

Por:
Paola García
Rivera*

OBJETIVIDAD JURÍDICA, ANTIRREALISMO E INTERPRETATIVISMO. LA VISIÓN REALISTA DE MICHAEL S. MOORE

Resumen

El presente trabajo ha tenido como finalidad establecer la cuestión de la objetividad jurídica como parte del debate filosófico entre realismo, antirrealismo e interpretativismo. Con ese objetivo, se ha expuesto la relación entre realismo y objetividad jurídica establecida por Michael S. Moore. Para este autor, el realismo constituye la forma de superar toda orientación escéptica en el derecho, la cual debilita el sentido de objetividad al negar la independencia de la realidad de lo mental y lo convencional.

Abstract

This paper has endeavoured establish the question of legal objectivity as part of the philosophical debate between realism, antirealism and interpretivism. With this aim, it was exposed the relationship between realism and legal objectivity established by Michael S. Moore. For this author, realism is the path to overcome all the skepticist orientation in law, which weakens the sense of objectivity by denying the independence of reality from the mind and convention.

Palabras clave: objetividad, objetividad jurídica, realismo, convencionalismo, interpretativismo.

Keywords: objectivity, legal objectivity, realism, conventionalism, interpretativism.

Sumario

I. Introducción. II. Objetividad jurídica y realismo según Moore. 1. Orientación escéptica: nociones débiles de la objetividad. 2. La crítica de Moore a los interpretativismos. III. El realismo para el derecho según Moore. 1. Una semántica realista: algunos argumentos a favor de una teoría referencial-realista acerca del significado de los términos del derecho. 2. Una ontología de clases para una semántica realista de los términos del derecho. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

* Docente de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: paola.garcia@udep.edu.pe.

Recibido: 12 de diciembre del 2021

Aceptado: 31 de febrero del 2021

I. INTRODUCCIÓN

Una forma de aproximarnos a la cuestión de la objetividad jurídica es considerar esta última como parte del debate más contemporáneo entre realismo y antirrealismo filosóficos. En esa línea, buena parte de la discusión se centró en la posibilidad de una realidad independiente de nuestra mente, que sirva como referente de las proposiciones jurídicas-normativas. Así pues, como observa Rodríguez-Blanco (2004), el núcleo del debate está en la cuestión metafísica, a saber, en qué consiste “la naturaleza de la estructura última de la realidad y la relación entre la realidad y la mente” (p. 24).

Siguiendo esta idea, todo realismo suscribe la tesis de la objetividad, entendida aquí como independencia de la realidad existente. Para el realista, las entidades, cuya existencia afirma, no son mentales; existen y tienen una naturaleza independiente de nuestros valores epistémicos o de nuestras capacidades cognitivas. Llamaremos a esta idea la tesis realista de la objetividad¹.

En cuanto al dominio jurídico, el interés contemporáneo en la cuestión de la objetividad surgió en el ámbito más concreto de la determinación del derecho: si existen o no soluciones jurídicas correctas. Más allá de las discusiones teóricas que esta última pregunta originó —como es conocido, a partir de las réplicas a Dworkin—, las respuestas se centraron en establecer qué lugar tienen las realidades jurídicas en nuestra comprensión del mundo. Si estas realidades son o no independientes de lo mental o si, en términos de Dworkin, es posible aspirar a la objetividad del derecho sin asumir un punto de vista externo a nuestras teorías, son cuestiones que tienen un impacto en el sentido de objetividad que el derecho es capaz de poseer.

Al respecto, dentro de las alternativas que interesan aquí, tenemos aquellas que vinculan la idea de la objetividad con aquella que sostiene la irreductibilidad de la realidad jurídica a la natural (Rodríguez-Blanco, 2010,

1 En el contexto del debate señalado, suele llamarse “realismo ontológico” a la concepción que suscribe la tesis indicada, a saber, que plantea que el mundo posee una existencia independiente de nuestros marcos conceptuales. Este realismo se distingue del llamado “realismo epistemológico”, aquella postura filosófica que sostiene que es posible conocer la realidad tal cual es. (Cfr. entre otros, Searle (1997, p. 162 y ss).

p. 241)². El razonamiento es el que sigue: la noción de objetividad dependerá de la especificidad del dominio de que se trate: físico, moral, jurídico, político, etc., es decir, no existe *una* concepción de objetividad. De esta manera, la objetividad jurídica, por corresponder a un dominio práctico-evaluativo, no puede depender del método científico-empírico de la ciencia. Esta última sirve para explicar los hechos naturales, no los jurídicos.

A su vez, la irreductibilidad de la realidad jurídica a la natural significa que tampoco es posible emplear una explicación científica de la causalidad para dar cuenta del rol normativo del derecho. Por lo tanto, es necesario indagar acerca de nuevos métodos y/o estándares de racionalidad para la objetividad “específica” del derecho. Estos deben asegurar su independencia respecto de nuestros deseos, preferencias personales, disposiciones, carácter, sesgos, prejuicios, etc., y, a la vez, hacer posible su carácter de guía para la acción.

Por otra parte, hay quienes sostienen que existe continuidad entre la realidad natural y la jurídica, y, por lo tanto, entre las cuestiones evaluativas y científicas, entre el derecho y la ciencia. Para algunas de estas respuestas, que podemos llamar “naturalistas”, la ciencia debe ser el paradigma de la comprensión y la explicación del derecho, dado que la epistemología y metodología científica han demostrado ser una guía útil hacia lo verdadero y lo real: la ciencia ha mostrado que funciona. En esa línea, los criterios de la objetividad son provistos por la mejor explicación teórica acerca del mundo a la que tengamos acceso.

Para otros, por el contrario, la continuidad entre el mundo natural y jurídico significa que la objetividad jurídica está determinada por la real naturaleza de aquello a lo que nuestras expresiones jurídicas se refieren. Para esta segunda postura naturalista, los hechos jurídicos están constituidos por hechos morales y estos últimos, por hechos naturales. De acuerdo a esta idea, la objetividad jurídica depende de la determinación de aquellas realidades con las cuales se corresponden las proposiciones del derecho (Leiter, 2007, p. 275).

2 Como observa Rodríguez-Blanco, en estas alternativas teóricas, el término “natural” prioriza un sentido, aquel que se refiere a la realidad física. *Ibidem*.

Entre estos últimos autores, se encuentra la propuesta realista de Moore. En lo que sigue, expondré el planteamiento del autor acerca de la objetividad jurídica y de cómo el realismo constituye la forma de superar toda forma de orientación escepticista en el derecho. Con esa finalidad, mi exposición está organizada en tres secciones: 1) en primer lugar, se establece el sentido de objetividad jurídica para Moore, a través de dos momentos: en el primero, se delimita las nociones débiles de la objetividad, que son más relevantes para Moore y con respecto a las cuales desarrolla su propuesta realista; en el segundo, se desarrolla la crítica de Moore a los interpretativismos; 2) en segundo lugar, se da cuenta de la propuesta realista de Moore para afrontar la cuestión de la objetividad jurídica y, finalmente, 3) se cierra este trabajo con algunas conclusiones.

II. OBJETIVIDAD JURÍDICA Y REALISMO SEGÚN MICHAEL S. MOORE

1. Orientación escepticista: nociones débiles de la objetividad para el derecho

En el contexto de la cuestión sobre la objetividad jurídica, el trabajo de Moore adquirió cierta notoriedad en el ámbito de la filosofía del derecho. La razón está en que dedicó gran parte de sus esfuerzos teóricos en explicitar la incapacidad del convencionalismo para sostener la objetividad jurídica, especialmente en el ámbito más concreto y relevante de la práctica determinativa del derecho: la decisión judicial del caso.

Con relación a esto último, en correspondencia con la tesis realista de la objetividad, Moore (1999) distingue el convencionalismo como la forma de antirrealismo más suscrita por los juristas en la actualidad. De hecho, todo convencionalismo es, para el autor, una especie de idealismo filosófico, al caracterizarse por sostener que las entidades existen solo como ideas, individuales o socialmente compartidas; es decir, son dependientes de nuestros pensamientos y de nuestras convenciones (p. 881).

De acuerdo a esta última idea, en el ámbito de la práctica jurídica-interpretativa, los convencionalismos niegan que haya algún aspecto del

significado que sea independiente de la construcción social. Para Moore (2016), esto último se basa en la idea de que es imposible establecer una relación entre el nuestro pensamiento y nuestro lenguaje con una realidad independiente. Por consiguiente, si se quiere sostener que las proposiciones jurídicas del caso son objetivas, *i. e.* determinadamente “verdaderas”, “con independencia de cómo un juez ha decidido o de cómo decidirá”, es necesario abandonar los presupuestos ontológicos que subyacen a dicha forma de comprender el significado (p. 133).

La última afirmación se relaciona con un objetivo que recorre la trayectoria intelectual de Moore. Para el Moore (2004c) la cuestión sobre la objetividad es una pregunta acerca de la verdad en la ciencia, la ética y el derecho. Esta pregunta se encuentra referida a los juicios (*judgments*), entendidos estos últimos como proposiciones, a saber, como ciertos enunciados declarativos que pueden ser portadores de la verdad (pp. 294–296). En este contexto, Moore se pregunta por la objetividad o verdad de aquellas proposiciones que interesan a los juristas, entre las que se encuentran las proposiciones jurídicas–normativas.

La preocupación de Moore por la objetividad en general, con este sentido de verdad, se origina su inquietud por lo que denomina “la orientación escéptica” de la ciencia, la ética y el derecho, y que atribuye a los antirrealismos y a algunos interpretativismos antimetafísicos contemporáneos. Mientras que para los primeros, la actitud escéptica consiste en negar la existencia de una realidad independiente de nuestras construcciones conceptuales y sociales, para los segundos, dicha actitud radica en un debilitamiento del sentido de la objetividad.

Entre estas últimas propuestas, están las que sostienen la objetividad “modesta” y la objetividad “mínima” del derecho, defendida por Coleman y Leiter. Según el primer sentido, la objetividad depende de que una proposición cumpla con las exigencias de un sujeto cognoscente idealizado epistémicamente; según la versión “mínima”, la objetividad más bien radica en la existencia de un acuerdo intersubjetivo³. Igualmente, Moore observa que para algunos la objetividad es una noción específica de un dominio y, por lo tanto, depende de un

3 Cfr. Coleman J. y Leiter, B. (1993). Determinacy, objectivity and authority. *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 549–637.

Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

argumento interno a ese dominio. Tal es el caso de la propuesta interpretativista de Dworkin⁴. Finalmente, para otros, la objetividad es “procedimental”, es decir, la que se alcanza si se asegura el modo que seguimos para obtenerla. Esta noción es defendida por Postema, Fuller y Korsgaard (Moore, 2004, p. x).

Moore (2004) rechaza estas nociones y las considera versiones débiles de la objetividad, ya que se conforman con sentidos que no tienen en cuenta las implicaciones actitudinales que nos muestra la experiencia humana. Por el contrario, el realismo provee un sentido que considera estas actitudes, a saber:

Las personas quieren que sus juicios morales sean verdaderos, quieren que esas verdades se correspondan con unos hechos, [...] que esos hechos realmente existan, [...] que la existencia de valores no sea un mero producto de la invención o proyección humanas. (pp. ix y x)

De esta manera, una noción fuerte de objetividad, fundamentada en el realismo, debe ser capaz de superar no solo la actitud escéptica —que niega la tesis existencial acerca de determinadas entidades— sino, además, la perspectiva idealista, la cual admite dicha tesis pero afirma la dependencia de la realidad del sujeto. Ambas visiones apelan a la idea de un mundo oculto, “totalmente” externo a nosotros. Por el contrario, Moore sugiere, como lo hizo Putnam, que el realismo hace posible recuperar la visión del sentido común sobre la realidad, de modo que sea posible justificar nuestras creencias en algo real⁵. De este modo, aunque haya distinciones entre dominios específicos como la ciencia, la ética y el derecho, es posible afirmar que entidades, como objetos matemáticos, estados mentales, hechos morales, etc., existen de modo independiente de nuestro pensamiento.

En suma, para Moore, “objetividad” (i) significa “verdad” y (ii) se refiere, principalmente, a un tipo de enunciados declarativos, las proposiciones. Asimismo, (iii) cuando se afirma que una proposición “es verdadera”, se está

4 Cfr. Dworkin, R. (1996). Objectivity and truth. You’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, 25(2), 87-1.

5 Cfr., especialmente, Putnam, H., (1994). *Las mil caras del realismo*. Paidós.

significando que dicha proposición se corresponde con ciertas clases de hechos que existen en el mundo, independientemente de que nosotros creamos que existen o no.

En relación con la última idea, Moore (2016) plantea que la posibilidad de que las proposiciones jurídicas sean objetivas depende de la existencia de unos hechos independientes de la mente con los cuales se corresponden estas proposiciones. Sostener la objetividad del derecho significa, por lo tanto, afirmar su determinabilidad (*determinacy*), *i. e.* que todas las proposiciones jurídicas poseen valores de verdad independientes i) del hecho de ser promulgadas autoritativamente —la verdad de las leyes— y ii) de cómo un juez decide o decidirá un caso —la verdad del caso— (pp. 145–150).

2. La crítica de Moore a los interpretativismos

Antes de pasar a mostrar algunos rasgos del realismo de Moore, es importante mostrar la crítica del autor a otra de las formas antagonistas del realismo a las que dedicó una atención especial, los interpretativismos. Una forma de abordar esta crítica es exponer cómo este autor comprende los presupuestos filosóficos del giro interpretativista en el derecho anglosajón.

Para empezar, su interés en las nacientes teorías jurídicas–interpretativistas surgió al observar el escaso desarrollo teórico de la práctica interpretativa que, a su criterio, existía hasta al momento. Para Moore (1985) esto último no es más que una consecuencia del dominio ejercido hasta entonces por positivismo jurídico, tanto en la teoría como en la práctica del derecho:

[...] La doctrina más reciente, aunque realizada por los mejores y más brillantes estudiosos en derecho contemporáneo, se ve afectada por uno de dos factores [...] (1) [...] no [se] distingue la interpretación como una actividad del razonamiento jurídico y, más bien, [se] equipara la interpretación con todo el razonamiento jurídico; o (2) gran parte de la doctrina proviene de tradiciones escépticas que imponen un escepticismo acerca de la posibilidad de que exista algo que pueda llamarse teoría de la interpretación. Debido a este estado de cosas, casi no hay un debate detallado sobre el contenido adecuado de una teoría de cómo se deben interpretar los textos jurídicos. (pp. 285–286)

Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

En ese sentido, Moore dirige su atención a aquellas propuestas que comienzan a teorizar sobre la interpretación jurídica desde presupuestos filosóficos distintos a los que regían la teoría jurídica. Más específicamente, el interés principal del autor no está en el interpretativismo aplicado por los teóricos del derecho sino, más que nada, en establecer si el interpretativismo es apropiado para la objetividad jurídica.

Por lo tanto, desde esta perspectiva filosófica —adoptada por el propio autor— no se pretende entrar directamente en las teorías interpretativistas del derecho —tema que excede al propósito de este trabajo— sino más bien explicitar cómo el interpretativismo acerca del conocimiento en general y del jurídico en particular desembocan, para Moore, en una diferente concepción de objetividad para el derecho.

Aclarado esto, lo primero a tener en cuenta es que Moore (1989) trata el interpretativismo como una orientación filosófica “antimetafísica”, que se caracteriza por poner en tela de juicio los términos del debate entre realismo y antirrealismo. Ya sea por considerarlo sin relevancia práctica o por afirmar que es insoluble, esta visión filosófica evade los extremos de dicho debate (p. 873). La estrategia de evasión se basa, en palabras de Moore (1989), en el “supuesto descubrimiento de que el conocimiento es ‘interpretativo’” (p. 890).

En esa línea, el interpretativismo se convierte en la vía para fundamentar una teoría jurídica antimetafísica, a saber, una que se mantenga al margen de las cuestiones ontológicas y, en algunos casos, epistemológicas sobre las que discutieron algunas de las principales teorías jurídicas del pasado siglo (Moore, 1986, p. 886).

Una teoría jurídica interpretativista, señala Moore, se sostiene en la tesis filosófica de que cualquier metafísica es irrelevante para la teoría y práctica del derecho. En esto último radicaría, según el autor, la novedad de la vía interpretativista con respecto a otras orientaciones filosóficas antimetafísicas: en ser una filosofía que pretende abstenerse de dar una respuesta a la *mind-and-independence question*.

