
- McDonough, E. (1988). The Potestas of c. 596. *Antonianum*, 63, 551-606.
- McDonough, E. (1996). Jurisdiction Exercised by Non Ordained Members in Religious Institutes. *Canon Law Society of America Proceedings of the Annual Convention*, 58, 292-307.
- Michael Angelus. (1650). *Chronologia historico-legalis seraphici ordinis fratrum minorum sancti patris Francisci* (Vol. 1). Neapoli.
- Michiels, G. (1949). *Normae generales iuris canonici* (Vol. 1). Parisiis.
- Miranda, L. (1612). *Manuale prelatorum regularium* (Vol. 2). Romae.
- Miras, J. (2002). V. can. 35. En Á. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (Ed., Coord.), *Comentario exegetico al código de derecho canónico* (Vol. 1). Pamplona.
- Navarro, L. F. (1999). Considerazioni riguardo al ruolo della personalità giuridica nell'ordinamento canonico. *Ius Canonicum*, 39, 135-136.
- Navarro, L. (2005). L'incardinazione nei movimenti ecclesiali. Problemi e prospettive. *Fidelium Iura*, 15, 77, nota 40.
- Navarrete, U. (1971). Potestas vicaria ecclesiae: evolutio historica conceptus atque observationes attenta doctrina concilii vaticani II. *Periodica*, 60, 415-486.
- Navarrete, U. (1999). Unità della *potestas sacra* e molteplicità di *Munera Christi in ecclesia*. En C. Mirabelli, G. Feliciani, C. G. Fürst y H. Pree, *Schriften aus kanonistik und Staatskirchenrecht* (Vol. 2) (pp. 569-603). Frankfurt am Main.
- Noguchi, T. (2002). *La participación de los hermanos laicos en el gobierno de un instituto religioso, especial referencia a la orden cisterciense de la estrecha*

observancia [Disertación para el doctorado en derecho canónico en la Universidad de Navarra].

- Noguchi, T. (2003). La naturaleza clerical, laical y “mixta” de los institutos religiosos a partir del CIC 83. *Cuadernos doctorales: derecho canónico*, 20, 196-235.
- O’Connor, J. (1961). Dominative Power of Religious Superiors. *The Jurist*, 21, 19.
- Paciocco, R. (2009). Le interpretazioni eccessive dei frati minori (secc. XIII-XIV). In margine ad una abbreviatura privilegiorum della Marca d’Ancona. En Aa. Vv., *Gli ordini mendicanti (sec. XIII-XIV)*. Atti del XLVIII Convegno di studi maceratesi (24-25 novembre 2007) (p. 208). Macerata.
- Panizzolo, F. (2009). *La potestà di governo nella vita consacrata: linee di sviluppo storico-giuridico ed ecclesiologico*. Venecia. Marcianum Press.
- Passerini, P. M. (1661). *De electione canonica tractatus*. Venetiis.
- Pérez-Madrid, F. (2012). El acto administrativo canónico y los derechos de los fieles. En J. Wrocenski y Marek Stoklosa (Eds.), *La funzione amministrativa nell’ordinamento canonico*. Atti del XIV Congresso internazionale di diritto canonico, Varsavia 14-18 de septiembre de 2011. Warszawa.
- Peters, E. N. (2005). *Incrementa in progressu 1983 codicis iuris canonici*. Wilson & Lafleur Ltée.
- Petrus de Ancharano. (1580). *Super clementinis facundissima commentaria* (p. 35). Bononiae.
- Pío XII. (1947, 2 de febrero). Provida mater ecclesia. *Acta Apostolicae Sedis*, 39, p. 114-124. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-39-1947-ocr.pdf>
- Pío XII. (1951). Alocución *Annus sacer* (8 de diciembre de 1950) al I Congresso Generale degli Stati di Perfezione. *Acta Apostolicae Sedis*, 43, 26-36. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-43-1951-ocr.pdf>
- Pío XII. (1957, 2 de junio). Cleri sanctitati. *Acta Apostolicae Sedis*, 49, 433-603. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-49-1957-ocr.pdf>
- Pío XII. (1958). *Discorsi e radiomessaggi di sua santità Pio XII* (Vol. 19). Città del Vaticano.
- Pontificia Commissio Ad Codicis Cánones Authentice Interpretandos. (1952). Responsa ad praescripta canonum (26 de marzo de 1952). *Acta Apostolicae Sedis*, 44, 496-497.
- Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. (1977). *Schema canonum de Institutis vitae consecratae per professionem consiliorum evangelicorum (reservatum)*. Città del Vaticano.

- Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. (1981). *Relatio complectens synthesim animadversionum ab em.mis atque exc.mis patribus commissionis ad novissimum schema codicis iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a secretaria et consultoribus datis (reservata)*. Città del Vaticano.
- Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. (1982). *Schema novissimum iuxta placita patrum commissionis emendatum atque summo pontifici praesentatum, canone 596 § 3*. Città del Vaticano.
- Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. (1985). Schema de laicis et de christifidelium consociationibus nella nuova revisione. *Nuntia*, (21), 6-7.
- Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis, (1991). *Acta et Documenta Pontificiae Commissionis Codici Iuris Canonici Recognoscendo: Congregatio Plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita*. Città del Vaticano.
- Primetshofer, B. (1997). Instituta nec clericalia nec laicalia. *Möglichkeit und Konsequenzen*. En J. Kremsmair y H. Pree (Eds.), *Ars boni et aequi. Gesammelte Schriften von Bruno Primetshofer*.
- Rahner, K. (1977). Pastorale Dienste und Gemeindeleitung. *Stimmen der Zeit*, 195, 733-743.
- Rahner, K. (1955). *Über das Laienapostolat. Schriften zur Theologie* (Vol. 2) (pp. 340-342). Einsiedlen.
- Recchi, S. (2002). I movimenti ecclesiali e l'incardinazione dei sacerdoti membri. *Quaderni di diritto ecclesiale*, 15, 174.
- Regatillo, E. (1961). *Institutiones iuris canonici* (Vol. 1). Santander.
- Rhode, U. (2017). Attività amministrativa. *Periodica*, 106, 371.
- Rincón-Pérez, T. (2001). *La vida consagrada en la iglesia latina. Estatuto teológico-canónico*. EUNSA.
- Rincón-Pérez, T. (2002). V. can. 596. En Á. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (Eds.), *Comentario exegético al código de derecho canónico* (Vol. 2/2), Pamplona, 1479.
- Rincón-Pérez, T. (2007). v. can. 596. En P. Lombardía (Ed.) y J. Ignacio Arrieta, *Código de derecho canónico*. Pamplona.
- Rodrigues, M. (1609). *Quaestiones regulares et canonicae* (Vol. 2). Turnoni.
- Romano, F. (2006). I superiori del can. 596 nel corpo sociale della Chiesa. *Teresianum*, 57, 440.
- Rosen, C. (2009). *Fostering the Patrimony of the Order of Friars Minor Capuchin: A Study in the Mutual Responsibility of the Order and the Apostolic See (Canons 576*

and 631), disertación para el doctorado en derecho canónico en The Catholic University of America, Washington DC.

- Sabbarese, L. (2008). L'autorità e il governo nelle congregazioni moderne. *Angelicum*, 85, 1025-1060.
- Sacra Congregatio de Religiosis. (1967). Decretum de facultatibus, quae supremis moderatoribus religionum laicalium iuris pontificii tribuuntur. *Acta Apostolicae Sedis*, 59, 362-364.
- Sacra Congregatio Pro Religiosis et Institutis Saecularibus. (1969). De ratione qua sodales laici regimen institutorum religiosorum clericalium participare possint. *Acta Apostolicae Sedis*, 61, 739-740.
- San Juan Pablo II. (1984, 25 de marzo). Redemptionis donum. *Acta Apostolicae Sedis*, 76, 514. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-76-1984-ocr.pdf>
- San Juan Pablo II. (1986, 24 de enero). Allocutio ad eos qui plenario coetui Congregationis pro religiosis et institutibus saecularibus interfuerunt, coram admissos. *Acta Apostolicae Sedis*, 78, 725-729. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-78-1986-ocr.pdf>
- San Juan Pablo II. (1992). Pastores dabo vobis. *Acta Apostolicae Sedis*, 84, 657-804. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-84-1992-ocr.pdf>
- San Juan Pablo II. (1994, 29 de septiembre). La vita consacrata nella Chiesa. Udiencia generale. L'Osservatore Romano.
- San Juan Pablo II. (1996). Messaggio al reverendo padre John Corriveau, ministro generale dell'ordine francescano dei frati minori cappuccini. *Analecta OFM Cap*, 112, 566.
- San Juan Pablo II. (1998, 27 de mayo). Messaggio ai partecipanti al congresso mondiale dei movimenti ecclesiali promosso dal Pontificio Consiglio per i Laici. *En Insegnamenti di Giovanni Paolo II (Vol. 21/1) (n. 5, p. 1065)*. Città del Vaticano.
- Sastre Santos, E. (1985). Sobre los hermanos coadjutores en los institutos clericales. *Variaciones en torno al canon 588*. Claretianum. Roma.
- San Pablo VI. (1966). *Ecclesiae sanctae II*. *Acta Apostolicae Sedis*, 58, 757-758. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-58-1966-ocr.pdf>
- Sastre Santos, E. (1985). *Sobre los hermanos coadjutores en los institutos clericales. Variaciones en torno al canon 588*. Claretianum. Roma.