Por lo tanto, partiendo de la idea de que lo que identifica a un interpretativista es su rechazo abierto a ocuparse de esta cuestión. Moore (1989) agrupa distintas variantes en tres formas básicas de interpretativismo, según el grado de rechazo de una metafísica en la fundamentación de la disciplina jurídica (p. 891):

- i) La primera de estas variantes —la más ambiciosa, según el autor— se caracteriza por afirmar que todo conocimiento es una interpretación de un observador frente a un fenómeno. De esto se sigue, enfatiza Moore (1989), que para estas variantes no existe una distinción real entre disciplinas científicas o naturales y sociales, a saber, una distinción según su objeto (pp. 893–895). Lo que hacen “físicos, sociólogos, juristas, psicoanalistas y críticos literarios” no es “buscar el conocimiento” sino “interpretar una práctica social” (p. 893). En esa línea, dado que la pretensión es renunciar a la objetividad acerca de la naturaleza de la realidad, el conocimiento y el lenguaje, esta visión interpretativista es empleada por algunos autores para fundamentar la negación de cualquier estatus cognoscitivo del derecho (Moore, 1985, p. 279, nota 4)⁶.
- ii) Para otros interpretativismos menos ambiciosos, por el contrario, solo el conocimiento de las ciencias humanas y sociales —en el cual se incluye el conocimiento jurídico— es interpretativo. Tal idea se basa en que estas disciplinas tratan con fenómenos significativos e intencionales que deben ser interpretados para ser entendidos, *i. e.* las conductas humanas y el lenguaje (Moore, 1989, pp. 891, 917 y 918).

De esto se desprende, en primer lugar, que la ciencia jurídica es una disciplina hermenéutica por su objeto, a saber, porque recae sobre fenómenos que necesitan alguna actividad interpretativa. Según este interpretativismo, explica Moore (1989), lo que daría especificidad a las disciplinas hermenéuticas es el tipo de data que constituye su objeto, *i. e.* fenómenos significativos (p. 920). Por lo tanto, al mantener la conocida

⁶ Para Moore (1989), las variantes más ambiciosas sostienen que la interpretación no tiene como fin conocer la verdadera naturaleza de algo, sino “mantener la conversación” acerca de algo. Esta es la forma de alcanzar “acuerdos que conforman nuevas prácticas (o al menos desacuerdos fructíferos desde los cuales sean posibles nuevos acuerdos)” (p. 895).

dicotomía explicación–comprensión, esta variante justifica que se emplee un método diferente al cálculo explicativo–predictivo de las ciencias naturales (p. 917). En segundo lugar, si la ciencia jurídica, en cuanto ciencia hermenéutica, es ajena a “la explicación o predicción de los fenómenos, la descripción exacta de las cosas” y no le concierne “el conocimiento sino la comprensión”, entonces las cuestiones estrictamente metafísicas y epistemológicas están fuera de lugar (pp. 917–919). Sin embargo, observa Moore (1989), estos interpretativismos no renuncian a la objetividad del derecho, sino que plantean, entre otras ideas, que “las interpretaciones en las ciencias sociales, a pesar de ser diferentes a las explicaciones de las ciencias naturales, no son menos objetivas, no menos capaces de ser verdaderas o falsas”; [...] su corrección o incorrección depende, de si ellas guardan correspondencia total con el significado que subyace al texto, el cual es una objetivación de la mente (p. 919).

- iii) Finalmente, hay quienes proponen un interpretativismo modesto según el cual “la interpretación es el método apropiado para ciertas actividades específicas, tales como la comprensión de un sueño, una novela, o una ley; no es el método de todo el conocimiento (ni siquiera del conocimiento de las ciencias humanas), ni siquiera el método de todas las actividades desplegadas en una disciplina” (Moore, 1989, p. 891). Asimismo, este interpretativismo postula que la actividad interpretativa no puede ser justificada en que con ella se busca el conocimiento y la verdad, en el carácter especialmente significativo de la conducta humana o en que es regida por las categorías epistemológicas de la comprensión (y no del entendimiento). Por el contrario, esta forma es modesta porque afirma que la interpretación es una actividad “que demanda una justificación o valor que le dé sentido” (Moore, 1989, p. 891).

Moore (1989) afirma que cada una de estas tres formas interpretativistas ha sido empleada para sostener conclusiones antimetafísicas y antiepistemológicas en la teoría y en la práctica del derecho. Sin embargo, para el autor estas conclusiones son aparentes: “ninguna versión del interpretativismo [...] puede hacer valer su afirmación de haber escapado de la metafísica”; por el contrario,

“el giro interpretativo solo ha oscurecido las presuposiciones metafísicas de nuestro pensamiento, en el derecho y en cualquier otra parte” (p. 874).

En otras palabras, lejos de escapar de los problemas metafísicos debatidos por realistas, idealistas y escépticos sobre la objetividad del derecho, “todo” interpretativismo apela a una metafísica “hecha de manera inconsciente” (Moore, 1989, p. 874). Un interpretativista, concluye, no es más que “otro metafísico que promueve su propia visión metafísica (generalmente de carácter idealista)” (Moore, 1989, p. 892).

Dejando a un lado la crítica de Moore a los interpretativismos como estrategias fallidas para evadir la metafísica, lo que importa resaltar en este punto es la posibilidad para el autor de un realismo que abandone esta estrategia evasiva y que, por otro, sea compatible con una metafísica (y epistemología) distintas de las implícitamente asumidas por las variantes estudiadas. Más específicamente, y a modo de pregunta: aun cuando se aceptase un interpretativismo acerca de la teoría y práctica jurídicas, ¿esto justifica que deba concluirse una teoría y prácticas jurídicas antimetafísicas?

Para Moore, la respuesta es negativa. Para empezar, el autor se deslinda de las variantes más “ambiciosas” (i y ii): Así, pues, no acepta que el conocimiento jurídico tenga un estatus epistemológico especial en razón de su objeto (contra ii), y tampoco se adhiere a la tesis de que toda disciplina humana es hermenéutica (contra i) (Moore, 1985, pp. 281 y 282; Moore, 1989, p. 942). En síntesis, según Moore hay razones suficientes para que los juristas y teóricos del derecho eviten las formas ambiciosas del interpretativismo; sin embargo, sugiere que solo el realismo es compatible con una visión metafísica del derecho.

III. EL REALISMO PARA EL DERECHO SEGÚN MOORE

Ahora bien, en este contexto, si se quiere hacer frente a los antirrealismos e interpretativismos y, en consecuencia, garantizar la verdad u objetividad jurídica, es necesario, primordialmente, asumir en el derecho una visión realista de la objetividad. Ahora bien, ¿qué tipo de realismo es necesario, según Moore? Para

el autor, el realismo —en cuanto postura filosófica— se distingue por suscribir la importancia teórica y práctica de unos compromisos ontológicos.

En el pensamiento del autor, estos compromisos pueden catalogarse en dos tipos. Por un lado, tenemos aquellos compromisos ontológicos que sostienen la independencia del mundo respecto de nuestro pensamiento y lenguaje y, por otro, los que versan sobre la verdad y el significado (Moore, 2004b, pp. 107-115, 118). Asimismo, estos compromisos ontológicos se diferencian de las cuestiones epistemológicas, a saber, aquellas que justifican nuestro conocimiento acerca de la realidad. Por razones de espacio, veamos a continuación solo algunos de estos compromisos ontológicos: una semántica realista y una ontología realista.

1. Una semántica realista: algunos argumentos a favor de una teoría referencial–realista acerca del significado de los términos del derecho

Moore (1985) plantea que muchos de los problemas relacionados a la obtención de la verdad jurídica del caso tienen su origen en la semántica convencionalista, adoptada mayoritariamente por el operador del derecho. Esto es así porque esta semántica, en sus distintas variantes, plantea la idea de que el significado es una construcción social, es decir, que puede ser reducida a los usos lingüísticos de una comunidad de hablantes. Esto último supone que la relación entre el lenguaje y la realidad es totalmente contingente, a saber, depende prioritariamente del arbitrio humano (pp. 291 y 293).

Frente a esta alternativa, Moore (2005a) afirma que el significado de los términos y enunciados del derecho es el que poseen nuestras expresiones lingüísticas según la semántica ordinaria, estudiadas por la semántica léxica [las palabras] y por la semántica compositiva [las oraciones]. Según esta idea, una semántica ordinaria es un componente fundamental de una teoría jurídica realista y de teoría de la interpretación jurídica (p. 554)⁷. Ahora bien, en cuanto al derecho, la mejor teoría

7 En este punto es conveniente indicar que Moore adopta la distinción hartiana de las proposiciones jurídicas (proposiciones del derecho) según el criterio de generalidad lógica de los términos generales y singulares. Según este criterio, estas pueden ser proposiciones jurídicas generales (*propositions of law*) y proposiciones jurídicas singulares (*law of the cases*).

semántica es, según Moore, aquella que puede sostener el significado sobre la base de sus referentes, y no sobre la convención de hablantes e intérpretes.⁸ Dicho de otro modo, la mejor semántica ordinaria es una que reivindique la prioridad de la referencia sobre el aspecto convencional del significado.

En esa línea, el autor considera que la teoría causal de la referencia —que atribuye a la filosofía del lenguaje de autores como Putnam y Kripke— cumple con esta exigencia. En breve síntesis, la teoría causal sostiene que el significado de términos que se refieren a determinadas clases se encuentra determinado por su referente (Moore, 1981, p. 167). A su vez, el referente no se reduce a un conjunto de descripciones que posee el hablante acerca de un objeto particular, a su estado psicológico sobre el mundo, o al conjunto de reglas de uso establecidas por la comunidad lingüística.

Más bien, según el enfoque causal, cuando el hablante ordinario usa estos términos lo hace con intenciones de referirse a algo más que a un conjunto de descripciones previas o estructuradas respecto a los objetos. Es decir, lo hace con intenciones de hablar de cosas realmente existentes, aun cuando tales objetos pueden no encajar con las descripciones que el hablante tenía en la mente. Esto último significa que hay un elemento externo (*the environmental fact*) al pensamiento y a los usos lingüísticos que permite afirmar si el uso de nuestros términos es correcto.

En suma, para Moore la teoría causal de la referencia otorga prioridad a las intenciones semánticas-referenciales, *i. e.* aquellas con las que el hablante ordinario usa las palabras. Estas últimas consisten en aplicar nuestras palabras a cosas “realmente” existentes, con independencia de si estas últimas encajan con las descripciones o ejemplos paradigmáticos del significado. De esta manera,

En este trabajo se usan los términos “proposiciones del derecho” y “textos del derecho para referirnos a los textos jurídicos-autoritativos de carácter general.

8 Siguiendo la distinción fregeana entre *bedeutung* (referencia) y *sinn* (sentido), Moore caracteriza a las distintas teorías de la referencia como aquellas que sostienen que el significado se encuentra en su aspecto referencial, *i. e.*, aquello de lo que se está hablando cuando se usan las palabras. Al respecto, cabe precisar que el autor identifica la referencia con la extensión de las palabras, a saber, con su aplicabilidad a distintos ejemplares.

cuando los hablantes usan términos que designan clases como “muerte”, “ley” o “justicia”, explica Moore, los hablantes emplean estas palabras principalmente para *nominar* realidades que piensan como ejemplares de esas realidades (Moore, 1985, pp. 339–348; Moore, 2005b, pp. 135–137; Moore, 2016, pp. 138–139, 206–207).

En distintos trabajos, Moore desarrolla las ventajas de aplicar la teoría causal de la referencia en la determinación de las proposiciones jurídicas que contienen la decisión judicial: Aquí podemos enfocarnos en dos de ellas. En primer lugar, una ventaja de reconocer nuestras intenciones referenciales como prioritarias radica en que el intérprete puede aplicar los significados a hechos nuevos, a saber, hechos que no encajan con las intenciones atributivas del hablante, sin que esta aplicación implique un cambio del significado de los términos.

De acuerdo a la explicación de Moore, una teoría realista plantea que pueden existir razones que nos exijan cambiar los indicadores semánticos que usamos al aplicar nuestros términos. Según esta idea, el significado de un término como “muerte” no está dado por las convenciones acerca de su uso; más bien, afirma Moore, para el realismo semántico el término en cuestión se refiere a una clase de evento natural que acontece en el mundo (Moore, 1985, p. 294).

Así, por ejemplo, ante el descubrimiento científico de que es posible, en algunos casos, restaurar las funciones cerebrales de las personas, un hablante ordinario que usa correctamente el lenguaje adecúa sus indicadores semánticos a este hecho nuevo, es decir, excluye de la extensión del término “muerte” aquel estado en que hay un cese reversible de dichas funciones. Según esta idea, los indicadores semánticos \neg —que consideramos relevantes para describir en qué consiste el evento natural de la muerte— deben ajustarse al nuevo conocimiento adquirido por el hablante.

Sin embargo, nuestras intenciones referenciales permanecen: si el significado no se agota en el uso de indicadores semánticos, es posible que los hablantes usen diferentes expresiones —empleen distintos indicadores— con las mismas intenciones referenciales, es decir, para referirse a una misma realidad que es parcial y progresivamente conocida por los hablantes (Morre, 1985, p.

294; Moore, 2016, pp. 140-144). En cambio, para una teoría convencionalista la adecuación de nuestros usos lingüísticos a hechos nuevos no es posible, ya que tales hechos no encajan con las intenciones semánticas-atributivas, entendidas estas últimas como las propiedades o conjunto de características que definen convencionalmente el significado.

Para este tipo de enfoque, observa Moore (1985), los nuevos hechos siempre superan a los indicadores semánticos derivados del uso pasado de los términos, precisamente porque tal uso se constituyó sobre la base de “situaciones pasadas que se repitieron con la frecuencia suficiente para originar las convenciones que se han desarrollado sobre la ‘muerte’”(p. 293). En otras palabras, el enfoque convencionalista presupone que el significado se agota en las descripciones o paradigmas aceptados por la comunidad de hablantes en un momento dado.

En efecto, como observa Zambrano (2014), una de las principales limitaciones de una semántica convencional es la imposibilidad del intérprete de sostener racionalmente la decisión interpretativa en los casos marginales que son materia de interpretación. En ellos no resulta claro para el intérprete si se corresponden o no con los paradigmas o criterios según los cuales se aplica el significado a casos particulares. Si el significado es pura construcción social, como propone el convencionalismo semántico, “no hay ninguna perspectiva racional que justifique la decisión de incluir o no un caso marginal, oscuro o difícil dentro del rango de casos individuales comprendidos en la clase denotada por el significado” (p. 437).

Frente a la limitación descrita, una teoría referencial-realista plantea que “abandonar el saber convencional sobre qué propiedades son distintivas de una clase no necesariamente implica un cambio de significado, solo [implica] una mejor teoría sobre cuál es realmente ese significado” (Moore, 2016, p. 133). En esa línea, Moore plantea que el uso ordinario de los términos del derecho difiere el conocimiento del significado a lo que los teóricos del derecho significan con términos como ‘contrato’ y ‘ley’; esto permite que los hablantes puedan incorporar progresivamente en sus intenciones referenciales el conocimiento acerca de las realidades jurídicas. Por el contrario, advierte, si los hablantes consideran que el significado de los términos del derecho se fija por convención y no por la naturaleza de cosas que son independientes a nosotros, entonces estos

significados son infalibles y las creencias acerca de las cosas son incorregibles (Moore, 2016, p. 133; NLT, pp. 294 y 295, 297 y 298).

Con relación a esta última idea, una segunda ventaja de una teoría referencial-realista del significado está, para Moore, en que puede limitar adecuadamente el rol judicial de la aplicación del derecho ante la indeterminación del derecho dado (*the obvious law*). Al respecto, para el autor es incuestionable que la diversidad de casos “supera el vocabulario y la imaginación de cualquier legislador, no importa cuán talentoso sea” (Moore, 2012, p. 449). Por ello, los jueces se encuentran obligados, en todos los casos, a tomar decisiones interpretativas para la aplicación del derecho a los hechos, no importa el grado de indeterminación jurídica que exista.

En este contexto, observa, los jueces suelen enfrentar los hechos nuevos de dos maneras: una de ellas es invocar su autoridad para crear derecho, *i. e.*, para crear una nueva regla jurídica que es mejor que la expresada literalmente por el texto (Moore, 2012, p. 450). La segunda, es atenerse al derecho dado, “no importa que tan absurdas sean sus aplicaciones”; de lo contrario, se argumenta, los jueces se estarían arrogando un poder creativo que no les corresponde.

Una semántica realista permite invocar un argumento distinto: ante hechos nuevos, el juez no altera el significado del texto del derecho para hacer posible el ‘encaje’ del hecho con las intenciones atributivas del redactor o autor del texto. Por el contrario, el juez que se apoya en una semántica realista descubre el verdadero significado del texto:

[n]o es que [los jueces] nunca abandonen un precedente del derecho o cambien el “significado literal” de una ley, sino que cambiar el derecho [...] requiere una demostración especial, más convincente que [meramente alegar] que la nueva regla es mejor [...]. La semántica realista permite al juez cambiar la teoría prevaleciente sin cambiar el derecho [...] porque con esta semántica no cambia el significado de un texto jurídico, solo descubre (a través de una mejor teoría) cuál ha sido siempre ese significado. (SMO, p. 136)

La idea sugerida por Moore es que una semántica realista orienta a los jueces a tomar decisiones basadas en las mejores teorías acerca de las realidades

que subyacen al lenguaje jurídico–normativo. De ese modo, es la naturaleza de estas realidades —y no las convenciones acerca del significado— la guía para aplicar las expresiones del texto en un caso dado (Moore, 1985, pp. 324 y 325).

Así, pues, para descubrir cuál es el significado del texto, la actividad interpretativa del juez debe empezar en las intenciones semánticas–referenciales del autor o redactor de los textos del derecho, a saber, en aquellas intenciones de significar realidades jurídicas realmente existentes. Como se ha expuesto, según el enfoque realista–semántico de Moore, nuestras intenciones referenciales son constantes, incluso si han cambiado nuestras teorías. Debido a ello es que el intérprete puede aproximarse desde estas intenciones y “a través de una mejor teoría” a la naturaleza de las realidades significadas con tales textos (Moore, 2016, p. 136).

En esa misma línea, el autor sostiene que el grado de indeterminación semántica, creada por la vaguedad del lenguaje, depende de qué teoría sobre el significado se adopte. Para una teoría referencial–realista, afirma el autor, la vaguedad no es absoluta, ya que la búsqueda del significado es una cuestión sobre cuál es la mejor teoría acerca de una realidad referida. En ese sentido, el intérprete nunca se queda sin significado, aun en los casos más difíciles en los que se ha alcanzado “el límite externo de la comprensión convencional de alguna clase” (Moore, 2016, p. 137). Si bien en determinados casos puede no ser claro si un ejemplar es parte de la extensión del término, en tales casos una teoría semántica–realista exige que el intérprete teorice genuinamente, a saber, que decida sobre la base del conocimiento de la realidad referida.

Nuestras convenciones semánticas son comprensibles, observa Moore, en el contexto de nuestras teorías acerca de lo que son las cosas; estas últimas pueden ser erróneas o no, y por ello puede existir desacuerdo acerca de cuál es el significado de los términos del derecho. Pero el desacuerdo se resuelve no con base en el argumento de que el significado ha cambiado; más bien, se resuelve apelando al hecho de que aun cuando nuestro conocimiento es limitado — lo cual implica que nuestros indicadores semánticos son aproximaciones temporales a la realidad referida—. Esta limitación no es un obstáculo para la actividad interpretativa. El significado es tan rico como la naturaleza de las cosas

a las que se refiere nuestro lenguaje y es revelado por una teoría progresivamente mejor (Moore, 1985, pp. 308 y 309).

2. Una ontología de clases para una semántica realista de los términos del derecho

Moore advierte que una semántica realista no es suficiente para hacer posible la objetividad fuerte del derecho. Hace falta que “las cosas (a las que se refieren los textos jurídicos) posean una naturaleza, suficientemente, rica que haga la bivalencia posible” (Moore, 2016, p. 133). Al respecto, puede afirmarse que el proyecto ontológico de Moore es establecer una teoría con la potencialidad de explicar cómo es posible que las proposiciones jurídicas sean verdaderas por lo que hay en el mundo.

Al respecto, Moore (2005b) precisa que una semántica realista acerca de los términos del derecho defiende que ciertos hechos ontológicos —y no solo hechos sobre el uso— son ciertos, a saber:

Clases como contratos y derecho existen en el mundo independientemente de si pensamos que existen, y palabras como “contrato” usadas en las proposiciones del derecho y palabras como “derecho” usadas en la teoría jurídica, obtienen su significado de la naturaleza de esas clases y no de los usos convencionales que guían su uso. (p. 761)

Según lo señalado, los hechos ontológicos (o hechos ambientales según Moore) son dos: (i) la existencia de clases y (ii) el hecho de que la naturaleza de la clase determina el significado de los términos del derecho y acerca del derecho. Ambos son las condiciones de aplicabilidad de la semántica realista, tanto en la teoría del derecho como en una teoría de la interpretación jurídica, y su explicación corresponde a una ontología de clases (Moore 2016, p. 140).

El papel que cumple la ontología de clases en el pensamiento de Moore no es fácil de desentrañar. Una forma de comprender este rol es explicar qué relación tiene esta ontología con la actividad jurídica-interpretativa. En primer lugar, el autor sugiere que esta ontología cumple la función de vincular el acto interpretativo

con un conocimiento que no depende de los usos atributivos del lenguaje. De esta manera, las clases son las condiciones de objetividad de las proposiciones del derecho (Moore, 2016, p. 138).

Una clase, afirma el autor, es un ejemplar con una “naturaleza suficientemente unitaria y robusta” que hace posible referirnos a ella prescindiendo de sus ejemplares particulares. Según esta idea, lo común entre la diversidad de clases —naturales, morales y funcionales— es que ninguna se reduce a generalizaciones accidentales o contingentes de un conjunto de propiedades y todas ellas existen en el mundo, independientemente de si pensamos que existen o no (Moore, 1992, pp. 206–208; Moore, 2004b, pp. 118 y 119).

En esa línea, para Moore, el realista descubre que los términos del derecho designan clases. En el derecho norteamericano, por ejemplo, las reglas jurídicas de la responsabilidad extracontractual y penal se refieren a clases naturales cuando exigen que el acto de una persona debe causar daño a otra para atribuir responsabilidad. Otras reglas se refieren a clases morales, cuando otorgan la custodia de los hijos a aquel padre que maximice el mejor interés del niño, o a clases funcionales cuando establecen que un homicidio se califica como asesinato si es realizado con malicia (Moore, 1989, pp. 882–887).

En todas estas reglas, señala Moore, el significado de los términos —“causar”, “mejor interés del niño”, “malicia”— se encuentra determinado por sus referentes (las clases) y no, como se ha visto, por los indicadores convencionales que guían el uso de los términos. Por lo tanto, el autor concluye que la *mejor* actividad interpretativa del derecho es la que empieza por establecer el significado de los términos del derecho acudiendo a la naturaleza de la clase (Moore, 2016, p. 146).

Ahora bien, en segundo lugar, Moore plantea que el realismo acerca de clases es inseparable de la siguiente afirmación: la mejor interpretación de las reglas jurídicas es aquella que sirve a su propósito (Moore, 2016, p. 147). En otras palabras, para un realista el propósito detrás de la regla se cumple mejor interpretamos los términos del derecho como palabras cuyos referentes son clases. Esto es así, sostiene Moore, porque las clases ofrecen una naturaleza que

guía hacia el significado jurídico de la regla, a diferencia de las semánticas que identifican el significado con el uso lingüístico.

Esto último tiene una consecuencia importante para la práctica jurídica-interpretativa: el intérprete debe determinar cuál es la tipología de clases que corresponde en cada caso, ello en función de la mejor realización del propósito de la regla. Siguiendo ese razonamiento, hay casos en los que “la mejor interpretación no es construir el significado de las palabras de los textos jurídicos con la metafísica de clases naturales y morales”, aun cuando dichas clases existan. Más bien, aun cuando existieran es mejor interpretar la regla a la luz de su propósito, “como si no se refirieran a tales clases” (Moore, 2016, p. 148). La pregunta que el intérprete debe hacerse es la siguiente: ¿cuál es la lectura ontológica de la regla jurídica que sirve mejor a su propósito?

Para ilustrar mejor esta idea, Moore propone la interpretación del término “lugar” que aparece en las reglas jurídicas del derecho penal o del derecho de daños. Tradicionalmente, se interpreta el término “lugar” como el lugar físico donde se ha realizado el delito o el perjuicio. Sin embargo, aplicar esta lectura de la locación como una clase natural no siempre sirve al propósito de las reglas jurídicas involucradas.

Piénsese en un asesinato: el presunto asesino dispara, desde la orilla de un río, a la víctima que se encuentra en la otra orilla⁹. El lugar desde el que dispara se circunscribe a la ciudad X, mientras que el lugar donde se encuentra la víctima, a la ciudad Y. La víctima, impactada por la bala, muere en la ciudad Y. O imaginemos que el acusado dispara y hiere a la víctima pero esta escapa y muere más tarde en otro lugar, la ciudad Z. O pensemos, continúa Moore, que el acusado vive en la ciudad X y desea asesinar a la víctima que vive en la ciudad Y; con este fin, envía un sobre con alimentos envenenados a la víctima, quien los recibe en Y, los come y muere.

En todos estos casos, observa Moore, la búsqueda del significado parece conducir al intérprete a la pregunta acerca de “dónde” se ha realizado totalmente

9 Se ha preferido reemplazar las referencias de Moore a los Estados de Norteamérica con referencias a ciudades, para que el ejemplo sea más claro.

el acto de matar. Sin embargo, que el acto se haya realizado totalmente en un lugar u otro puede ser ontológicamente “verdadero”, pero será una verdad trivial para los propósitos de las reglas jurídicas en cuestión. Los propósitos de las reglas de locación —tales como las reglas de competencia o del derecho aplicable— exigen que tales verdades den un espacio a la construcción jurídica de la locación de acciones:

La localización jurídica —el lugar de un asesinato determinado por la maximización de las políticas detrás de las reglas dependientes de la localización [...]— es un bien instrumental cuya naturaleza está dada por servir al máximo los valores detrás de las reglas en las que aparece. (Moore, 2016, p. 147)

Como puede verse, para Moore la mejor interpretación de las reglas es, en este caso, aquella que considera que el término “lugar” se refiere a una clase funcional —la locación jurídica—. “Una clase funcional es un bien instrumental, un bien que únicamente es bueno porque sirve a algún otro valor” (Moore, 2016, p. 148)¹⁰. De esta manera, las clases funcionales que aparecen en las reglas del derecho son bienes instrumentales cuya naturaleza está dada por la mejor realización de los valores que constituyen el propósito de las reglas jurídicas.

Moore considera que la objetividad jurídica se encuentra garantizada debido a que el hecho ontológico principal de la actividad interpretativa se mantiene, a saber, que las clases existen y que son los referentes de los términos del derecho. Como se ha expuesto, el realismo semántico vincula la deferencia lingüística a la teoría con el hecho de que “existe algo”, una clase, cuya naturaleza es sometible a la teoría, no a la convención sobre el uso. De ahí que el realista no basa su interpretación y, por tanto, la determinación del derecho, en la convención sino que siempre recurre a las “mejores teorías que puede encontrar acerca de la naturaleza de las cosas a la que los términos se refieren” (Moore, 1989, p. 883).

En suma, la decisión judicial siempre se dilucida a la luz de los términos que designan clases. En el ámbito de la normas jurídicas constitucionales, por ejemplo —ámbito sobre lo que Moore se interesó especialmente—, estas se refieren a un tipo de clases morales, los derechos morales (*moral rights*). En ese sentido, el

10 La explicación de la noción de clases funcionales puede encontrarse especialmente en Moore (1992).

significado de términos, tales como “trato cruel” o “libertad de expresión”, no se encuentra en las intenciones originales de los redactores del texto constitucional, ni se encuentra determinado por la audiencia original o el consenso actual. Por el contrario, el realista desarrolla una teoría que explica “qué es un trato cruel, cuándo un discurso es verdaderamente libre y qué otros derechos poseen las personas”, e interpreta el texto constitucional a la luz de esa teoría (Moore, 2016, p. 146)¹¹.

Lo expuesto hasta aquí permite concluir que la determinación del significado jurídico de los textos del derecho—desde las cuales empieza la práctica de determinación judicial del derecho— exige al intérprete dilucidar, en todos los casos, las clases que constituyen los referentes de los términos del derecho. A su vez, la noción de clase vincula el acto interpretativo con la realización del propósito perseguido por tales proposiciones, de modo tal que el conocimiento teórico de la naturaleza de la clase aproxime el significado obtenido a la mejor realización del propósito.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, puede apuntarse lo siguiente:

En primer lugar, una comprensión más completa del debate contemporáneo sobre la objetividad jurídica resulta de incluir este debate en uno más amplio, a saber, la posibilidad de plantear la independencia de la realidad respecto de nuestros marcos conceptuales, capacidades cognitivas y convenciones, ya sean individuales o sociales. En este contexto, Moore plantea que la nota distintiva del realismo, que permite distanciarlo de los antirrealismos y de los interpretativismos, es la idea de que la objetividad radica en la posibilidad

11 Con respecto a la aplicación del realismo a una teoría del precedente, Moore señala que esta última rechaza todas las convenciones en la tarea de “obtener reglas generales de decisiones de casos anteriores”. El realista, más bien, “decidirá si un caso es como otro (y, por lo tanto, debido a la igualdad, merecedor de un trato similar) al generalizar sobre todas las características moralmente relevantes, características sobre las que convenciones morales, lingüísticas o jurídicas son guías provisionales pero a menudo inexactas”. *Ibidem*.

de una realidad existente que sea independiente de nuestros pensamientos y nuestro lenguaje.

En línea con lo anterior, Moore rechaza, por un lado, las versiones débiles de la objetividad, expuestas en el presente trabajo. Ello debido a que las condiciones epistémicas, el acuerdo intersubjetivo, el conocimiento interno y específico de un dominio, o el procedimiento, sustituyen aquellos hechos externos a nuestra comprensión del mundo. Dicho de otro modo, según estas versiones, la subjetividad cumple el rol de la realidad. Por otro lado, una noción fuerte de objetividad, fundamentada en el realismo, debe ser capaz de superar no solo la actitud escéptica —que niega la tesis existencial acerca de determinadas entidades— sino además la perspectiva interpretativista, la cual, en todas sus variantes, arriba en conclusiones antimetafísicas y antiepistemológicas en la teoría y en la práctica del derecho.

En segundo lugar, la cuestión sobre la objetividad es, para Moore, una pregunta acerca de la “verdad” en la ciencia, la ética y el derecho. Así, pues, el realismo de Moore es la visión filosófica que subyace a su proyecto ontológico y semántico para alcanzar la objetividad del derecho, tanto en la teoría como en la interpretación jurídicas. Este proyecto puede considerarse como un intento, como el de otros autores, de recuperar la relación lenguaje–pensamiento–realidad para la ciencia jurídica. En ese sentido, su crítica al convencionalismo semántico, una forma de antirrealismo, debe entenderse como una reivindicación de un lenguaje que puede hablar de cosas reales, del papel del conocimiento en nuestros modos de significar la realidad y de una ontología que explique nuestras referencias. Más allá de los cuestionamientos que desde las posturas convencionalistas se han realizado a la propuesta particular de Moore —y que no son posibles de abordar aquí—, la finalidad de exponer, en breve síntesis, algunas de sus argumentos a favor de una defensa de una semántica realista, es constatar que su preocupación por el papel del conocimiento en nuestros modos de significar la realidad y la referencialidad de nuestro lenguaje se inserta en una saludable corriente de pensamiento que pretende recuperar la ontología para el lenguaje jurídico.

Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

En tercer lugar, el realismo de Moore gira en torno a una preocupación central en el autor: hacer explícito que todo convencionalismo es resultado de “reducción escéptica” radical, a saber, la negación acerca de realidades independientes de la subjetividad humana (el pensamiento y el lenguaje). La exigencia realista de una semántica realista y de una ontología de clases referencialista es parte de la propuesta de Moore de superar esta reducción escéptica.

En cuarto lugar, el realismo ontológico acerca de clases nos sugiere que, aunque pueda existir vaguedad semántica, lo que no puede haber es una vaguedad ontológica, a saber, la indeterminación total de la realidad o la imposibilidad de trazar límites precisos entre una cosa u otra. Para el realismo, todo término toma su significado ordinario del mundo. Y ese tomar el significado es solo aproximativo y limitado, pero legítimo porque el conocimiento se refiere a una realidad *mind-and-convention independent*.

La interrogante que surge aquí es cómo distinguir cuál es la mejor explicación teórica acerca de las realidades independientes o cuándo estamos legitimados a reemplazar una teoría con otra porque es una mejor explicación de la realidad. En la propuesta de Moore se respira cierto espíritu progresista que confía que el conocimiento humano siempre avanza o es mejor que el presente.