- Saucedo, R. M. (1932). *Exercitium iurisdictionis et superiores laici ex ordine hospitalario s. Ioannis de Deo. Commentarium pro Religiosis*, 13, 51-61, 106-114, 224-231 y 291-304.
- Secretaria Status. (1967). Rescriptum pontificium supremis moderatoribus religionum clericalium iuris pontificii atque abbatibus praesidibus congregationum monasticarum facultates quaedam ab apostolica sede delegantur. Cum admotae. *Acta Apostolicae Sedis*, 59, 374-378. <https://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-59-1967-ocr.pdf>
- Schaefer, T. (1947). *De religiosis ad normam codicis iuris canonici*. SALER. Roma.
- Schalück, H. (1994). La vocazione e il ruolo dei fratelli laici. Discorso tenuto nella 10^o congregazione generale del Sinodo 1994. *Il Regno – Documenti*, 21, 661.
- Schaumber, M. M. (2003). *The Evolution of the Power of Jurisdiction of the Lay Religious Superior in the Ecclesial Documents of the Twentieth Century*. Roma.
- Stickler, A. M. (1972). La proprietà fondiaria della chiesa nella società medievale. *Bibliothèque de la Revue d'histoire ecclésiastique*, (56), 3-42.
- Stickler, A. M. (1982). De potestatis sacrae natura et origine. *Periodica*, 71, 65-91.
- Suarez, F. (1634). *Opus de religione* (Vol. 4). Lugduni.
- Sugawara, Y. (2005). La natura della potestà interna presso gli istituti religiosi non clericali. *Folia canonica*, 8, 279-290.
- Sugawara, Y. (2012). Ordinari per i membri degli istituti religiosi. *Periodica*, 101, 417-440.
- Synodus episcoporum IX coetus generalis ordinarius. (1994), *De vita consecrata deque eius munere in ecclesia et in mundo. Instrumentum laboris*. Città del Vaticano.
- Taccone, F. (1995). Il religioso fratello al Sinodo sulla vita consacrata. *Notiziario CISM*, 290, 725-726.
- Torres, J. (1983). Chierici e laici nelle congregazioni religiose clericali secondo il nuovo codice di diritto canonico. En F. Taccone (Ed.), *Il fratello religioso nella comunità ecclesiale oggi. Atti del I Convegno intercongregazionale, Roma, 18-23 aprile 1982 La vocazione del fratello negli istituti clericali* (p. 104).
- Valdrini, P. (2013). *Comunità, persone, governo: lezioni sui libri i e ii del CIC 1983*. Città del Vaticano.
- Van de Kerchove, M. (1938). De notione iurisdictionis apud decretistas et decretalistas (1140-1250). *Jus Pontificium*, 18, 10-14.
- Vecchioni, M. M. (1778). *Esame storico e legale del diritto delle famiglie religiose e principalmente delle francescane*. Napoli. <https://books.google>.

com.pe/books/about/Esame_istorico_e_legale_del_diritto_dell.html?id=6t5X7LVMvJMC&redir_esc=y

- Viana, A. (2012). v. Ordinario. En J. Otaduy, A. Viana y J. Sedano (Eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico* (Vol. 5) (pp. 822-823). Pamplona.
- Viana, A. (2014). El problema de la participación de los laicos en la potestad de régimen. *Ius Canonicum*, 54, 635-638.
- Villemin, L. (2003). *Pouvoir d'ordre et pouvoir de juridiction. Histoire théologique de leur distinction*. Paris.
- Woestman, W. H. (1995). *The Missionary Oblates of Mary. A Clerical Religious Congregation with Brothers*. Ottawa.
- Zago, M. (1994, 20 de octubre). Intervento in scriptis degli auditors al Sinodo dei vescovi sulla vita consacrata. *L'Osservatore Romano*, 7.