Aun así, el realismo de Moore recupera la intuición fundamental del realista: eso donde el mundo (la realidad) no es algo “totalmente vago”, es decir, que existen muchas que fundamentalmente se mantendrían aunque cambiaran otras y que no podemos aspirar a que nuestras teorías sean definitivamente verdaderas o falsas. Esto hace posible que el desacuerdo sobre el significado no sea el momento final de actividad interpretativa. Más bien, para el realismo el intérprete puede descubrir esas relaciones permanentes a las que nuestras palabras se refieren porque detrás de ellas están las cosas.

V. BIBLIOGRAFÍA

Hurd, H. (2016). *Living with genius. The life and work of Michael S. Moore. Legal, moral, and metaphysical truths: the philosophy of Michael Moore*, 14–52, Oxford University Press.

- Hurtado, G. (1998). Realismo, relativismo e irrealismo. Crítica. *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 30(90), 23-46.
- Laise, L. (2017). *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. Porrúa.
- Leiter, B. (2007). *Naturalising jurisprudence*. Oxford University Press.
- Moore, M. (1981). The semantics of judging. *Southern California Law Review*, 54, 151-294.
- Moore, M. (1985). A natural law theory of interpretation. *Southern California Law Review*, 58, 277-398.
- Moore, M. (1989). The interpretive turn in modern theory. A turn for the worse? *Stanford Law Review*, 41, 871-958.
- Moore, M. (1992). Law as a functional kind. En *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Clarendon Press, 188-242.
- Moore, M. (2005a). Interpretación constitucional y aspiración a una sociedad buena. Una justificación de la teoría iusnaturalista de la interpretación constitucional. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (trad. Pilar Zambrano), (9), 551-576.
- Moore, M. (2005b). Can objectivity be grounded in semantics? *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (739-763), UNAM.
- Moore, M. (2004). Introduction. *Objectivity in ethics and law* (2, ix-xiv). Ashgate-Dartmouth.
- Moore, M. (2004a). Legal reality: a naturalist approach to legal ontology. *Objectivity in ethics and law* (319-405). Ashgate-Dartmouth.
- Moore, M. (2004b). Moral reality revisited, *Objectivity in ethics and law* (99-208). Ashgate-Dartmouth.
- Moore, M. (2004c). The plain truth about legal truth. *Objectivity in ethics and law* (293-317). Ashgate-Dartmouth.
- Moore, M. (2012). The various relations between law and morality, in contemporary legal philosophy. *Ratio Juris*, 435-471.

Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de
Michael S. Moore

- Moore, M. (2016). Semantics, metaphysics, and objectivity in the law. *Vagueness and law. Philosophical and legal perspectives* (127–157). Oxford University Press.
- Rodríguez-Blanco, V. (2004). Objectivity in law. *Philosophy Compass*, 240–249.
- Rodríguez-Blanco, V. (2010). *Meta-etichs, Moral objectivity and law*. Mentis.
- Putnam, H. (1973). Meaning and reference. *The Journal of Philosophy*, 70(19), 699–711.
- Putnam, H. (1975). The meaning of “Meaning”. *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, 2, 271–275. Cambridge University Press.
- Searle, J. (1997), *La construcción de la realidad social* (trad. por Antoni Doménech). Paidós.
- Zambrano, P. (2014). Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción. *Dikaion*, 23(2), 423–445.

Por:
Maricela Gonzales
Pérez de Castro*
Ana Sophía Delgado
Martínez**

DERECHO DEL ADOPTADO AL
CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES
BIOLÓGICOS: ¿CUÁLES SON SUS LÍMITES?
UNA MIRADA A LA DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

Resumen

Sobre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos existe cierta discusión. Por un lado, se puede hablar de un derecho fundamental incondicionado de acceder a la verdadera filiación, por el hecho de conocer; por otro lado, de un derecho que, al no ser absoluto, puede ceder frente a otros intereses también legítimos y dignos de protección. En este orden de ideas, el anonimato materno figura que viene siendo contemplada por muchos ordenamientos jurídicos europeos, se presenta como un límite de tal derecho. En virtud de este, se pretende salvaguardar la identidad de los padres biológicos y, sobre todo, la vida de los recién nacidos.

Abstract

There is some discussion about the right of the adoptee to know her/his biological origins. On the one hand, one can speak of an unconditioned fundamental right to have access to true parentage, by the fact of knowing; on the other hand, of a right that, since it is not absolute, can be assigned to other interests that are also legitimate and worthy of protection. In these order of ideas, maternal anonymity, it has been contemplated by many European legal systems, is presented as a limit of such right. By virtue of this, it is intended to safeguard the identity of the biological parents and, above all, the life of the newborns.

Palabras clave: derecho a conocer los orígenes biológicos, derecho a la identidad, anonimato materno, adopción, filiación.

Keywords: right to know biological origins, right to identity, maternal anonymity, adoption, filiation.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (Asturias, España). Profesora a tiempo completo de Derecho Civil de la Universidad de Piura. Correo electrónico: maricela.gonzales@udep.edu.pe

** Licenciada en Derecho por la Universidad de Piura. Asistente de cátedra de Derecho Civil a tiempo completo de la Universidad de Piura. Correo electrónico: ana.delgado@udep.edu.pe

Recibido: 11 de diciembre del 2020

Aceptado: 5 de febrero del 2021

Sumario

I. Introducción. II. Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos. III. Anonimato materno y *favor filii* como límites al derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos. IV. El caso Odievre: sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 13 de febrero del 2003. V. El caso español: sentencia del Tribunal Supremo de 21 de setiembre de 1999. 1. *El derecho del adoptado al conocimiento de los orígenes pre-adoptivos*. 2. *La sentencia del Tribunal Supremo*. VI. Derecho a conocer los orígenes biológicos y su regulación en el Perú: a propósito de las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La adopción determina la filiación excluyendo totalmente el elemento biológico. Se basa, exclusivamente, en el principio del interés superior del menor (cfr. artículo 4 de la Constitución, artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño). La institución de la adopción, partiendo de la importancia de la familia, ha sido desarrollada para solucionar el problema social de los niños en desamparo.

Por ello, se dice que, en un plano fáctico, la filiación natural y adoptiva suelen ser complementarias. Esta última viene a paliar las deficiencias planteadas en determinados supuestos por la primera. Por lo tanto, la adopción trae consigo un efecto positivo, en tanto integra al adoptado en la familia del adoptante, pero también un efecto negativo, ya que implica una desvinculación con los progenitores biológicos.

Una alternativa a la adopción, en la que los vínculos biológicos se mantienen, es el acogimiento familiar. Esta figura ha sido recogida recientemente por el ordenamiento peruano¹. Es una medida de protección, temporal o permanente,

1 La legislación ha sufrido modificaciones al respecto. Así, en un primer momento, en el 2000, el Código de los Niños y Adolescentes recogió la figura de la colocación familiar, la que en el 2014 fue modificada por la Ley N.º 30162, regulándose de este modo la figura del

a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de desprotección familiar. Esto es, que quienes están a su cargo incumplan o cumplan de manera inadecuada con sus deberes de cuidado y protección para con los menores y que afecte su desarrollo integral. A ellos se les proporciona una familia para que les cuide y asegure su bienestar, mientras se trabaja en la eliminación de la situación en la que se encontraban previamente.

El adoptado, a diferencia del niño que es protegido mediante el acogimiento familiar, ya no ostenta derechos en relación con sus progenitores, entre los que se encuentran los derechos sucesorios (cfr. artículo 377 del Código Civil).

Por último, es importante destacar que, si bien la adopción excluye el elemento biológico en la determinación de la filiación, al igual que las técnicas de fecundación artificial, ambas instituciones responden a fundamentos e intereses diferentes (González y Delgado, 2020). En la primera se confiere un estado de filiación a una persona ya existente. En la segunda, la persona a la que el acto negocial se refiere, todavía no existe —se habla de un *concepturus*— y es generada para ser hijo del autor del acto. Además, la finalidad de la adopción es dar mejor protección a los menores, mientras que la finalidad de las técnicas de reproducción asistida es satisfacer legalmente el deseo y la voluntad de querer ser padre (González, 2013, p. 228).

II. DERECHO DEL ADOPTADO AL CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Todas las personas, incluidas, desde luego, los adoptados y nacidos por medio de reproducción asistida, tienen el derecho a conocer sus orígenes biológicos. Este derecho forma parte del derecho fundamental a la identidad personal, es decir, de “todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. Este derecho, implica dos aspectos o dimensiones: uno “estático” y otro “dinámico” (Fernández, 1992, pp. 113 y 114).

acogimiento familiar, institución que aún sigue vigente y cuya regulación, hoy en día, está bajo el Decreto Legislativo N.º 1297, que derogó la ley anterior, en el 2016.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

La “dimensión estática”, que es constante en el tiempo, permite que las personas se diferencien externamente entre sí, por una serie de signos visibles en el mundo exterior (imagen, características físicas, nombre, datos de nacimiento, identificación, sexo, filiación, patrimonio genético, nacionalidad). La “dimensión dinámica”, por su lado, es variable en el tiempo. Está constituida por el conjunto de atributos y características (intelectuales, morales, culturales, religiosas, políticas, profesionales, etc.) que posibilitan distinguir a un individuo de otros dentro de la sociedad. El conocimiento de los orígenes biológicos, en ese sentido, forma parte del primer aspecto o dimensión.

Al iniciar este apartado, al hacerse mención a que las personas adoptadas son titulares de este derecho, se pretende enfatizar que el derecho no puede tratarlos de modo discriminatorio. En otros términos, no puede negárseles su pasado, impidiéndoles “unir su calidad de mortal a su nacimiento, como si sus cuerpos hubiesen perdido su realidad”, dejándolas solas en un espacio en blanco de su propia historia conscientemente creado por otros (Théry, 2009, pp. 38 y 39).

Cabe precisar que el derecho en cuestión se entiende como un acceso al conocimiento de la verdadera filiación por el mero hecho de conocer. Claro está, no implica alterar la filiación adoptiva, ni los derechos y deberes que esta lleva consigo, ni lograr la determinación de la filiación por naturaleza (González, 2013, p. 229). Ello debido a que la investigación de la paternidad y el descubrimiento de la verdad biológica aparecen vinculados estrechamente a los procesos de filiación y, fuera de ellos, no es posible ejercer esta investigación.

En consecuencia, un derecho del adoptado a conocer su filiación de origen, por el mero hecho de conocer, no encuentra cabida en de las acciones de estado, sino que se plantea como una acción independiente, ya que no pretende ni determinar, ni impugnar ninguna filiación, sino únicamente conocer la identidad de los progenitores biológicos.

Ahora bien, el desconocimiento de los adoptados de su origen biológico parte del hecho de que diversos ordenamientos permiten que los propios padres

biológicos soliciten que se reserve sus identidades en el proceso de adopción². Además, porque otros países, como una excepción a la regla *mater semper certa est*, regulan el anonimato materno desde el mismo momento del nacimiento del menor e impiden la determinación de la maternidad y el conocimiento de la identidad de la madre y, por ende, la del padre. Por ello, desde hace algunos años, se ha planteado un interesante debate en torno a los límites del derecho del adoptado a conocer su origen biológico³.

Así, resulta de interés mencionar la experiencia europea. Por ejemplo, en España la polémica surgió a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de setiembre de 1999 y, sobre todo, tras el famoso caso Odièvre. Controversia que se acentuó tras la aprobación del Libro II del Código Civil Catalán, en el que uno de sus artículos establece la obligación de los padres adoptivos de comunicar al hijo adoptado, tan pronto este tenga la madurez necesaria, y, en todo caso, cuando haya cumplido 12 años de edad, el origen de su filiación.

III. ANONIMATO MATERNO Y FAVOR FILII COMO LÍMITES AL DERECHO DEL ADOPTADO A ACCEDER A SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

En el ordenamiento francés, objeto de examen por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Odièvre, la maternidad no se establece directa

2 El derecho anglosajón observa una tendencia a configurar la adopción de forma más abierta, que le hace muy diferente del resto de sistemas de adopción existentes en Europa. Esto se manifiesta, por un lado, en la posibilidad de derogar la regla de la confidencialidad con el consentimiento de los interesados. Por otro, especialmente en el sistema americano, que presenta una serie de caracteres al considerarse el proceso adoptivo parcialmente privado. De esta forma, se constituye un acuerdo entre la familia, o la madre biológica, y la adoptiva (*cooperative adoption*) en el que se fijan las condiciones de las adopciones, posibilitando el contacto entre ambas familias, tanto en el momento anterior a la adopción como en etapas posteriores. Esta forma de colaboración supone que el hijo sabe que ha sido adoptado y la identidad de sus padres biológicos. Sobre la adopción en el derecho anglosajón me remito a Garriga (2000, pp. 191-210).

3 Ya propugnan voces que extienden este derecho a los hijos nacidos mediante técnicas de fecundación asistida. Así se decantan, Aguilar, L. (2006). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia. *Actualidad Civil*, (6), 671 y ss. y Pulido, M. (2005). ¿El fin de la filiación anónima? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2), p. 2.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

ni automáticamente. En la inscripción del nacimiento, no es obligatorio indicar el nombre de la madre (cfr. artículos 56 y 311.25 del Código Civil francés). El encargado del registro tampoco tiene obligación de investigar de oficio estos datos. Es decir, en el supuesto en el que no se indique el nombre de los progenitores, el recién nacido es inscrito en el registro de nacimiento como nacido de padres desconocidos (González, 2013, p. 229).

A lo anterior se une la mencionada tradición jurídica francesa del secreto de la maternidad (cfr. artículo 326 del Código Civil francés) (Rubio, 2003, p. 3). Esta figura se regula con el objetivo de proteger la vida del hijo por nacer —evitando abortos, infanticidios, abandonos indiscriminados que pongan en peligro la vida del niño— y facilitar la adopción. Para lograr este fin se otorga a las madres la opción de dar a luz ocultando su identidad, debiendo entregar al recién nacido a las instituciones públicas para su posterior adopción⁴. Ello da origen al secreto de la maternidad⁵ y a la imposibilidad de que el adoptado acceda al conocimiento de la identidad de su madre y, por este conducto, a la paternidad biológica —ya que el anonimato materno implica la imposibilidad de que el padre pueda reconocer su paternidad— y a la de otros parientes carnales.

La petición que hace la madre del secreto de su identidad es expresa y precisa, de tal forma que los servicios médicos que la atendieron en el parto no pueden dar datos de la identidad de la primera, ni aunque se ejercite una acción de reclamación de la maternidad. No obstante, la Ley 2002-93, del 22 de enero del 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado, sin cuestionar el principio del parto secreto en Francia, permite el levantamiento del secreto de la maternidad y facilita la posibilidad de desvelar la identidad de madre e hijo, siempre que concurren ciertos presupuestos: una petición expresa y el consentimiento de ambos (González, 2013, pp. 229 y 230).

4 El origen del parto anónimo parece hallarse en el “torno” que en la Edad Media se instalaba en la parte exterior de los orfanatos. Este sistema se extendió rápidamente en los países y sistemas jurídicos de influencia romana. Por otro lado, algunos sitúan el origen de esos tornos en los hospicios, a partir de un edicto de Enrique de Francia, en 1566, castigando los infanticidios, y la creación, por San Vicente de Paul, de los *Enfants trouvés*, en 1638, con objeto de facilitar el abandono de los recién nacidos y evitar los abortos e infanticidios.

5 Debe aclararse que el derecho francés no prevé que el parto pueda ser anónimo, sino que garantiza su secreto. El anonimato es ausencia de información y el secreto es la protección de información conocida.

Con esta finalidad, se creó el Consejo Nacional para la Búsqueda de Orígenes Personales, que registra la voluntad de los padres, conserva las informaciones y lleva a cabo los trabajos de mediación. A este organismo debe dirigirse el adoptado que investiga sus propios orígenes, que se pondrá en contacto con los padres que le dieron en adopción, para, eventualmente, desvelar el secreto, cuya revelación es siempre voluntaria (Grimaldi, 2010, pp. 172 y 173). Si la madre se opone, el hijo no podrá conocer la identidad de sus ascendientes. Si se accede al descubrimiento de los orígenes, ello no produce ningún efecto sobre el estado civil ni sobre la filiación. No nacen derechos ni obligaciones en beneficio o en carga de nadie (cfr. artículo 147-7 del Código de la Acción Social y la Familia).

Puede decirse que, en Francia, el derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos es un derecho excepcional y legal.

Ahora bien, el sistema antes descrito no es exclusivo del ordenamiento francés. Italia, España y Luxemburgo tampoco recogen la determinación automática de la filiación materna no matrimonial y limitan el derecho del adoptado al conocimiento de sus padres biológicos.

En Italia, la Ley 149/2001, de 28 de marzo⁶, introdujo una norma que posibilita al adoptado, en determinados supuestos, el acceso a la información de sus orígenes preadoptivos. Esta cuestión descansa en tres ideas fundamentales: a) el principio general del secreto en la adopción; b) la información al menor sobre su familia adoptiva corresponde a los padres adoptivos⁷; y c) la información

6 En líneas generales, esta ley consagra en Italia el modelo tradicional de adopción fundada en el matrimonio, vigente en ese país desde hace varias décadas. Asimismo, el secreto del verdadero origen del adoptado y la ruptura del vínculo con su familia biológica aparece como un instrumento de tutela del interés del menor y de su nueva familia, de cara a evitar abortos e infanticidios. Por otra parte, se toma en cuenta que una injerencia de los verdaderos padres pueda alterar el clima de seguridad y unidad construido en torno al niño. Interés que el legislador italiano decide proteger, incluso sobre la legítima aspiración del adoptado a conocer la identidad de sus progenitores. Además, en esta línea del *favor filii*, la ley regula varias medidas destinadas a dar mayor protagonismo al niño en el proceso adoptivo.

7 El artículo 28 de la Ley 149/2001 establece el deber de los padres de informar al hijo adoptado de su condición, en el momento y forma que ellos estimen oportuno. No obstante, la ley no dispone de ninguna sanción ante el incumplimiento de esta obligación, por lo

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

sobre la identidad de la familia biológica, una vez el adoptado conozca el verdadero origen de su filiación, y en determinados casos. Para este fin, la ley citada establece unos casos excepcionales y graduales que permiten al adoptado acceder a la información sobre sus orígenes biológicos, sin que ello implique la reanudación de las relaciones personales y, siempre que la madre natural, en el momento del nacimiento, no hubiera declarado permanecer en el anonimato (González, 2013, p. 231).

En resumen, el ordenamiento italiano reconoce tres niveles de tutela:

1. Se permite un libre acceso del adoptado a la información sobre su origen biológico si se presentan algunas de las siguientes situaciones: a) se encuentra en juego el derecho constitucional a la salud del adoptado; b) el adoptado alcanza la edad de 25 años y desea acceder a sus orígenes de sangre; o c) existen especiales circunstancias en la familia del adoptado.
2. Supuestos condicionados a motivos suficientes. Si el adoptado es menor de edad y no existe un motivo de urgencia por estar afectado su derecho a la salud, los padres adoptivos, en representación del menor, podrán solicitar acceder a la información de los orígenes biológicos de su hijo adoptivo, previa autorización judicial y siempre que aleguen graves y probados motivos.

Si el adoptado es mayor de edad, pero menor de 25 años, podrá solicitar al Tribunal de menores la autorización para acceder a la información sobre sus orígenes, siempre que existan graves y comprobados motivos para su salud psicofísica (deberá acreditar su sufrimiento psíquico por no poder conocer la identidad de su familia biológica). El Tribunal decidirá si procede o no la autorización, valorando el impacto que el conocimiento de los progenitores biológicos puede ocasionar en el equilibrio psicológico del adoptado. Es decir, nuevamente, la tutela al derecho constitucional de la salud parece ser la razón justificadora de la decisión del Tribunal.

que, más que un deber jurídico, constituye una mera recomendación a los nuevos padres, a manera de una obligación moral.

3. Se contempla un derecho de veto a favor de la familia biológica cuando la madre solicita el anonimato de su identidad, sea a través del parto anónimo o en la inscripción del nacimiento, y siempre que no se haya sometido a las técnicas de reproducción asistida. En este último caso, está prohibido el anonimato materno por Ley 4/2004, de 19 de febrero⁸. Es decir, en los casos de anonimato materno, surge la imposibilidad natural, más que jurídica, de dar noticias al adoptado sobre su familia de origen, dada la ausencia de datos registrales. Solo se conserva una conexión entre el parte médico y la historia clínica de la madre con la finalidad de excepcionar el anonimato en aquellos casos en que la salud del adoptado lo requiera⁹ (González, 2013, pp. 231 y 232).

En consecuencia, puede deducirse que en Italia no existe el derecho del adoptado a conocer orígenes biológicos propiamente dicho. Solo se permite si el *favor filii* lo exige y bajo la perspectiva de un análisis *ad casum*.

Podría decirse que los límites del derecho del adoptado a conocer su origen biológico, basados en el *favor filii*, resulta ser conveniente para el que busca conocer sus orígenes preadoptivos. Así lo demuestra el caso de un joven español (zaragozano) adoptado que, en busca de sus orígenes biológicos, rastreó en el Registro Civil, encontrando la información que necesitaba. Conocer a su verdadera madre le provocó muchos problemas psicológicos, como él mismo expresa: “Cuando volví a mi casa empecé a estar mal. No dejaba de llorar [...] no me he portado bien con ella, pero yo es que he tenido problemas psicológicos. Decirles a dos personas mamá es muy difícil. Y por curarme yo, no me he ocupado de ella (refiriéndose a su madre biológica que sufría una distrofia muscular en estado avanzado y deseaba que la dejen morir)”¹⁰.

8 El legislador entiende que resulta contradictorio que la madre, luego de consentir expresamente la técnica de fecundación artificial, se declare después recia a reconocer a la criatura engendrada.

9 A diferencia del ordenamiento francés, en el cual, además de esta información, sí se conservan los datos relacionado a la identidad de la madre.

10 Noticia extraída del diario *El País*, de 24 de octubre del 2006.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

Por último, también pueden existir factores, no fundamentados en el *favor filii*, que limiten este derecho. Un claro ejemplo se encuentra en Reino Unido, en el caso *R. v Registrar General, ex parthe Smith*.

El Tribunal de Apelaciones denegó a Charlie Smith, un perturbado mental con antecedentes penales por doble asesinato ingresado en un hospital de alta seguridad, conocer la identidad de su madre biológica, a quien hacía responsable de sus problemas.

La sentencia argumentó que el derecho a conocer esta información no era absoluto y que podía ser denegado por razones de orden público. La denegación *ad casum* respondía al temor de que Charlie intentara agredir a su madre.

IV. EL CASO ODIÈVRE: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 13 DE FEBRERO DEL 2003

Pascale Odièvre nació en 1965 en París. Su madre pidió el secreto de su identidad en el momento del parto, abandonándola ante los servicios de asistencia pública. Pascale estuvo durante cuatro años en una familia de acogida y fue adoptada en enero de 1969 por el Sr. y la Sra. Odièvre. Habiendo obtenido constancia de sus orígenes a finales de 1990, tuvo noticias no identificativas sobre su familia biológica que constaban en el expediente. En enero de 1998, presentó una demanda ante el Tribunal de Gran Instancia de París solicitando el levantamiento del secreto de su nacimiento y se le autorizara el acceso a toda la documentación relativa a su identidad, añadiendo que tenía conocimiento de que sus padres habían tenido otros 3 hijos (Durán, 2004, pp. 23 y 24).

Agotados los recursos de la legislación francesa, instó demanda ante el Tribunal de Estrasburgo contra el Estado francés, de fecha 1 de noviembre de 1998. Alegó que el secreto de su nacimiento le imposibilitaba conocer sus orígenes preadoptivos (datos identificativos de su familia natural) y aspirar a la herencia de la madre biológica, lo que constituía una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8, y una discriminación, proscrita por el artículo 14 del convenio.

El Tribunal, con diez votos favorables (alguno con matices) y siete en contra, declaró que no existía vulneración de estos derechos. Entiende que la vida familiar, en el sentido del artículo 8.1 del convenio, implica la existencia previa de estrechas relaciones personales, además de la paternidad, y que la relación de familia depende de circunstancias particulares de cada caso, entre las que la convivencia no es más que una de ellas.

Por tanto, dado que la demandante no pretendió cuestionar su filiación adoptiva, sino conocer las circunstancias de su nacimiento y de su abandono, así como la identidad de sus padres y de sus hermanos, el Tribunal sostiene que el caso no debe ser analizado desde el punto de vista de la vida familiar, sino desde la vida privada. A su juicio, este último incluye aspectos importantes de la identidad de cada persona y permite la plenitud personal y el desarrollo de relaciones con los semejantes y con el mundo exterior.

Es decir, hace derivar el derecho a conocer la ascendencia de una interpretación bastante amplia del derecho a la vida privada (cfr., además, las SSTEDH de 7 de febrero y 24 de setiembre del 2002, 22 de enero del 2008 y 6 de julio y 21 de setiembre del 2010). No obstante, precisa que el artículo 8 se aplica no solo al hijo, sino también a la madre.

Establece que, de un lado, se encuentra el derecho de la hija (ya adulta) a conocer el propio origen y, de otro, el interés de una mujer a conservar el anonimato para proteger su salud, al dar a luz en condiciones médicas apropiadas. Añade que también se encuentra presente el derecho a la vida privada de otras personas (padre biológico, hermanos) y el interés general del Gobierno francés de proteger la vida del *nasciturus*, del hijo por nacer, para evitar infanticidios y abandonos salvajes.

Determinados los intereses enfrentados, el Tribunal sostiene que el derecho al respeto de la vida privada no es ajeno a los fines que busca el sistema francés y que las medidas propias para garantizar el cumplimiento del artículo 8 de la convención en las relaciones interindividuales deriva del margen de apreciación de los Estados contratantes.

Por tanto, resultaban lícitos los fines del Estado francés de proteger, a través del parto secreto, la vida del niño y la situación de las madres desamparadas

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

para disminuir así el número de abortos legales y clandestinos y los abandonos. Además, resalta que el legislador francés ha instaurado un sistema que facilita al adoptado el conocimiento de sus orígenes biológicos con la posibilidad de la reversibilidad del secreto de la maternidad, si la madre así lo consiente. En consecuencia, el Tribunal considera que se han conciliado equitativamente los intereses en juego.

Por consiguiente, Francia no ha sobrepasado el margen de apreciación que debe ser reconocido en razón del carácter complejo y delicado de la cuestión del secreto del origen respecto del derecho de cada uno a su historia, de la opción de los padres biológicos, del lazo familiar y de los padres adoptivos.

En cuanto al derecho de igualdad, el Tribunal también rechaza la argumentación de la actora. Considera que esta tiene determinada la filiación en relación con sus padres adoptivos, respecto de los cuales tiene los mismos derechos hereditarios y que, en relación con la madre biológica, la situación de la demandante es diferente respecto de los hijos cuya filiación está determinada.

En síntesis, en el caso *Odièvre*, el Tribunal de Estrasburgo ha juzgado la adecuación del anonimato materno al Convenio de Roma, lo que ha incidido enormemente en la existencia del derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos y sus límites.

En esta dirección, el Tribunal de Estrasburgo declara que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ampara un derecho incondicionado del adoptado a conocer sus orígenes por naturaleza. Este derecho puede ceder frente a otros intereses: de la madre, parientes y del Estado, también legítimos y dignos de protección¹¹.

Se puede sostener, por lo tanto, que el convenio no solo garantiza el anonimato materno para favorecer la vida de hijo, sino también la opción de algunos Estados de mantener como principio en la adopción, la ruptura y confidencialidad respecto de la familia anterior.

11 Antes de la sentencia *Odièvre*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había manifestado cierto criterio sobre los límites del derecho del adoptado al conocimiento de su filiación por naturaleza. Si bien se trata de casos distintos al presente, vale la pena mencionarlos siquiera brevemente.

Cabe destacar, además, que la decisión del caso Odièvre no es aislada, sino que ha sido reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 1 de abril del 2010 (caso S. H. y otros contra Austria). En esta sostiene que el derecho a la vida privada requiere que todos puedan establecer los detalles de su identidad y que el derecho del individuo a dicha información es importante, pero no absoluto; remitiéndose a lo manifestado en la sentencia del caso Odièvre.

V. EL CASO ESPAÑOL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SETIEMBRE DE 1999

1. El derecho del adoptado al conocimiento de los orígenes preadoptivos

En España, todo proceso adoptivo concluye con la inscripción del menor en el Registro Civil. La restricción al acceso de estos datos, contenidos en el Registro, se fundamenta en la necesidad de garantizar el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar de los adoptados (cfr. artículo 18 de la Constitución española). Asimismo, la política de confidencialidad parte de la suposición de que los progenitores por naturaleza confían en el anonimato que les fue prometido y que, además, han querido romper toda relación con el hijo que dieron en adopción.

En el caso Gaskin contra Reino Unido (sentencia de 7 de julio de 1989), el Sr. Gaskin, ciudadano británico, nacido en 1959, fue recogido poco después por el Ayuntamiento de Liverpool. Esta situación se prolongó hasta 1974. Pasados los años, el demandante pretendió tener acceso al dossier confidencial para saber dónde, con quiénes y en qué condiciones había vivido, ya que decía haber sido maltratado en aquella época. Las autoridades requeridas le permitieron conocer solo algunos datos y denegaron otros, basándose en la legislación británica y la necesidad de confidencialidad de los expedientes. El Sr. Gaskin invocó la infracción del artículo 8 del convenio y llevó su caso al Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que existía una infracción del Convenio basándose en que los datos e información que retenían las autoridades locales afectaban a la identidad fundamental del demandante y podrían proporcionarle los únicos trazos coherentes de su infancia y años de formación. No obstante, señaló que este derecho no era absoluto y que cada Estado ostentaba un amplio margen de apreciación en cuanto a sus obligaciones positivas en ese ámbito y que había de buscarse en cada caso un justo equilibrio entre los intereses concurrentes (el público, en un eficaz funcionamiento del sistema y el del demandante en consultar su historia personal).

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

Por otro lado, al igual que Francia e Italia, y con la misma finalidad de estos ordenamientos, el legislador español posibilitó el anonimato de la madre no casada. En concreto, le otorgó dos facultades: el parto anónimo y el desconocimiento de su maternidad.

En relación al derecho del adoptado a conocer sus orígenes preadoptivos, todos los ordenamientos que lo recogen lo regulan de manera expresa, en determinados casos y estableciendo un proceso y mecanismos específicos para su acceso. Por el contrario, en el ordenamiento español, ni la Constitución ni el Código Civil —hasta el 2007— lo reconocían de manera expresa, ni habían previsto una acción propiamente para conocer los orígenes biológicos por el mero hecho de conocer.

En el sistema español, por tanto, no existía un derecho del adoptado a conocer su ascendencia biológica, como sí lo había previsto expresamente el ordenamiento catalán. No obstante, esa omisión del derecho común ha sido suplida por la controvertida decisión de la sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de setiembre de 1999.

2. La sentencia del Tribunal Supremo

La demandante, embarazada de 8 meses y viuda, alegó no poder hacerse cargo del hijo que esperaba. Renunció a él, a favor de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, a los efectos de su guarda inmediata al parto, y prestó su asentimiento a la adopción. Asimismo, manifestó su deseo de mantener oculta su identidad, tanto a efectos registrales, como en el procedimiento de adopción.

Tras dar a luz a la niña, en noviembre de 1991, la Consejería la declaró en situación de desamparo y solicitó su inscripción en el Registro como hija de padres desconocidos. Un año después, en setiembre de 1992, la madre se presentó en el Registro Civil y solicitó que se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento, lo que fue rechazado por el encargado del Registro y confirmado por la Dirección General.

Posteriormente, la madre reclamó la maternidad no matrimonial. La sentencia del Juzgado estimó la demanda y ordenó que se entregara la niña a la actora, pero la Audiencia revocó la decisión, por entender que no había quedado acreditada la filiación materna reclamada.

Sin embargo, esta sentencia es casada por el Tribunal Supremo en su decisión del 21 de setiembre de 1999. En esta, el Tribunal realiza una serie de declaraciones que han influido enormemente en la existencia y calificación del derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos en el derecho común español.

Por una parte, sostiene que el consentimiento de la madre a la adopción, por no haberse prestado después de transcurridos los 30 días desde el parto, era nulo. Por otra, afirma que la libre investigación de la paternidad exige una coincidencia total entre la filiación legal y la paternidad y maternidad biológicas, por lo que las normas del anonimato materno se erigían en un obstáculo para el logro de dicha coincidencia.

Por tanto, para el Tribunal Supremo, las normas que permitían ocultar la identidad de la madre transgredían el artículo 39.2 de la Constitución española, en el sentido de que imposibilitaban el conocimiento de la filiación materna y ocasionaban que el adoptado pierda por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer la verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre.

Declara la inconstitucionalidad de las normas del anonimato materno, manda reponer las actuaciones al momento posterior a la vista y ordena la práctica de la prueba biológica¹².

Tras la declaración de inconstitucionalidad, defiende la existencia, en el ordenamiento español, de un derecho constitucional e ilimitado de las personas adoptadas al conocimiento de su origen biológico: “cabe hablar del derecho de

12 Practicada la prueba genética, se acredita la maternidad y el hecho del parto, pero la menor no es entregada a la madre biológica. La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 8 de mayo del 2000, falla la imposibilidad de declarar la nulidad de la adopción y, en interés del menor, ordena su integración a la familia adoptiva. La madre recurre esta decisión en

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

las personas a conocer su herencia genética”. Es decir, de una acción por el mero hecho de conocer, sin necesidad de establecer la filiación.

Esta doctrina ha sido refrendada por ciertos autores que sostienen que el citado derecho es principalísimo y el más cercano al derecho a la vida. Lo califican como un derecho fundamental, que forma parte de la dignidad humana, cuyo ejercicio contribuye al desarrollo de la personalidad y que ha de prevalecer sobre los otros intereses en conflicto. En síntesis, defienden que este derecho de los adoptados encuentra su fundamento en los artículos 10.1, 15, 18 y 39.2 de la Constitución española (Ballesteros, 2009, p. 22 y ss.; Barberá, 2002, p. 5; Garriga, 2000, p. 247 y ss.; Quesada, 1994, p. 248 y ss.; Rivero, 2003, p. 627-632).

Ahora bien, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de setiembre de 1999, la Dirección General de los Registros y del Notariado español, en la Resolución del 8 de noviembre del 2001, declaró que la filiación materna quedaba determinada, dentro o fuera de plazo, por el parto, sin que la madre pueda ocultar su identidad. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia Superior de Navarra del 18 de enero del 2002 estableció que “tras la sentencia del T.S de 21-09-99 que declara inaplicable por inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del reglamento citado, resumidamente, por entender que pugna con el principio de libre investigación de la paternidad recogido en el artículo 39.2 de la Constitución, además de erosionar el artículo 10 de la misma al afectar a la dignidad del hijo y a sus derechos inviolables y el artículo 24-1 en cuanto resulta proscriptivo de indefensión, concluyendo que es principio constitucional el de investigación libre de la paternidad y que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”. En consecuencia, permitió a un adoptado acceder a la información sobre los datos de su madre —quien ocultó su maternidad— que constaban en el registro. Lo mismo sucedió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 13 de setiembre del 2011, quien se pronunció a favor que el adoptado accediera a los datos ocultos de su maternidad.

casación y la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de julio del 2001 hace prevalecer la adopción. Argumenta que no se había ejercitado ninguna acción tendente a anular o extinguir la filiación adoptiva.

VI. DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LAS CUNAS SALVADORAS Y EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL

El derecho a conocer los orígenes biológicos forma parte del derecho a la identidad, derecho inherente a toda persona, pero, el ordenamiento nacional no lo regula expresamente. Sin embargo, el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política de 1993 reconoce que toda persona tiene derecho a su identidad. Asimismo, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes señala que dicho derecho incluye también dentro de su contenido, en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres. Artículos que van de la mano con el principio del interés superior del niño y del adolescente, reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

En ese sentido, si todas las personas pueden conocer quiénes son sus progenitores, desde luego también los niños que hayan sido acogidos por familias, tras seguirse un proceso de adopción. Así, en el Perú, en el 2016, se emite la Resolución Ministerial N.º 120-2016-MIMP, que aprueba la Directiva General N.º 009-2016-MIMP, Lineamientos Técnicos para la Atención de Solicitudes de Búsqueda de Orígenes de Personas Adoptadas. El adoptado mayor de edad es el único autorizado para presentar la solicitud y, de manera excepcional, el menor de edad, siempre que cuente con la aprobación de sus padres adoptivos. En ambos casos, se requiere que el adoptado actúe movido por una necesidad real y sobre todo presente las condiciones psicoafectivas que le permitan enfrentar las emociones propias de conocer a su familia biológica.

Para que los padres biológicos puedan conocer a su hijo, se exige que este último presente el mismo interés. En el mismo sentido, para que el hijo conozca a su familia biológica, esta no puede oponerse a ello, es decir, necesariamente debe haber una coincidencia de intereses.

Por último, a lo largo del procedimiento de búsqueda de los orígenes biológicos, se brinda un acompañamiento psicológico y se busca actuar como mediadores para que efectivamente se lleve a cabo el encuentro familiar. Esto quiere decir que el ordenamiento peruano regula un derecho del adoptado al

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

conocimiento de sus orígenes biológicos con límites, siempre que responda al interés del adoptado.

De este modo, el Proyecto de Ley N.º 0211/2016 CR, que promueve la implementación de la figura del nacimiento confidencial, así como la creación de las “cunas salvadoras”, *a priori*, parecería impedir el ejercicio del derecho en cuestión.

La iniciativa legislativa, que fue presentada en el 6 de setiembre del 2016, propone la habilitación de espacios en centros médicos públicos y privados sin fines de lucro en los que se acojan a recién nacidos, cuyas madres no pueden o quieren conservarlos. La identidad de dichas mujeres se guardaría en reserva, siempre que ellas lo soliciten, no pudiéndose establecer la filiación materna entre ella y su hijo. Asimismo, sobre ellas no recaería responsabilidad alguna por abandono de recién nacido. En este sentido, la propuesta legislativa permitiría que las mujeres dejen a sus hijos recién nacidos en estos centros de salud, entregando su cuidado al Estado, para que este finalmente los derive a algún albergue¹³.

El autor del proyecto, el aquel entonces congresista Yonhy Lescano Aniceta, señaló que este persigue dos propósitos. Por un lado, que el Estado salvaguarde la vida e integridad de aquellos niños, cuyas madres quieren abandonar, siendo acogidos por este; por otro lado, que proteja a la mujer en estado de vulnerabilidad, ofreciéndole una alternativa distinta al aborto o al abandono en condiciones precarias del niño. Concluye afirmando que dicha propuesta legislativa pretende apoyar tanto a la madre como al recién nacido, que se encuentren desprotegidos, así como que el derecho a la identidad del menor no se está viendo lesionado¹⁴.

13 El proyecto de ley consta de 16 artículos, 7 disposiciones complementarias y una disposición final. Para más información, véase: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0021120160906.pdf (consultado el 30 de setiembre del 2020).

14 Humanos periodo anual de sesiones 2016–2017, como consta en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley N.º 0211–2016–CR, que pretende regular el nacimiento confidencial y ampara al expósito, recibido el 20 de abril del 2017, p. 4. Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00211DC15MAY20170420.pdf (consultado el 30 de julio del 2020).

Respecto al derecho a la identidad, el exparlamentario, así como la asesoría de la Comisión de Justicia de Derechos Humanos del Congreso de la República recalcan que no existe ningún tipo de vulneración de tal derecho. Es más, sostienen que entregar al recién nacido a un albergue, para que sea adoptado por una familia y que esta le dé su nombre, es una forma de garantizar el derecho a la identidad y, claro está, el derecho a la vida¹⁵. Sin embargo, es menester tener en cuenta, conforme lo señalan los artículos 7 y 8 de la Convención para los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que el derecho a la identidad no solo contempla el derecho a tener un nombre, sino que, además, a tener una nacionalidad y a conocer a su propia familia, esto es, a conocer sus orígenes biológicos.

Cabe precisar que el artículo 7 de la convención en mención prescribe que el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. La Comisión de la Mujer y la Familia del Congreso destaca la expresión “en la medida de lo posible”, señalando que esta contempla la probabilidad, de manera explícita, que surja una eventualidad en la que no sea posible el ejercicio de tal derecho. Por lo tanto, las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial no serían incompatibles con la convención, ya que, estarían comprendidas en tal eventualidad¹⁶.

El proyecto de ley fue sometido a diversas opiniones técnicas de especialistas en la materia. Desde luego, la Asociación de Cunas Salvadoras se mostró a favor de la propuesta. No obstante, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Salud, Oficina de Coordinación Residente Sistema de Naciones Unidas en el Perú, entre otros manifestaron su oposición a la iniciativa legislativa. Entre otras razones, basaron su posición en la vulneración del derecho a la identidad de los recién nacidos¹⁷.

En particular, Unicef rechazó, en su momento, la implementación del proyecto de ley. Manifestó que cualquier procedimiento que implique la entrega anónima de niños al Estado o a cualquier otra organización pública o privada

15 *Ibidem*, p. 8.

16 *Ibidem*, p. 11.

17 Asimismo, señalaban que los recién nacidos veían lesionados su derecho a la lactancia materna.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

contraviene los estándares internacionales sobre protección de menores de edad en situaciones de desprotección familiar, o en riesgo de estarlo. Asimismo, que el proyecto de ley impide el ejercicio de la acción protectora del Estado, basada en la preservación de los vínculos del niño con su familia y en la integración familiar como primera opción. Las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial, al dificultar el contacto directo con la madre, padre o persona que entrega al niño, no permiten que el Estado pueda brindar a ambos el apoyo necesario para tomar una decisión informada que asegure el bienestar de ambos, y evite el abandono anónimo.

De igual forma, exhortó a que el marco normativo sobre la materia no se vea modificado¹⁸. El ordenamiento jurídico nacional, para aquel entonces, ya contaba con el Decreto Legislativo N.º 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, aprobado en el año 2016, haciendo falta su reglamento para entrar en vigencia. En el 2018, se aprobó su reglamento mediante Decreto Supremo N.º 001-2018 siguiendo la recomendación de Unicef.

Resulta necesario destacar que las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial sigue estando hoy en día como proyecto, a pesar de que la Comisión de la Mujer y la Familia del Congreso de la República lo haya aprobado el 14 de marzo del 2017, aún no es ley, ya que faltan diversos pasos para que sea promulgado por el Poder Ejecutivo. Es difícil legalizar el abandono de un niño, pero esta puede ser una solución adecuada en aras de salvar la vida del *nasciturus* y de los infantes, ya que si a la madre no se le brinda esta opción, podría llegar a atentar contra la vida del concebido o del recién nacido. Es decir, sería una forma de disminuir abortos e infanticidios, como ha sucedido en otros países europeos.

Mientras tanto, debería fortalecerse los mecanismos de protección con los que actualmente se cuenta, en beneficio de los niños abandonados. Por ejemplo, tal como señaló Unicef, Perú tiene una norma, el Decreto Legislativo

18 Unicef Pronunciamento: Ante el próximo debate del Proyecto de Ley sobre las denominadas cunas salvadoras en el Pleno del Congreso de la República, de fecha 5 de setiembre del 2017. Recuperado de <https://www.unicef.org/peru/comunicados-prensa/pronunciamento-ante-el-proximo-debate-del-proyecto-de-ley-sobre-las-denominadas> (consultado el 1 de octubre del 2020).

N.º 1297, que permite que aquellos niños que se encuentran en situación de desprotección, puedan ser adoptados, siendo el Inabif el encargado de llevar acabo el procedimiento.

VII. CONCLUSIONES

1. El derecho del adoptado al conocimiento del origen biológico no implica la determinación de la filiación por naturaleza. Es un derecho que lleva consigo el mero conocimiento de la identidad de los padres biológicos.
2. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes de sangre no es un derecho absoluto. En este orden de ideas, una limitación a este derecho se encuentra en el parto anónimo. Es más, la legalidad del anonimato materno no excluye el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, como lo demuestra el ordenamiento francés e italiano.
3. El *favor filii*, en general, es otro límite válido al derecho a conocer los orígenes pre-adoptivos. Por ello, el posible perjuicio a la integridad psíquica o moral del adoptado también puede imponerse al derecho a conocer los orígenes de sangre.
4. Respecto al proyecto de ley denominado “cunas salvadoras”, puede ser una opción para evitar abortos e infanticidios en el Perú, sin que ello implique un veto absoluto al derecho del adoptado a conocer su origen biológico. Por ahora, el ordenamiento jurídico nacional contiene una norma sobre la protección de niños desamparados y su adopción y debería apuntar a fortalecer estos mecanismos de protección ya regulados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, L. (2006). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia. *Actualidad Civil*, (6), 645 y ss.
- Ballesteros, M. (2009). El derecho del adoptado a conocer sus orígenes. *Aranza-di Civil*. (17), 15 y ss.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

- Barberá, M. (2002). La adopción: cuestión jurídica. Problema humano. *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, (39).
- Durán, R. (2004). El anonimato del progenitor. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (3).
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Astrea.
- Garriga, M. (2000). La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial. *Aranzadi*.
- González, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson.
- González, M. y Delgado, A. (2020). Los acuerdos de maternidad subrogada, ¿son jurídicamente amparables? *Gaceta Civil*, (84).
- Grimaldi, M. (2010). Observaciones sobre la verdad, la filiación y la reproducción médica asistida. *Familia y discapacidad*, 165 y ss. Colección Scientia Iuridica.
- Pulido, M. (2005). ¿El fin de la filiación anónima? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2), 2 y ss.
- Quesada, M. (1994) El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico. *Anuario de Derecho Civil*, (2), 237 y ss.
- Rivero, F. (2003). De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero del 2003). *Actualidad Civil*, (2), 593 y ss.
- Rubio, E. (2003). El secreto de la maternidad. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (9).
- Théry, I. (2009). El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. *Revista Antropológica Social*. 18, 21-42.

Por:
Carlos
Hakansson Nieto*

VACANCIA PRESIDENCIAL, TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y OMISIONES CONSTITUCIONALES

Resumen

Luego de cuatro elecciones consecutivas y democráticas en Perú, la forma de gobierno comenzó a desarrollar varias discusiones políticas y académicas sobre el voto de censura, disolución parlamentaria, también las causas de interrupción del presidente durante su mandato. Este artículo ha querido explicar el significado, los efectos y las consecuencias de la teoría y la práctica cuando el Congreso decide postularse para una vacante presidencial.

Abstract

After four consecutive and democratic elections in Perú, the form of government start to developed several political and academic discussions about the vote of no confidence, parliamentary dissolution, also the causes of interrupt the president during his term. This paper has wanted to explain the meaning, effects, and consequences of theoretical and practice when Congress decides to apply for a presidential vacancy.

Palabras clave: vacancia, presidencialismo, vicepresidente, presidente del congreso.

Keywords: vacancy, presidentialism, vicepresident, speaker.

Sumario

I. Introducción. II. Casos de vacancia del presidente de la república. 1. Causas de origen natural. 2. Causas de origen penal. 3. Causas de origen político. III. Incapacidad moral permanente. IV. Procedimiento de vacancia presidencial por incapacidad moral. V. Demanda competencial contra la aplicación de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral. 1. Improcedencia por sustracción de la materia. 2. Contenido de la capacidad moral presidencial. VI. En caso de crisis presidencial, ¿existen soluciones

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor de Derecho Constitucional e Integración (Universidad de Piura). Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Correo electrónico: carlos.hakansson@udep.edu.pe.

intermedias a declarar la vacancia? 1. *Experiencia estadounidense y peruana en materia consuetudinaria.* 2. *Presidencia transitoria.* 3. *¿La política brinda una solución intermedia?* 4. *Omisiones constitucionales posvacancia presidencial.*
VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las tensiones y momentos de crispación política son recurrentes en nuestra historia republicana. A la sucesión de textos constitucionales de tendencia liberal y conservadora durante el siglo XIX, durante el periodo histórico entre las constituciones de 1823 hasta 1860, atravesando por varios golpes de estado y breves periodos democráticos, hasta la Constitución de 1993 que ha mantenido más de tres mandatos consecutivos, destacamos casos de presidentes que fueron “exonerados” y vacados en el ejercicio de sus funciones. El primero fue José de la Riva-Agüero, quien fuera depuesto de su cargo por el Congreso durante la primera parte de la época fundacional de la república. La razón de su dimisión se produjo cuando el Congreso nombró como autoridades supremas del poder militar a dos venezolanos, José de Sucre y Simón Bolívar. De esta forma, al tratarse de una atribución presidencial ejercida irregularmente por la representación parlamentaria, el jefe de Estado decidió renunciar con una carta dirigida al Congreso (Basadre, 2005). Un episodio republicano que fue interpretado como un golpe de estado. Si bien se trató de una renuncia, en la práctica se produjo un ejercicio de vacancia presidencial producto de las arbitrarias medidas del Congreso respecto a la corriente libertadora del norte.

El presidente de la república está privado de sus competencias como supremo poder militar y entregado a un general extranjero. Basadre (2005) agrega lo siguiente:

[e]l diputado Ignacio Ortiz de Zevallos presentó una moción declarando que Riva-Agüero había cesado en el ejercicio de sus funciones. Tan grave acuerdo llegó a ser adoptado con la limitación propuesta por Nicolás de Aranivar de que el cese fuera “en los puntos que sirven de teatro a la guerra”. Pero al día siguiente, Riva-Agüero fue exonerado del mando, en vista de que, según entonces se dijo, había manifestado verbalmente “que estaba llano a dimitir”. (pp. 65-66)

El Congreso depuso por segunda vez a un presidente de la república en 1914. Se trató de Guillermo Billinghurst, quien, desde el inicio de su gobierno, fue presionado por los grupos parlamentarios de oposición, entre ellos los representantes del entonces Partido Liberal, que se oponían a un conjunto de reformas que deseaba impulsar¹. El 4 de febrero de 1914 se produjo un golpe de estado y el presidente de la república se vio obligado a firmar su dimisión. Guillermo Billinghurst fue llevado a Chorrillos, donde se le embarcó hacia el sur y fue obligado a salir del país residiendo por un tiempo en Arica, redactando un manifiesto que intentó explicar las reformas que emprendió realizar y que le costaron el mandato presidencial (García, 2013, p. 390). En este siglo tenemos dos casos: el primero a fines del 2000, con la renuncia al cargo realizada por el presidente Alberto Fujimori encontrándose fuera del país, dimisión que no fue aceptada por el Congreso aprobando la vacancia presidencial; el segundo, en noviembre del 2020, con la vacancia del presidente Martín Vizcarra Cornejo por incapacidad moral permanente declarada por el Congreso.

Como consecuencia de los episodios históricos, podemos observar que las normas constitucionales relativas a la forma de gobierno se enriquecen con el transcurso del tiempo, así como las disposiciones de naturaleza dogmática lo hacen a través de la jurisprudencia², pero la parte orgánica, además de la vía judicial, también lo hace a través de los pasajes históricos surgidos entre las relaciones ejecutivo-legislativo que producen antecedentes, usos y costumbres que orientan su correcta aplicación en casos concretos (Pereira, 2011, p. 295). En ese sentido, en comunidades políticas sin tradición constitucional, con muchos textos constitucionales en su historia, el trabajo de las distintas asambleas constituyentes recogen la experiencia inmediata, corrigiendo, retirando disposiciones o añadiendo otras. En el Estado peruano, por ejemplo, esta evolución se evidencia cuando observamos una progresiva incorporación de instituciones parlamentaristas en un inicial modelo presidencialista (Hakansson, 2020, p. 46). En efecto, en resumen, se trató de un proceso

1 El presidente de la república, Guillermo Enrique Billinghurst Angulo, gobernó el Estado peruano entre 1912 y 1914.

2 La revisión judicial de la constitucionalidad de las normas, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos humanos, así como la observancia a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entre otros, surgieron gracias al derecho jurisprudencial.

iniciado con el referendo ministerial, pero más intenso a partir de introducir el Consejo de Ministros, ya que, a partir de él las interpelaciones, pasando por las instituciones de exigencia de responsabilidad política, hasta la disolución del Congreso, por citar tres ejemplos, terminaron de incorporar el resto de instituciones parlamentaristas.

El trabajo de las asambleas constituyentes, autoras de las Cartas de 1856 y 1860, consistió en dotar a las constituciones de lo mínimo indispensable para que su forma de gobierno pueda operar con eficacia. Un equilibrio entre los rasgos liberales y conservadores que continuó con la Constitución de 1920, 1933, 1979 y finalmente con la Carta de 1993 con la exigencia al ejecutivo para solicitar cuestión de confianza al Congreso. Por otra parte, si el mínimo constitucional en un inicial proceso de codificación es proveerla de un catálogo de derechos, así como la concreción del principio de separación de poderes para la operatividad de una forma de gobierno, no debe faltar un procedimiento de enmienda constitucional, así como las disposiciones que garanticen la continuidad democrática para evitar los vacíos temporales, o permanentes, del ejercicio del poder; entre estos últimos, nos encontramos con las causales de vacancia y suspensión del ejercicio de la presidencia de la república.

Si bien el Congreso ha declarado la vacancia presidencial en distintos momentos de su historia republicana, su aplicación se ha producido sin mayor desarrollo teórico para la comprensión de sus presupuestos y debida aplicación en tiempos del estado constitucional de derecho. Por eso, es conveniente conocer los casos de suspensión y vacancia de la institución presidencial, así como la observancia del debido proceso en sede parlamentaria.

II. CASOS DE VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

A diferencia de Francia, la Constitución de 1993 establece sin detallar las causales de vacancia y suspensión del ejercicio de la presidencia que podemos resumir en naturales, políticas y penales (Mainwaring, 1995, p. 124). En efecto, la Carta de 1993 y la legislación peruana no han reglamentado y detallado los casos en que procede la incapacidad parcial o total del jefe de Estado, lo cual se presta a la falta de acuerdo sobre el contenido de cada una siendo la muerte

el caso más claro y sin discusión académica. A continuación, repasemos las causales a la luz de la historia y el derecho comparado.

1. Las causas de origen natural

La doctrina considera que entre los primeros, fuera del caso de muerte, podría comprenderse un deteriorado estado de salud que le impidiera de ejercer con normalidad sus deberes como jefe de Estado y Gobierno (Pareja, 1984, p. 222). La experiencia histórica excluye los casos de parálisis de la actividad locomotora, como fue el caso del Franklin D. Roosevelt (Borea, 2016)³. En resumen, de lo que se trata es que el titular del ejecutivo mantenga la lucidez y salud corporal necesaria para conducir la representación estatal y la política general de gobierno. Un jefe de Estado inestable emocionalmente en la toma de decisiones, que desvaría y contradice, cuando no se trata de deficiencias de comunicación sino preocupación sobre el contenido de lo comunicado por incoherencia, insensato y peligro de contraproducente a los intereses nacionales. Un conjunto de condiciones personales que también se prestan a la discusión política, a la necesidad de la oposición de contar o no con mayoría parlamentaria para iniciar un procedimiento de vacancia, la exigencia de conocer un diagnóstico médico por interés público, sumado a la posición y eventual movilización de los ciudadanos que deberá interpretar el jefe de Estado para continuar o decidirse a dimitir tras reconocer su falta de salud para ejercer el cargo (Borea, 2006, p.755).

2. Causas de origen penal

Se pueden distinguir dos casos. El primero, cuando el presidente sale del país sin autorización del Congreso o no retorna en el plazo previsto. El segundo, cuando es destituido por los casos de traición a la patria, por impedir las elecciones ya sea a los órganos ejecutivo, legislativo, a los gobiernos locales o regionales, o por disolver el Parlamento salvo que este haya censurado

3 Antes de ocupar la presidencia estadounidense, Roosevelt interrumpió su carrera política en 1921 por padecer de poliomielitis que le produjo una parálisis parcial. Es el único jefe de Estado con cuatro periódicos democráticos en la historia de los Estados Unidos (1932-1945).

previamente a dos gabinetes, o por impedir la reunión o funcionamiento del Congreso o del poder electoral, mientras dure el procedimiento de acusación se suspende el ejercicio de la presidencia siendo reemplazado su titular por el primer vicepresidente. En la práctica, la aplicación de estas normas demanda, a su vez la identificación y compromiso de las fuerzas armadas y policías con los ideales democráticos, será determinante para poner en práctica esta disposición una vez perdida la legitimidad, o justo título para el mando, del jefe de Estado en ejercicio (Hakansson, 2020, p. 330).

3. Causas de origen político

Se produce cuando el presidente presenta su renuncia al cargo y el Congreso acepte su dimisión; es decir, no es suficiente que el jefe de Estado formule su renuncia para afirmar una posición política, ya que dichas manifestaciones de la voluntad no tienen efectos jurídicos si el Congreso no respalda su decisión; no obstante, ni en la Constitución, ni en el reglamento parlamentario, y tampoco en la ley de ejecutivo encontramos una disposición procedimental que reglamente la renuncia del jefe de Estado. En todo caso, pensamos que el pleno deberá aprobar el pedido de renuncia por mayoría absoluta para que surta efecto jurídico, otra causal es su permanente incapacidad moral declarada por el Congreso, en la que también juega un papel determinante el peso de la oposición política en el Congreso y la opinión pública. A continuación, nos detendremos en esta causal de vacancia (Hakansson, 2020, pp. 328-331).

III. INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE

La causal de vacancia por “incapacidad moral” fue recogida en la Constitución peruana de 1839, luego la breve Confederación peruano-boliviana y en sustitución de la Carta de 1834. Un fallido proceso de integración con el Alto Perú que culminó con la presidencia del general boliviano Andrés de Santa Cruz (Basadre, 2005, p. 99), la cual fue sabotada al poco tiempo por una crisis política entre diferentes actores, nacionales y extranjeros, que culminó con una guerra exterior liderada por Chile. El presidente Agustín Gamarra convocó a un Congreso General reunido en el Sierra central (Huancayo), a causa de la ocupación de tropas chilenas en la capital. Se dejó sin efecto la Constitución de 1834 sosteniendo que no tenía una respuesta ante los actos de traición

del entonces jefe de Estado (Luis José Orbegoso), por el modo de sostener la independencia del país frente a las amenazas foráneas, aludiendo así a los hechos políticos anteriores al establecimiento de la Confederación Peruano-Boliviana (Basadre, 2005, p. 101), lo que consideramos, probablemente, llevó a los constituyentes de la época para incorporar una causal de naturaleza subjetiva que permita vacar la presidencia con una mayoría parlamentaria opositora: la incapacidad moral permanente.

Para su comprensión, la vacancia se ha comparado con otras instituciones constitucionales, como las conductas que, sin que resulten supuestas responsabilidades jurídico-penales (antejuicio político), ni infracciones a la constitución de carácter político y pasibles de *impeachment* (juicio político) (García, 2013, p. 402), hieran profundamente la dignidad presidencial, a tal punto de que su titular no pueda mantener el ejercicio del mandato. La debida justificación para el establecimiento de una causal de vacancia, fundamentada en un estado de incapacidad moral permanente, pasa por comprender que la presidencia de la república es, ante todo, un liderazgo moral (*moral leadership*) para el ejercicio del más alto cargo administrativo de la función pública (Pereira, 1998, p. 60). El contenido del liderazgo moral de la primera magistratura del país comprende las virtudes de bondad, honradez y sinceridad, las cuales son el sustento y base para su energía, sagacidad y competencia en el ejercicio del cargo. Por eso, la causal de vacancia establecida por la Constitución y denominada “incapacidad moral permanente” no significa una falta de discernimiento del titular del ejecutivo, ya que, en ese caso, nos encontraríamos ante una situación de deficiencia mental clínicamente declarada por médicos especialistas en neurología.

La incapacidad moral aludida por la Constitución surge como producto de una grave inconducta que termina por neutralizar, o destruir, las bases sobre las cuáles se construye la confianza pública al jefe de Estado otorgada luego de proceso electoral democrático (Borea, 2016, p.755). Es correcto pensar que son los hechos los que determinan la prueba de la incapacidad moral, no solamente un ofrecimiento de disculpas públicas que intente manifestar su discernimiento moral, de lo que está bien y mal, ya que, en la práctica, podría disculparse falsamente. Lo importante en estos casos son los hechos ocurridos y probados para determinar dicho estado de incapacidad moral por parte del presidente de la república. La sistemática falta a la verdad ofrecida en declaraciones en los

medios de comunicación, escritas y firmadas afectan gravemente la legitimidad, ese justo título para ejercer el mando del gobierno.

Es cierto que la aprobación o desaprobación pública a la gestión del jefe de Estado como jefe de Estado y Gobierno puede condicionar, en parte, la aprobación de su vacancia, incluso si se tratara de un caso de aparente incapacidad moral permanente. En la historia reciente, el caso del expresidente estadounidense Bill Clinton (caso Mónica Levitsky, becaria de la Casa Blanca), que en su declaración ante la judicatura admitió una relación impropia en el recinto del salón oval, que dio lugar a la votación de una acusación constitucional (*impeachment*) en el Congreso, que, incluyendo los votos de miembros de su mismo partido, la oposición republicana no alcanzó la mayoría exigida para vacarlo, entre otras razones, a la aprobación ciudadana por el buen momento de crecimiento económico que atravesaba la nación, pero a la vez conscientes que la institución presidencial quedó herida. Es importante señalar el inevitable sesgo político de esta causal que, en la práctica, las razones de peso para una vacancia podrían ser relativizadas si se alcanzarán los votos necesarios en una contienda entre los operadores políticos del Congreso. La necesidad de preservar la estabilidad y gobernabilidad, un complot político, hasta acusar un intento de sedición, serán los argumentos que buscarán disuadir la decisión parlamentaria en atención a la opinión pública.

IV. PROCEDIMIENTO DE VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL

A través de un proceso de inconstitucionalidad, el máximo intérprete se pronunció ante la necesidad de otorgar un procedimiento a seguir para tramitar una moción de vacancia presidencial, así como la mayoría requerida para su aprobación⁴. De este modo, el Congreso modificó su reglamento estableciendo el siguiente procedimiento⁵:

4 Véase el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la República contra el inciso (j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.

5 Véase el artículo 89-A del Reglamento del Congreso.

- a) La moción de vacancia se presenta gracias a la firma de, al menos, veinte y seis congresistas, un número que equivale al veinte por ciento de su número legal.
- b) Su admisión es sometida a votación, la cual también requiere del voto del veinte por ciento de congresistas hábiles.
- c) Una vez admitida la moción, debe debatirse antes de someterse a votación entre el tercer día y décimo día de su fecha de admisión; sin embargo, este periodo de enfriamiento puede ser superado gracias al voto de ciento cuatro congresistas.
- d) En el curso del debate, el presidente de la república cuenta con sesenta minutos para ejercer su derecho de defensa, pudiendo contar con la asistencia de letrado.
- e) La aprobación de la vacancia presidencial requiere la conformidad de ochenta y siete votos congresales⁶.

Se trata de un procedimiento sumario que no exige la previa intervención de una comisión parlamentaria y su debate en el pleno tendrá prioridad en el orden del día del Congreso.

V. DEMANDA COMPETENCIAL CONTRA LA APLICACIÓN DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL

La demanda competencial, presentada el 14 de setiembre del 2020 por el Poder Ejecutivo, argumentó el ejercicio arbitrario de la vacancia presidencial por menoscabo de sus competencias constitucionales, una afectación al principio de separación de poderes tras afectarse su atribución de dirigir la política general del gobierno⁷, sosteniendo que los mecanismos constitucionales que existen para interrumpir un mandato presidencial deben cumplir requisitos de fondo y forma⁸.

6 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 0006-2003-AI/TC (fundamento jurídico 26).

7 Véase el inciso 3, artículo 118 de la Constitución de 1993.

8 Véase el Expediente N.º 00002-2020-CC/TC.

La demanda señala que los supuestos de vacancia presidencial son objetivos y que no pueden invocarse para la evaluación de acciones u omisiones del jefe de Estado durante el ejercicio del mandato. La defensa del Congreso sostuvo que la demanda devino en improcedente por sustracción de la materia debido a que el procedimiento de vacancia contra el cual se interpuso de la demanda competencial no alcanzó los votos parlamentarios suficientes para su aprobación, argumento que acogió el Tribunal Constitucional por mayoría de cuatro votos conformes, sosteniendo que no le corresponde emitir un pronunciamiento “por cuanto a la fecha se ha producido sustracción de la materia controvertida”⁹.

1. Improcedencia por sustracción de la materia

Si el derecho fundamental deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda¹⁰. El juez también podrá disponer la remisión de los actuados al fiscal penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión¹¹. El concepto de sustracción viene de la aritmética cuando se trata de la operación de la resta, una operación que consiste en sacar, recortar o separar algo de un todo. La materia alude al componente principal de los cuerpos, al fondo, por eso la sustracción de materia se produce cuando el caso carece de la sustancia que dio origen a la demanda y por eso se declara improcedente; no obstante, la improcedencia en materia constitucional contiene otros condicionantes y exigencias atendiendo a que se trata de la amenaza y afectación de los derechos fundamentales que, en nuestra opinión, los jueces siempre deberán motivar y ocuparse del fondo tratándose de bienes o cuotas de perfección para la realización humana.

La interpretación judicial siempre es previsor de las consecuencias y en especial cuando la vigencia al respeto de los derechos fundamentales

9 Cfr. el Expediente N.º 00002-2020-CC/TC (fundamento jurídico 6).

10 Véase el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

11 Véase el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

se encuentra en juego. Además, los jueces no pueden dejar de administrar justicia, por eso la sustracción de la materia en un proceso es un hecho especialmente grave en materia constitucional. Los jueces deben evitar que vuelva a producirse atendiendo al papel pacificador de los jueces que no es retroactiva. Se trata de un conjunto de acciones que tiene la finalidad de resolver conflictos y ponerles fin. Por tanto, la declaración de improcedencia por sustracción de la materia en los procesos constitucionales implica la necesidad de motivar con argumentos la forma que debe impedirse una nueva afectación de los derechos y libertades en el futuro. La razón es que a los jueces no les puede resultar indiferente declarar la sustracción de la materia en un proceso constitucional tratándose de la defensa de los derechos fundamentales y los principios del buen gobierno civil.

2. Contenido de la capacidad moral presidencial

La legitimidad que recae en el presidente de la república electo, fruto de una contienda democrática, le permite gozar de un justo título para el mando, así como la licitud de sus actos de gobierno para un responsable ejercicio del cargo. Por eso, el contenido de su capacidad moral para ejercer el cargo se puede determinar a través de cuatro atribuciones que concentran sus principales competencias: personificar a la nación¹², dirigir las relaciones internacionales¹³, jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policiales¹⁴, dirigir la política general del gobierno¹⁵. Todo ello es un conjunto de atributos que resumen la dignidad del cargo y, como mencionamos, la responsabilidad de su titular legitimado por sufragio universal en una contienda electoral. Por eso, cuando su comportamiento evidencia insalvables inconductas que comprometen, permanentemente, la figura y talante de la primera magistratura será el Congreso mediante mayoría calificada la que decidirá, o no, su vacancia. Una decisión política que no puede judicializarse.

12 Véase el artículo 110 de la Constitución de 1993.

13 Véase el inciso 11, artículo 118 de la Constitución de 1993.

14 Véase el inciso 14, artículo 118 de la Constitución de 1993.

15 Véase el inciso 3, artículo 118 Constitución de 1993.

Las opiniones vertidas respecto a la necesidad de establecer en una sentencia ciertos parámetros para declarar la vacancia, es decir, la comisión de una falta grave sumada al deber parlamentario de interpretar una clara reprobación ciudadana, corre el riesgo de privatizar su ejercicio mediante instrumentos que midan la opinión pública. El Congreso es la institución que ostenta la representación de todas las fuerzas políticas en su hemisiclo, fruto de un proceso democrático que produce el mandato parlamentario para tomar decisiones, hasta su periódica renovación en las urnas cada cinco años.

La reciente experiencia en el ejercicio de la vacancia presidencial aconseja que no pueda ser aplicada durante el último año de mandato presidencial, por eso es necesaria una enmienda constitucional que compense políticamente la imposibilidad del jefe de Estado para disolver el Congreso en el mismo periodo. La oposición parlamentaria solo podría censurar al gabinete y, como máximo, condicionar la investidura de un primer ministro de consenso que garantice un transparente proceso electoral.

VI. EN CASO DE CRISIS PRESIDENCIAL, ¿EXISTEN SOLUCIONES INTERMEDIAS A DECLARAR LA VACANCIA?

La Constitución no es un reglamento, es un pacto que reconoce un conjunto de principios para el buen gobierno civil y la protección como la garantía de los derechos fundamentales. Es natural que contengan vacíos que con el tiempo serán cubiertos por la interpretación que realice la jurisprudencia, las leyes de reforma y convenciones constitucionales. A continuación, un vistazo al constitucionalismo clásico y su comparación con la experiencia nacional.

1. Experiencia estadounidense y peruana en materia consuetudinaria

La Constitución estadounidense no establecía límites a la reelección presidencial inmediata. Washington decidió reelegirse una vez (1793) y su ejemplo produjo una convención respetada más de un siglo hasta que Roosevelt fuera reelecto por cuatro periodos sucesivos (1932, 1936, 1940, 1944). El Congreso decidió aprobar una enmienda constitucional limitando a dos los mandatos presidenciales.

En el Perú, la transición democrática de fines del 2000 recuerda el consejo del expresidente Fernando Belaunde Terry a Valentín Paniagua Corazao (titular de la presidencia transitoria, 22 de noviembre del 2000 a 28 de julio del 2001), cuando se aplicó por primera vez lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución peruana¹⁶. Desde su experiencia como estadista, le exhortó que el partido no presente plancha presidencial como forma de garantizar la neutralidad del proceso electoral en curso. Un acto de *fair play* (juego limpio) con buenos resultados que consideramos dio inicio a una convención constitucional para una pacífica transición presidencial. Finalmente, para el mismo episodio histórico fue necesaria la aprobación de una ley de interpretación al artículo 115 de la Constitución¹⁷, estableciendo que el ejercicio de la presidencia transitoria no implicaba la vacancia del cargo del presidente del Congreso, ni su condición como Congresista de la República. Una crisis política resuelta a través de las disposiciones constitucionales, derecho consuetudinario convencional, y leyes de interpretación, a la cual habrá que añadir la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido de la permanente incapacidad moral o física declarada por el Congreso.

2. Presidencia transitoria

La sucesión democrática por impedimento temporal o permanente de la presidencia de la república ha sido aplicada en tres oportunidades¹⁸, pero no exenta de polémica y tragedia¹⁹; sin embargo, la cuestión es determinar cuál es la condición del presidente del Congreso en caso le corresponda asumir

16 El artículo 115 de la Constitución establece sobre la sucesión del jefe de Estado que “[p]or impedimento temporal o permanente del presidente de la república, asume sus funciones el primer vicepresidente. En defecto de este, el segundo vicepresidente. Por impedimento de ambos, el presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones. [...] Cuando el presidente de la república sale del territorio nacional, el primer vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el segundo vicepresidente”.

17 Véase la Ley N.º 27375.

18 Valentín Paniagua (2000), Agustín Merino y Francisco Sagasti (2020).

19 La crisis política de noviembre 2020, producto de la vacancia declarada por el Congreso de la República contra el presidente de la república Martín Vizcarra, dio lugar a manifestaciones ciudadanas y la trágica muerte de dos personas.

la presidencia. Nos preguntamos, ¿la representación política de ambos poderes estatales puede ser ocupada por un mismo titular? ¿La separación de poderes admite dicha acumulación bajo un Estado constitucional de derecho? Consideramos que no. De acuerdo con la Constitución peruana, el parlamentario electo que juramenta para ejercer la máxima representación del Pleno²⁰, no ocupa el cargo de presidente de la república sino asume sus funciones bajo un principio de unidad y corrección funcional²¹. Como sabemos, el artículo 115 establece que ante el impedimento del presidente de la república para ejercer el cargo lo sucede el primer vicepresidente, a falta de este el segundo y, en ausencia de ambos, el titular del legislativo que asume sus funciones transitoriamente sin agotar el mandato, ya que la Constitución agrega que si el impedimento fuera permanente “[...] convoca de inmediato a elecciones”.

Si la Ley N.º 27375 establece que el ejercicio de la presidencia transitoria no implica la vacancia del cargo del presidente del Congreso, ni su condición de parlamentario. De esta manera, concluimos que no puede juramentar dos cargos distintos porque la finalidad de la disposición es la de evitar un evidente vacío de poder en el poder ejecutivo; incluso se podría ratificar al presidente del Consejo de Ministros en ejercicio, antes de producido el impedimento, o nombrar un nuevo gabinete para garantizar la transparencia de los comicios hasta la juramentación del nuevo jefe de Estado. Por eso, los precedentes históricos tras interpretar el artículo 115 no deberían ser un referente a seguir para futuros hechos políticos.

3. ¿La política brinda una solución intermedia?

La teoría constitucional no solo es derecho y política, con el tiempo también se retroalimenta a través de la historia y las circunstancias. Por ello, la regulación de cualquier forma de gobierno debe prever disposiciones que permitan una

20 Véase el inciso a) del artículo 32 del Reglamento del Congreso de la República.

21 El principio de unidad aplicado responde a la coherencia interna de las disposiciones constitucionales. Un solo titular para dos poderes del estado no es una interpretación sostenible para el derecho constitucional, salvo que ejerza las funciones transitoriamente mientras se organiza y llevan a cabo las elecciones generales. El principio de corrección funcional ilumina la necesidad de ejercer las competencias indispensables que debe ejercer la presidencia transitoria para la conducción del gobierno, brindar los recursos a los órganos electorales y atender las emergencias preexistentes o que surjan durante su ejercicio.

pacífica continuidad democrática. Un claro ejemplo lo encontramos en la Constitución de los Estados Unidos, cuando establece lo siguiente:

[...] [En] caso de destitución del presidente de su cargo, o si muere, renuncia o queda incapacitado para cumplir con las facultades y los deberes del susodicho cargo, este será ocupado por el vicepresidente; y en caso de destitución, muerte, renuncia o incapacidad tanto del presidente como del vicepresidente, el Congreso podrá intervenir con apego a derecho, declarando qué funcionario desempeñará entonces la presidencia, y tal funcionario ejercerá dicho cargo hasta que la incapacidad cese o un presidente haya sido elegido²².

El artículo citado ha sido una disposición aplicada en más de una oportunidad en la democracia estadounidense. Un caso fue la asunción presidencial de Lyndon B. Johnson tras el asesinato de John F. Kennedy²³. Lo que no dice la Constitución, pero sí la práctica a la luz de la ciencia política, es la inmediatez en la sucesión presidencial para evitar un vacío en el ejercicio del poder. Como registra la historia y las circunstancias, el vicepresidente tuvo que jurar y asumir la jefatura de Estado dentro del avión. La jueza federal, Sarah T. Hughes, se dirigió para proceder al juramento y minutos más tarde recién partió hacia Washington D. C. Otro caso conocido fue la renuncia del presidente Richard Nixon por la sustracción ilegal de documentos en la sede del Comité Nacional del Partido Demócrata, e intento de encubrir a los responsables (1974), asumiendo Gerald Ford (vicepresidente) la titularidad del ejecutivo.

El escenario político de un presidente de la república renuente a dimitir y, por otra parte, la decisión del Congreso para aprobar un pedido de vacancia, nos invita a pensar en soluciones intermedias que nos ayuden a moderar y evitar extremismos por ambas partes. La Constitución peruana establece que el ejercicio de la presidencia puede suspenderse por incapacidad temporal del jefe de Estado declarada por el Congreso. En este escenario, asumiendo el primer vicepresidente la conducción temporal del ejecutivo²⁴, nos distanciamos de una eventual renuncia o inminente vacancia para colocarnos en una posición que,

22 Cfr. La sección 1 del artículo 2 de la Constitución estadounidense de 1787.

23 Dallas, 22 de noviembre de 1963.

24 Véase el inciso 1, artículo 114, de la Constitución de 1993.

respetando el debido proceso, permita concluir con las investigaciones que brinden la claridad necesaria antes de actuar con precipitación.

Las disposiciones constitucionales se interpretan bajo un principio de unidad. Consideramos que la suspensión del ejercicio a la presidencia puede ser una medida prudente para ser evaluada por el legislativo; el primer vicepresidente asumiría su reemplazo temporal hasta que el Ministerio Público, que deberá fijar un plazo perentorio, culmine sus investigaciones y que el Congreso decida con esos resultados el futuro del actual jefe de Estado.

La razón de esta solución responde a que ambas partes, legislativo y ejecutivo, cuentan con argumentos que, si se optara ya sea por la vacancia o renuncia, respectivamente, la institución presidencial terminará igualmente mellada, lo que finalmente debemos proteger y conservar. Sobre el contenido constitucional del derecho de defensa, como argumenta el Tribunal Constitucional, no existe violación, “[...] si el estado de indefensión se ha generado por una acción u omisión imputable al afectado [...]”²⁵. De esta manera, cualquier informe en mayoría de una comisión investigadora puede trasgredir las garantías y derechos del debido proceso en sede parlamentaria reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; en consecuencia, consideramos que se trata de un procedimiento en dichos casos puede quedar viciado de inconstitucionalidad por indefensión.

Conforme al análisis del principio de debido proceso y sus garantías, en concreto, del derecho de defensa, una clara afectación a su contenido constitucional se produce cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, a ejercer todos los medios que sean necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos²⁶. Se trata de un derecho exigible en todas las etapas de los procedimientos judiciales o administrativos sancionatorios, como nos dice el Tribunal Constitucional: “[...] Ninguna norma privada regulatoria de

25 Cfr. el Expediente N.º 0825-2003-AA/TC (fundamento jurídico 5).

26 Véase el Expediente N.º 06648-2006-HC/TC (fundamento jurídico 4); Expediente N.º 08280-2006-AA/TC (fundamento jurídico 7).

un proceso sancionatorio y ningún acto en el curso del mismo pueden prohibir o restringir el ejercicio de este derecho”²⁷.

La Constitución establece el orden de sucesión de la presidencia una vez producidos los casos de ausencia parcial o total de su ejercicio. El artículo 115 establece que asume la presidencia el primer vicepresidente, en su defecto, el segundo vicepresidente. Si ambos se ven imposibilitados, el presidente del Congreso asume la conducción del ejecutivo, evita el vacío de poder, pero no puede culminar el mandato presidencial estando obligado por la Constitución a convocar elecciones inmediatamente (Pareja, 1984, p. 223), una disposición busca evitar que se prolongue la concentración de los poderes ejecutivo y legislativo. Se interpreta que las elecciones son solamente a la institución presidencial; sin embargo, atendiendo que la voluntad del constituyente ha sido optar por las elecciones simultaneas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en su forma de gobierno, consideramos que no se trata de una elección parcial. Se trata de un proceso de elecciones generales y simultáneas de la presidencia y el Congreso que pone fin al proceso de transición democrática, la cual ha sido aplicada en dos oportunidades en la historia de nuestra forma de gobierno²⁸.

4. Omisiones constitucionales posvacancia presidencial

La Constitución de 1979 establecía que los expresidentes de la república adquirirían la condición de senadores vitalicios²⁹, con todas sus prerrogativas salvo para computar el *quorum* de instalación³⁰. La intención fue contar con la experiencia de quienes ocuparon el cargo de jefe de Estado. Con el retorno de la democracia en los ochenta, resultaba óptimo un Senado integrado por representantes con experiencia de estadista; sin embargo, el resto de altos funcionarios públicos debían renunciar seis meses antes si querían postular al legislativo. El Congreso Constituyente de 1993 suprimió el Senado, pero olvidó incluir al jefe de Estado entre los altos funcionarios que deben renunciar con

27 Cfr. el Expediente N.º 05085-2006-AA/TC (fundamento jurídico 5).

28 La presidencia transitoria de Valentín Paniagua condujo el proceso de elecciones generales del 2001. La sucesión de Martín Vizcarra a la presidencia de la república luego de la renuncia del presidente Pedro Pablo Kuczynski en el 2018.

29 Véase el artículo 166 de la Constitución de 1979.

30 Véase el artículo 169 de la Constitución de 1979.

medio año de anticipación a las elecciones generales. Si bien resulta extraño que un presidente en ejercicio renuncie para luego postular al legislativo, hoy no parece descabellado por la dura experiencia política que atravesamos.

¿La omisión constitucional señalada permite la postulación de un expresidente al que acaba de declararse su vacancia? No, primero porque se ha vencido el plazo constitucional para su postulación; segundo, porque si los funcionarios separados de la Administración pública están imposibilitados para ocupar otro cargo estatal por un número de años, nos preguntamos lo siguiente: ¿un presidente de la república vacado por incapacidad moral declarada puede postular al Congreso? Cuando las omisiones constitucionales fomentan una incoherencia interna y no colaboran con la integración de todas sus disposiciones, producen polémicos resultados de difícil asimilación para la salud de las instituciones políticas. Caer en la frase, “la Constitución no lo dice expresamente” no corresponde a un cuerpo normativo que se interpreta bajo el principio de unidad. En el periodo de tachas a la lista de candidatos al Congreso y las planchas presidenciales, será el Jurado Nacional de Elecciones quien deberá pronunciarse, ya que se trataría de un polémico precedente para el sistema electoral.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Basadre, J. (2005). *Historia de la República del Perú (1822–1933)* (t. 1). El Comercio.
- Borea, A. (2016). *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte*. Imprenta Editorial.
- García, A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Revista Pensamiento Constitucional*, 18.
- Hakansson, C. (2020). *El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana* (2.^a ed.). Yachay Legal.
- Mainwaring, S. (1995). Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación. *Revista de Estudios Políticos*, 88.
- Pereira, A. (2011). *En defensa de la Constitución*. Palestra Editores.
- Pereira, A. (1998). *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Tórculo Edicións.